

Publicato il 17/07/2020

N. 04603/2020REG.PROV.COLL.  
N. 01183/2020 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 Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 1183 del 2020, proposto da

Aenergia Reti s.r.l. in proprio e quale mandataria dell'associazione temporanea di imprese con Tagliabue s.p.a. quale mandante, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Danilo Tassan Mazzocco, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

*contro*

Inrete Distribuzione Energia s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Alessandro Lolli e Aristide Police, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Aristide Police in Roma, via di Villa Sacchetti, 11;

Hera s.p.a., non costituita in giudizio;

*nei confronti*

Consorzio Stabile Con.Service s.p.a. quale mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese con Cooperativa Edile Appennino Società Cooperativa a r.l., Cooperativa Intersettoriale Montana di Sassoleone Società Coop. a r.l. (Cims), Easy Servizi s.r.l., Idri s.p.a., Metoda s.p.a.;  
Ranton s.r.l., V. Barbagli s.r.l., Smag s.r.l., Co.Ro.Met. s.r.l., Studio Oikos s.r.l., non costituiti in giudizio;

*per la riforma*

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Seconda) n. 00826/2019, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Inrete Distribuzione Energia s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 giugno 2020 il Cons. Federico Di Matteo e uditi per le parti gli avvocati Danilo Tassan Mazzocco e Alessandro Lolli, ai sensi dell'art. 4, comma 1, ultimo periodo, decreto-legge n. 28/2020;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con avviso pubblicato in Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana il 18 settembre 2017, Hera s.p.a., socio unico di Inrete Distribuzione energia s.p.a., istituiva un sistema di qualificazione *“per l'esecuzione di servizi inerenti ai gruppi di misura (GdM) distribuiti sul territorio gestito da HERA s.p.a. e dalle società del Gruppo Hera”* ai sensi degli articoli 128 e 134 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

1.1. Con lettera di invito del 30 ottobre 2018, Inrete Distribuzione energia s.p.a. avviava una procedura negoziata, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per *“l'esecuzione dei servizi di sostituzione massiva e arruolamento/affiliazione sui gruppi di misura (GdM) gas relativi ai servizi erogati da INRETE DISTRIBUZIONE ENERGIA s.p.a., per il periodo dal 01/03/2019 al 28/02/2021”*, con importo presunto ammontante ad € 16.000.000,00; in caso di presentazione di più di tre offerte valide era prevista la stipulazione con i primi tre operatori in graduatoria di altrettanti contratti aperti, aventi ad oggetto, rispettivamente, il 45%, il 30% e il 25% dell'importo complessivo, indicativo e presunto del servizio, al netto del ribasso offerto.

1.2. Ai fini del presente giudizio, rilevano, in particolare, i sottocriteri stabiliti nella lettera di invito per l'assegnazione del punteggio (70 punti) per il “Valore tecnico”; tra questi il subcriterio *b)*, del valore massimo di 8 punti, da assegnare per *“Numero di personale dipendente aggiuntivo, già assunto a tempo pieno e a tempo indeterminato alla data di invio della presente lettera di invito, che l'operatore economico impiegherà nell'esecuzione dell'appalto”*.

In relazione ad esso, era specificato (pag. 14): *“5. (...) – il personale dichiarato come sopra deve essere solo ed esclusivamente PERSONALE DIPENDENTE, cioè personale assunto a tempo pieno (NO PART TIME) e a tempo indeterminato, con contratto di lavoro dipendente subordinato o equiparato (e.g. titolare, socio lavoratore o socio prestatore d'opera), già in essere alla data di invio della presente Lettera di invito. A tal fine, per ciascuno dei nominativi indicati dovrà essere allegata copia del L.U.L. (Libro Unico del Lavoro), completo di Registro di presenze, del mese precedente a quello di invio della presente Lettera di invito, a comprova del fatto che si tratti di personale*

*dipendente, a tempo pieno e a tempo indeterminato; qualora il suddetto personale rientri nelle ipotesi in cui non è previsto l'obbligo di registrazione al L.U.L., andrà prodotta idonea documentazione a comprova della specifica tipologia di rapporto intercorrente tra l'impresa e il personale stesso”.*

