

Pubblicato il 20/07/2020

N. 04644/2020REG.PROV.COLL.

N. 03802/2020 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3802 del 2020, proposto dalla società HSI Consulting S.r.l. in proprio e in qualità di capogruppo mandataria del raggruppamento temporaneo – RTI con la seguente, nonché dalla società Chelab S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dall'avvocato Davide Angelucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di giustizia;

contro

Ama S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Stefano Scicolone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

e con l'intervento di

ad opponendum:

della Ecocontrol S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giovanni Bruno, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio del difensore in Roma, via Savoia 31;

per la riforma ovvero l'annullamento

previa cautela

della sentenza del T.A.R. Lazio, sede di Roma, sez. II *ter*, 23 marzo 2020 n. 3637, che ha respinto il ricorso n. 12484/2019 R.G. integrato da motivi aggiunti proposto per l'annullamento dei seguenti provvedimenti della AMA S.p.a. concernenti l'affidamento del lotto II della procedura aperta per l'affidamento del servizio di misurazioni strumentali degli agenti fisici, delle sostanze pericolose,

degli agenti biologici e della valutazione del rischio elettrico, meccanico e esplosione- ATEX delle attività, macchine, attrezzature e locali di lavoro di AMA S.p.A. suddiviso in cinque lotti funzionali per un periodo di 48 mesi – CIG n. 7358782303, indetta con bando n.7/2018:

(ricorso principale)

a) del provvedimento comunicato con nota del 20 agosto 2019 prot. n. 41602/2019U, con il quale è stata disposta l'esclusione del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese - RTI formato dalla HSI Consulting S.r.l. e dalla Chelab S.r.l. dalla procedura;

b) del provvedimento 20 settembre 2019 prot. n. 47514/2019U, di conferma del provvedimento di esclusione a seguito dell'istanza di riesame presentata dal RTI suddetto;

c) del disciplinare di gara quanto all'art. 10;

d) della nota 21 giugno 2019 prot. n. 31598/2019U, di richiesta di caricamento dei documenti di comprova dei requisiti speciali sul sistema AVC Pass;

di ogni altro atto ovvero provvedimento presupposto, connesso ovvero comunque consequenziale;

(motivi aggiunti)

f) della nota 9 ottobre 2019, prot. n. 051609/2019U, di reiezione dell'istanza di riesame 3 ottobre 2019;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio delle parti suindicate;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 luglio 2020 il Cons. Francesco Gambato Spisani e uditi per le parti ai sensi del d. l. 17 marzo 2020 n.18 e successive integrazioni gli avvocati Davide Angelucci, Stefano Scicolone e Giovanni Bruno che ha chiesto il passaggio in decisione con tutti gli effetti di legge;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'amministrazione intimata, con bando n. 7/2018 pubblicato sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione Europea- GUCE del giorno 5 febbraio 2018 ha indetto una "procedura aperta per l'affidamento del servizio di misurazioni strumentali degli agenti fisici, delle sostanze pericolose, degli agenti biologici e della valutazione del rischio elettrico, meccanico e esplosione (ATEX) delle attività, macchine, attrezzature e locali di lavoro ... suddiviso in 5 (cinque) lotti funzionali per un periodo di 48 (quarantotto) mesi" (doc. 1 in I grado amministrazione, bando).

2. Nel disciplinare di gara, per quanto qui interessa, l'amministrazione ha previsto che, compilata la graduatoria provvisoria, avrebbe proceduto "ad attivare la procedura di verifica dell'inesistenza di motivi di esclusione dalla procedura e del possesso dei requisiti di idoneità professionale e dei requisiti di capacità tecnica-professionale di cui al bando di gara ed ai precedenti punti 7.1.1 e 7.1.2 del presente disciplinare di gara. A tal fine si procederà, anche ai sensi degli articoli 85, comma 5, 86 e 87 del d. lgs. n. 50/2016, a richiedere ai concorrenti risultati essere primo e secondo nella graduatoria provvisoria, la produzione – entro il termine perentorio di 10 (dieci) giorni dalla relativa richiesta scritta che a tal fine sarà trasmessa a mezzo pec (al corrispondente recapito indicato da ciascun concorrente nella domanda di partecipazione) – della documentazione già sopra indicata ai fini del controllo sulla inesistenza di motivi di esclusione dalla procedura e/o sul possesso dei requisiti di idoneità professionale e dei requisiti di capacità tecnica-professionale" (doc. 2 in I grado amministrazione, disciplinare, p. 40).

