

Pubblicato il 22/02/2023

N. 01816/2023REG.PROV.COLL.
N. 08133/2022 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8133 del 2022, proposto dalla società OMB Technology s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Alberto Salvadori, con domicilio digitale come da Pec da Registri di Giustizia;

contro

la società Dolomiti Ambiente s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Lilli, con domicilio digitale come da Pec da Registri di Giustizia;

nei confronti

della società Farid Industrie s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Filippo Brunetti, Alfredo Vitale, con domicilio digitale come da Pec da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza in forma semplificata n. 163 del 7 ottobre 2022 del Tribunale regionale di giustizia amministrativa di Trento, resa tra le parti.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Dolomiti Ambiente s.r.l. e di Farid Industrie s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 febbraio 2023 il consigliere Silvia Martino;

Viste le conclusioni delle parti, come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con bando pubblicato sulla GUCE del 20 maggio 2022 la società Dolomiti Ambiente s.r.l. indiceva una procedura aperta telematica, suddivisa in quattro lotti, per la *“Fornitura di n. 8 veicoli con P.T.T. 18 e 26 t per la raccolta di rifiuti a caricamento posteriore, di cui 2 a trazione elettrica”*, per un valore complessivo di euro 2.100.000,00, da aggiudicarsi mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

1.1. Il lotto 1, qui in esame, aveva ad oggetto la fornitura n. 2 veicoli con P.T.T. pari a 26 t completi di attrezzatura per la raccolta di rifiuti a caricamento posteriore per un importo di euro 480.000,00 + IVA.

1.2. Alla gara partecipavano la società Farid Industrie s.p.a. e la OMB Technology s.p.a..

1.3. All'esito dell'esame delle offerte tecniche la società OMB si collocava al primo posto della graduatoria relativamente ai quattro lotti in gara e conseguiva l'aggiudicazione relativamente a tutti e quattro i lotti.

1.4. La società Farid, con quattro distinti ricorsi, impugnava l'aggiudicazione e gli atti presupposti.

1.5. L'aggiudicazione del lotto 1 veniva censurata sulla base di quattro mezzi di gravame (da pag. 8 a pag. 23)

2. Con la sentenza in forma semplificata oggetto dell'odierna impugnativa, il T.a.r. ha accolto il ricorso e annullato l'aggiudicazione impugnata, ritenendo

fondato ed assorbente il primo mezzo di gravame attraverso cui era stato censurato il fatto che i chiarimenti chiesti dalla Commissione giudicatrice avrebbero costituito una forma di soccorso istruttorio in esito alla quale era stato consentito alla OMB Technology di modificare l'offerta tecnica.

2.1. Nello specifico, la Commissione aveva chiesto alla società di “*confermare che le macchine proposte sono complete di quanto sopra indicato*”; e ciò perché “*né nella Relazione Tecnica né nel figurino risulta che la spondina in posizione aperta non ostacola l'utilizzo della/e pedana/e come richiesto nelle Norme Tecniche all'ultimo punto del capitolo 5.3*”.

A tale richiesta l'odierna appellante aveva risposto “[...] *con la presente siamo a confermarVi che la sponda in posizione aperta NON ostacola l'utilizzo delle pedane così come richiesto all'ultimo punto del capitolo 5.1.3 delle Norme Tecniche*”.

3. L'appello della società OMB è affidato ai seguenti motivi:

I. *Violazione e falsa applicazione dell'art. 3.2. del disciplinare di gara e degli articoli 14.1.1. – 14.1.2. – 5 e 9 delle Norme tecniche – Irragionevolezza – Violazione del principio del legittimo affidamento – Violazione dell'art. 83, comma 9, del d.gs. n. 50/2016 – Violazione del principio del soccorso procedimentale – Sviamento – Eccesso di potere.*

L'appellante ha contestato il ragionamento articolato dal giudice di prime cure, con particolare riferimento al capo 7.1.

Tale capo è stato censurato in relazione a sei profili (*sub* A-B-C-D-E-F), volti a contrastare l'affermazione secondo cui “*la risposta dell'aggiudicataria alla stazione appaltante integra e modifica l'offerta tecnica, la quale non è meramente dubbia, bensì carente*”.