3. Si controverte del II lotto, al quale ha concorso il RTI ricorrente appellante.

4. In conformità alla clausola del disciplinare, l'amministrazione ha richiesto, con nota diretta a ciascuno dei concorrenti, e in particolare al RTI ricorrente appellante con la nota 21 giugno 2019 indicata in epigrafe, di comprovare tali requisiti, avvertendo che "Qualora il possesso dei requisiti non venga confermato dalla documentazione acquisita o prodotta a comprova, che dovrà essere inserita sul sistema AVC Pass entro 10 giorni dalla data di ricezione della presente, si procederà all'esclusione del concorrente e all'adozione di tutti gli ulteriori provvedimenti previsti dalla normativa vigente in materia" (doc. 3 in I grado amministrazione, lettera citata).

5. Come è incontroverso in causa (cfr. da ultimo la memoria dell'amministrazione 15 giugno 2020 § 3), la documentazione richiesta entro il termine di scadenza del 1 luglio 2019 è pervenuta all'amministrazione via pec; non è stata invece caricata, come era stato richiesto, sul sistema informatico AVC Pass.

6. Di conseguenza, con nota 20 agosto 2019 prot. n. 41602/2019U pure indicata in epigrafe, l'amministrazione ha escluso il RTI dalla gara (doc. 6 in I grado amministrazione).

7. Il RTI ha proposto ricorso contro questo provvedimento, e contro gli atti ulteriori indicati in epigrafe, sostenendo in sintesi estrema che non avrebbe potuto caricare i documenti richiesti a causa di un disservizio nel sistema informatico, e che comunque, considerato che li aveva fatti pervenire in tempo utile, se pure con un mezzo diverso, l'esclusione si sarebbe dovuta ritenere ingiustificata.

8. Con la sentenza meglio indicata in epigrafe, il TAR ha respinto il ricorso, in ordine logico secondo le argomentazioni che seguono.

9. In primo luogo, il Giudice di I grado ha ricordato il disposto dell'art. 81 comma 1 del codice dei contratti, d. lgs. 18 aprile 2016 n.50, per cui "*... la documentazione comprovante il possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-professionale ed economico e finanziario, per la partecipazione alle procedure disciplinate dal presente codice e per il controllo in fase di esecuzione del contratto della permanenza dei suddetti requisiti, è acquisita esclusivamente attraverso la Banca dati centralizzata gestita dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, denominata Banca dati nazionale degli operatori economici*", precisando poi che ai sensi del successivo art. 216 comma 13 fino all'emanazione del decreto attuativo della norma "*le stazioni appaltanti e gli operatori economici utilizzano la banca dati AVC Pass istituita presso l'ANAC*".

10. Ciò posto, il Giudice di I grado ha affermato che il ricorso al sistema AVC Pass costituisce un obbligo di legge, che integra in ogni caso il contenuto del disciplinare di gara, peraltro ritenuto nel

caso concreto già conforme alla norma di legge stessa, dato che il punto 10 del disciplinare (v. doc. 2 in I grado amministrazione, cit.) prevede il ricorso alla banca dati nazionale, come si è detto sostituita attualmente dal sistema predetto.

11. Il Giudice di I grado ha altresì affermato che la ragione giustificatrice della norma, secondo logica quella che la rende conforme a proporzionalità, e quindi rende adeguata la sanzione dell'esclusione per chi non la rispetti, consiste nell'assicurare "una verifica informatizzata dei requisiti di partecipazione, evitando, in tal modo, uno stallo del sistema o peggio ancora una regressione alle modalità di verifica cartacea, assicurando al contempo certezza e uniformità di procedure, anche nell'ottica di una auspicata accelerazione dei tempi di conclusione delle gare" (motivazione, p. 8 prime righe).