(A)

L'appellante sottolinea, in primo luogo, che in nessuna parte del Disciplinare e delle Norme Tecniche è stato previsto che i partecipanti dovessero

dichiarare espressamente che *“La spondina in posizione aperta non deve ostacolare l’uso della pedana”*.

La disposizione contenuta nell’ultima parte dell’art. 5 delle Norme Tecniche non sarebbe una *“caratteristica costruttiva minima”* ma un’ obbligazione contrattuale che l’appellante aveva comunque già assunto attraverso la sottoscrizione dell’allegato integrativo del DGUE, nel quale, alla pagina 3, è contenuta la dichiarazione di *“aver preso conoscenza e di accettare quanto previsto nella Documentazione di Gara anche ai sensi e per gli effetti degli artt. 1341 e 1342 del C.C., nonché le condizioni contenute nel bando di gara/invito”*.

(B)

Sotto una diversa angolatura, l’appellante sottolinea che alla violazione dell’art. 5 delle Norme Tecniche, non era associata alcuna specifica sanzione di esclusione, diversamente dalle previsioni contenute nell’art. 3.2. del Disciplinare.

(C)

In ogni caso, annullando l’aggiudicazione per asserita violazione dell’ultimo comma dell’art. 5.1.3 delle Norme Tecniche, il T.a.r. avrebbe manifestamente violato l’art.9 delle medesime Norme recanti la disciplina del collaudo.

(D)

L’appellante sottolinea di avere prodotto in gara una Relazione tecnica dalla quale era possibile individuare, anche visivamente, che la spondina collocata sui mezzi non fosse di ostacolo alla pedana.

La società, infatti, attenendosi scrupolosamente alle prescrizioni delle *lex specialis*, ha collocato a pag. 13 della Relazione la fotografia del veicolo promesso, riproducendo la spondina in posizione aperta e in posizione chiusa.

Nella Relazione è stato altresì precisato che *“la spondina posteriore abbattibile facilita le operazioni di carico manuale dei rifiuti. Un pulsante*

dedicato consente l'apertura servoassistita della spondina posteriore".

Da tale espressione avrebbe potuto agevolmente evincersi che detta spondina non ostacola l'utilizzo della pedana in quanto è proprio su detta pedana che l'operatore si colloca per eseguire le operazioni di carico manuale dei rifiuti.

Nella medesima Relazione vengono successivamente riportate le indicazioni dell'altezza di conferimento con spondina aperta *"in condizioni di marcia"*, ad ulteriore conferma che nel normale utilizzo dell'attrezzatura in fase di raccolta e di spostamento è prevista la condizione di spondina aperta.

Quanto ai c.d. "figurini" essi, ai sensi dell'art. 14.1.2. delle Norme Tecniche, dovevano dare *"evidenza dell'eventuale spondina in posizione aperta e chiusa e delle pedane anch'esse in posizione aperta e chiusa"*.

Anche da tali disegni potrebbe evincersi che la spondina rimane sempre all'interno dell'ingombro dell'elevatore (AVC); inoltre, le pedane sono collocate al di fuori dell'area di ingombro dell'AVC.

La richiesta della Commissione era quindi diretta solo ad avere maggiori certezze con riferimento ad una obbligazione che in ogni caso era già stata accettata dall'appellante nel DGUE.

(E)

La fattispecie risulta riconducibile al cosiddetto "soccorso procedimentale".

La società, in risposta alla richiesta di chiarimenti, si è limitata alla "conferma" dell'offerta, così come ricavabile, altresì, dall'accettazione di tutte le condizioni tecniche richieste, nonché dalle rappresentazioni grafiche e fotografiche collocate all'interno dei figurini e della Relazione tecnica.

(F)

La domanda posta dalla Commissione è servita solamente a fugare un dubbio sull'impegno contrattuale proposto.

4. Si è costituita per resistere la società Farid Industrie s.p.a.

4.1. L'appellata non ha riproposto i motivi il cui esame è stato assorbito dal T.a.r.

5. Si è costituita, altresì, la società Dolomiti Ambiente s.r.l..

6. Con ordinanza n. 5313 dell'11 novembre 2022 la Sezione ha accolto l'istanza cautelare e sospeso gli effetti della sentenza impugnata.