12. Tanto logicamente premesso in diritto, il Giudice di I grado evidenzia in fatto la presenza agli atti di una nota dell'ANAC 3 ottobre 2019 che afferma: "in data 1 luglio 2019 si è verificato un disservizio generalizzato dei sistemi dell'Autorità che si è protratto in maniera discontinua per l'intera mattinata" e dà atto che non consta alcuna richiesta di supporto da parte del RTI per il funzionamento dell'applicativo corrispondente (doc. 11 in I grado amministrazione).

13. Ciò posto, il Giudice di I grado afferma che il caricamento della documentazione era comunque possibile anche nell'ultimo giorno utile e, per implicito, che sarebbe stato se mai onere dell'interessato chiedere assistenza tecnica. Conclude quindi per l'insussistenza di un impedimento oggettivo e per la legittimità dell'esclusione.

14. Contro questa sentenza, il RTI ha proposto impugnazione, con appello che contiene due censure, riconducibili in ordine logico a tre motivi, di riproposizione dei corrispondenti motivi di I grado e di critica alla sentenza impugnata, che non li ha accolti, così come segue:

- con il primo di essi, corrispondente all'ultima parte della II censura a p. 22 dell'atto, deduce propriamente violazione dell'art. 85 del d. lgs. 50/2016, nel senso che l'amministrazione non avrebbe avuto il potere di fissare un termine perentorio a pena di esclusione per trasmettere i documenti a comprova dei requisiti di gara;

- con il secondo motivo, corrispondente alla I censura, in particolare alla p. 111 di essa, e a parte della II censura, alle pp. 13 e 15, deduce propriamente travisamento del fatto, e sostiene che la richiesta prova dei requisiti di partecipazione sarebbe stata data nei termini richiesti. In particolare, a suo dire, tutti gli elementi richiesti dall'amministrazione sarebbero stati in primo luogo già presenti come autocertificazione nel documento di gara unico europeo – DGUE presentato per partecipare. Inoltre, nella documentazione che la società era riuscita a caricare nel sistema AVC Pass vi sarebbero state autocertificazioni di per sé sufficienti alla prova richiesta, anche a prescindere da quanto poi fatto pervenire via pec;

- con il terzo motivo, corrispondente alla residua parte della II censura, in particolare a p. 19 dell'atto, deduce infine propriamente violazione dell'art. 81 del d. lgs. 50/2016, e sostiene in sintesi che la consegna mediante pec della documentazione richiesta si sarebbe dovuta ritenere equipollente al richiesto inserimento nel sistema AVC Pass.

15. L'amministrazione ha resistito, con memoria 16 giugno 2020, ed ha chiesto che l'appello sia respinto, allegando il proprio provvedimento finale di aggiudicazione ad un terzo soggetto (doc. ti 1 e 2 appellata, provvedimento e comunicazione) e dando atto che contro di esso il RTI appellante ha proposto ricorso in I grado.

16. Con ordinanza 19 giugno 2020 n.3668, all'esito della camera di consiglio del giorno 18 giugno 2020, la Sezione ha respinto la domanda cautelare.

17. Con atto 26 giugno 2020, è intervenuta in causa l'aggiudicataria, ed ha chiesto che l'appello sia respinto.

18. Con memorie 30 giugno 2020 per la ricorrente appellante, l'amministrazione e l'aggiudicataria, nonché con repliche 3 luglio 2020 per il RTI ricorrente appellante e l'aggiudicataria, le parti hanno infine riproposto le rispettive asserite ragioni; in particolare, il RTI ricorrente appellante ha sostenuto che comunque i dati caricati nel sistema sarebbero stati sufficienti e l'aggiudicataria ha chiesto la pubblicazione anticipata del dispositivo, per valersene nel giudizio di impugnazione dell'aggiudicazione pendente in I grado.

19. All'udienza del 16 luglio 2020, la Sezione ha quindi trattenuto il ricorso in decisione.

20. L'appello è infondato e va respinto, nei termini che seguono.

21. Il primo motivo, centrato sulla presunta illegittimità della richiesta dell'amministrazione, è infondato. Il Collegio non ritiene di discostarsi da quanto ritenuto in particolare nella sentenza C.d.S. sez. V 25 luglio 2018 n.4525: anche dopo l'entrata in vigore del d. lgs. 50/2016, in base ai principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza di cui all'art. 30 del decreto stesso, l'amministrazione mantiene il potere di fissare un termine perentorio entro il quale produrre i documenti che comprovano la sussistenza dei requisiti richiesti per partecipare alla gara. In proposito, la giurisprudenza, sul punto C.d.S. sez. V 9 luglio 2019 n.4787, esclude anche si possa esercitare il soccorso istruttorio, che sarebbe equivalente ad una rimessione in termini.