7. Le parti hanno depositato memorie conclusionali e di replica, in vista della pubblica udienza del 9 febbraio 2023, alla quale l'appello è stato trattenuto per la decisione.

8. In via preliminare, va respinta l'eccezione di inammissibilità dedotta dalla società appellata con riferimento alla circostanza che la richiesta di chiarimenti della Commissione giudicatrice non sia stata impugnata in via incidentale dalla OMB Technology.

Tale richiesta costituisce infatti un atto endoprocedimentale, sotto ogni profilo privo di attitudine lesiva per l'appellante.

Tanto ciò è vero che la richiesta di chiarimenti è stata impugnata dall'odierna appellata con il ricorso principale di primo grado proprio in quanto la stessa avrebbe consentito alla OMB Technology di integrare in via postuma la propria offerta.

Non vi era quindi alcuna necessità o ragione da parte dell'odierna appellante per censurare in via incidentale tale atto.

9. Nel merito, l'appello è fondato.

Al riguardo, si osserva quanto segue.

9.1. Giova richiamare, nella parte di interesse, il contenuto della disciplina di gara.

Secondo l'art. 3.2. del Disciplinare *“Nella busta digitale denominata “Risposta Tecnica” della RDO di interesse (Rfq 1443 lotto 1 – Rfq 1444 lotto 2 – Rfq 1445 lotto 3 – Rfq 1446 lotto 4), dovranno essere inseriti, a pena di esclusione, i documenti di seguito indicati, che dovranno essere sottoscritti con Firma digitale dal rappresentante legale del Concorrente (o dal rappresentante legale del Mandatario per i Partecipanti che presentano un'Offerta per conto di un'associazione temporanea di imprese costituita o dai rappresentanti legali di tutti i soggetti che intendono costituire tra loro*

un'associazione temporanea di imprese in caso di aggiudicazione) o da suo procuratore.

- 1) Relazione Tecnica descrittiva, con i contenuti indicati all'art. 14.1.1 delle Norme Tecniche;*
- 2) Figurini quotati con i dettagli indicati all'art. 14.1.2 delle Norme Tecniche;*
- 3) Scheda valutazione tecnica (allegato 6) compilata;*
- 4) (Eventuale nel caso in cui vengano proposti miglioramenti ai sensi dell'art. 7 delle Norme Tecniche) Documentazione con i contenuti indicati all'art. 7 delle Norme Tecniche [...].*

9.2. In base all'art. 14.1.1. delle Norme Tecniche i concorrenti avrebbero dovuto mettere a disposizione del Committente la seguente documentazione tecnica: *“Relazione Tecnica descrittiva dei veicoli allestiti offerti, da cui si possano individuare tutte le caratteristiche minime descritte nel precedente capitolo 5”*.

Tra i requisiti, al par. 5.1.3. figura anche il seguente *“La spondina in posizione aperta non deve ostacolare l'uso della pedana”*.

9.3. Se dunque può convenirsi con la società appellata che la Relazione tecnica e i figurini dovevano essere formulati in modo tale da consentire alla Commissione di verificare che l'offerta tecnica fosse conforme a tutte le caratteristiche minime (costruttive e funzionali) richieste, la sanzione dell'esclusione è stata tuttavia espressamente ricollegata solo alla mancata allegazione della Relazione tecnica ma non già ad una eventuale incompletezza o scarsa chiarezza della sua formulazione.

Tale Relazione è infatti solo uno degli elementi costitutivi dell'offerta, il cui contenuto – sul piano negoziale – poteva comunque essere desunto dal complesso della documentazione presentata.

9.4. A ciò va aggiunto che le disposizioni di cui al capitolo 5 delle Norme tecniche si limitano ad elencare le caratteristiche funzionali e costruttive che

gli offerenti sono tenuti a garantire al committente ma non impongono uno specifico onere dichiarativo, da adempiersi a pena di esclusione dalla gara.

9.5. Avuto riguardo al complesso della documentazione presentata dall'appellante, il requisito in contestazione poteva ragionevolmente desumersi dai seguenti elementi, evidenziati dalla stazione appaltante:

- la fotografia del veicolo di cui alla pagina 13, che riproduce la spondina in posizione sia aperta sia chiusa;
- l'indicazione secondo cui la *“spondina posteriore abbattibile facilita le operazioni di carico manuale dei rifiuti. Un pulsante dedicato consente l'apertura servoassistita della spondina posteriore”*;
- il file “figurini quotati” dal quale può parimenti evincersi che la spondina in posizione aperta non è di ostacolo all'uso della pedana;
- l'ulteriore specificazione (punto 10 della pagina 26) secondo cui *“le pedane posteriori per gli operatori ripiegabili con comando manuale sono posizionate in maniera da garantire la massima protezione, pur lasciando la libertà all'operatore di muoversi in caso di necessità per evitare ostacoli improvvisi”*;
- la scheda di valutazione tecnica (pur essa parte dell'offerta), in cui l'odierna appellante in corrispondenza della casella relativa al parametro 10, *“Sincronismo spondina”*, ha sbarrato la casella “SI”.

9.6. Tenuto conto del complesso della documentazione facente parte integrante dell'offerta, la richiesta di chiarimenti avanzata dalla Commissione giudicatrice non può che ascriversi all'ambito del cosiddetto “soccorso procedimentale”, figura che questo Consiglio di Stato, nei pareri relativi allo schema del Codice degli appalti pubblici di cui al d.lgs. 50/2016 e del “correttivo” di cui al d.lgs. n. 56/2017, resi dalla Commissione speciale (n. 855 del 21 marzo 2016; n. 782 del 22 marzo 2017), aveva già ben distinto dal soccorso istruttorio.

Il soccorso procedimentale è infatti esclusivamente finalizzato a ricercare l'effettiva volontà dell'impresa partecipante alla gara in ordine alla portata del

proprio impegno negoziale, superandone le eventuali ambiguità (*ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. V, 10 gennaio 2023 n. 324).

Detta interpretazione, relativa all'ammissibilità del soccorso procedimentale, volto a ricercare, alla luce dei chiarimenti richiesti, la volontà negoziale dalla stessa offerta e non *ab externo* o tramite la produzione di nuovi documenti, si pone del resto in linea con quanto previsto dalla Corte di Giustizia UE che, in tema di soccorso istruttorio in caso di carenze dell'offerta tecnica, ha ritenuto (nella sentenza della Sez. VIII, 10 maggio 2017, nella causa C-131/16 Archus), che una richiesta di chiarimenti non può ovviare alla mancanza di un documento o di un'informazione la cui comunicazione era richiesta dai documenti dell'appalto, salvo appunto il caso in cui essi siano indispensabili per chiarire il contenuto dell'offerta o per rettificare un errore manifesto e sempre che non comportino modifiche tali da costituire, in realtà, una nuova offerta.

L'esperibilità del soccorso procedimentale, nei termini ammessi dalla giurisprudenza, deve pertanto ritenersi consentita, al di là di quanto previsto nella *lex specialis* di gara, in via di eterointegrazione della stessa, in presenza di un errore manifesto o di ambiguità dell'offerta tecnica laddove comunque l'effettiva volontà del partecipante sia desumibile da altri elementi della medesima offerta tecnica, consentendosi in tale modo di coniugare il principio della massima partecipazione con il principio della *par condicio* (Cons. Stato, sentenza n. 324/2023, cit.).

9.7. Nel caso di specie, i chiarimenti richiesti dalla Commissione hanno in definitiva consentito alla società appellante non già di modificare l'offerta ma di colmare una mera carenza rappresentativa della documentazione richiesta.

10. Per quanto sopra argomentato, l'appello deve essere accolto.

Ne consegue che, in riforma della sentenza impugnata, il ricorso instaurato in primo grado deve essere respinto.

10.1 In ragione della peculiarità della fattispecie, e della natura interpretativa delle questioni interessanti la *lex specialis*, sussistono gravi ed eccezionali

ragioni per compensare tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello n. 8133 del 2022, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata respinge il ricorso instaurato in primo grado.

Compensa tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 febbraio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Gerardo Mastrandrea, Presidente

Silvia Martino, Consigliere, Estensore

Michele Conforti, Consigliere

Emanuela Loria, Consigliere

Paolo Marotta, Consigliere

L'ESTENSORE

Silvia Martino

IL PRESIDENTE

Gerardo Mastrandrea

IL SEGRETARIO