22. Il secondo motivo, centrato sull'altrettanto presunta già avvenuta prova dei requisiti, è a sua volta infondato, alla luce dei fatti di causa. In primo luogo, il DGUE di gara, allegato al bando e reperibile nel sito web dell'amministrazione, anche a ritenere che esso potesse costituire valida autocertificazione dei requisiti, non prevedeva di dichiarare un dato di sicuro rilievo richiesto dall'amministrazione con la nota 21 giugno 2019 di cui si è detto, ovvero la regolare esecuzione dei servizi stessi. In secondo luogo, quanto comunque l'impresa è riuscita a caricare sul sistema AVC Pass non va ritenuto sufficiente alla comprova richiesta. Il RTI ricorrente appellante, peraltro in termini molto generici, sostiene che sul sistema AVC Pass avrebbe caricato alcune autocertificazioni, in ipotesi di per sé esaustive, e che invece per pec sarebbe pervenuta documentazione contabile, e nell'affermare ciò fa riferimento al proprio doc. 6 prodotto in I grado, che darebbe la prova di ciò. Il doc. 6 in parola però, ad esame dei *files* prodotti che lo compongono, oltre a non permettere di distinguere con chiarezza cosa sarebbe stato caricato sul sistema e cosa invece inviato via pec, non contiene autocertificazioni della ricorrente appellante, ma consta di una serie di dichiarazioni dei committenti e di fatture rilasciate a fronte della prestazione del servizio, che evidentemente per provare quanto richiesto andavano considerate tutte in modo unitario, e quindi, come richiesto, caricate tutte sul sistema AVC Pass.

23. È infondato anche il terzo motivo di ricorso, che sostiene in sintesi l'equipollenza fra il caricamento sul sistema e l'invio per pec. Sul punto, va anzitutto condiviso quanto affermato dal Giudice di I grado, circa la necessità di valersi del sistema AVC Pass ai sensi degli artt. 81 comma 1 e 216 comma 13 del d. lgs. 50/2016, allo scopo di consentire una verifica celere e standardizzata dei requisiti. Occorre poi ribadire quanto affermato da questo Giudice (per tutte nella sentenza sez. V 23 novembre 2016 n.4908): l'esclusione per omesso caricamento dei dati sul sistema AVC Pass è legittima nel caso in cui essa sia dipesa da fatti imputabili all'interessato, il quale in particolare di fronte ad un disservizio del sistema stesso non abbia proceduto a segnalarlo immediatamente. Nel

caso di specie, l'accaduto è effettivamente imputabile all'impresa, la quale ha scelto di procedere all'adempimento nell'ultimo giorno utile, si è trovata di fronte ad un disservizio non insormontabile, perché come si è detto per lo meno nel pomeriggio l'anomalia più non sussisteva ed in ogni caso non consta avere segnalato nulla al gestore di sistema (si veda il doc. 11 in I grado amministrazione, cit.).

24. In conclusione, l'appello va respinto.

25. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano così come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso come in epigrafe proposto (ricorso n.3802/2020), lo respinge.

Condanna le ricorrenti appellanti in solido a rifondere alle controparti costituite le spese del presente grado di giudizio, spese che liquida in € 4.000 (quattromila/00) per ciascuna parte, e così per complessivi € 8.000 (ottomila/00), oltre accessori di legge, se dovuti, in favore di ciascuna di esse.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 luglio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Oberdan Forlenza, Presidente FF

Daniela Di Carlo, Consigliere

Francesco Gambato Spisani, Consigliere, Estensore

Silvia Martino, Consigliere

Roberto Caponigro, Consigliere

L'ESTENSORE

Francesco Gambato Spisani

IL PRESIDENTE

Oberdan Forlenza

IL SEGRETARIO