Dall'esistenza delle condizioni previste per il sub-criterio *b)* dipendeva anche l'attribuzione del punteggio per il sub-criterio *c)* *“Numero di interventi di formazione in materia di primo soccorso, svolti dal “personale dipendente” che il concorrente dichiara di rendere disponibile, interamente effettuati negli ultimi 1096 giorni (3 anni) antecedenti la data in invio della presente lettera di invito”* e *d)* *“Numero di interventi di formazione in materia di antincendio, svolti dal “personale dipendente” che il concorrente dichiara di rendere disponibile, interamente effettuati negli ultimi 1096 giorni (3 anni) antecedenti la data di invio della presente lettera di invito”.*

Altri sub-criteri erano: *“h) certificazioni in materia ambientale disponibili alla data di invio della lettera di invito”* e *“i) certificazione in materia di sicurezza disponibili alla data di invio della lettera di invito”*, per i quali, quanto al primo, era richiesta *“Presenza di certificazione in materia ambientale UNI EN ISO 14001:2015, in corso di validità, rilasciata da organismi accreditati, ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000 e della serie UNI CEI EN ISO/IEC 17000 e, se con accreditamento non ACCREDIA, rilasciata da organismi con accreditamento aderente agli accordi MLA, che riporti nel campo di applicazione/ scopo del certificato esplicito riferimento riconducibile ad attività afferenti a quelle oggetto del presente procedimento”*, e, quanto al secondo, *“Presenza di certificazione in materia di sicurezza BS OHSAS 18001:2007, in corso di validità, rilasciata da organismi accreditati, ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000 e della serie UNI CEI EN ISO/IEC 17000 e, se con accreditamento non ACCREDIA, rilasciata da organismi con accreditamento aderente agli*

*accordi MLA, che riporti nel campo di applicazione/ scopo del certificato esplicito riferimento riconducibile ad attività afferenti a quelle oggetto del presente procedimento”.*

1.3. Proponeva domanda di partecipazione l’A.t.i. – associazione temporanea di imprese con Aenergia Reti s.r.l. come mandataria e Tagliabue s.p.a. come mandante, che, all’esito delle operazioni di gara, era collocata al quinto posto della graduatoria provvisoria (con il punteggio di 67,95 punti); al primo posto era l’A.t.i. Conservice (97,58 punti), e di seguito l’A.t.i. easy (94,26), l’At.i. Ranton (78,69) e l’A.t.i. Barbagli (74,62).

Per i sub-criteri *b) c) d) h) e i)* l’A.t.i. Aenergia Reti riceveva zero punti.

2. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per l’Emilia Romagna l’A.t.i. Aenergia Reti domandava l’annullamento del provvedimento di aggiudicazione della procedura negoziata del 7 febbraio 2019 sulla base di due motivi.

2.1. La ricorrente premetteva di aver appreso, attraverso l’accesso agli atti di gara, che nel verbale del 21 gennaio 2019 la commissione di gara aveva motivato la mancata assegnazione dei punti previsti per i sub – criteri in precedenza ricordati in questi termini: *“per tutti i 20 dipendenti dell’Impresa Tagliabue è stata prodotta copia del Libro Unico del Lavoro (L.U.L.) dal quale è possibile evincere che si tratta di personale dipendente a tempo pieno, ma non anche a tempo indeterminato, come espressamente richiesto in Lettera d’invito; l’impresa ha altresì prodotto una dichiarazione sottoscritta dal Legale rappresentante attestante che tutti i dipendenti resi disponibili sono titolari di rapporto di lavoro a tempo indeterminato, ma la Commissione non ritiene valido tale documento, poiché*

*trattasi di documentazione difforme da quanto richiesto e non idonea a comprovare quanto prescritto in Lettera di Invito”.*

Proponeva, pertanto, un primo motivo in cui lamentava la violazione dell'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016, nonché degli articoli 47 e 77 – *bis* del d.P.R. n. 445 del 2000 e dell'art. 9 Reg. UE n. 679 del 2016, e l'eccesso di potere per difetto di istruttoria e violazione del principio del *clare loqui* e della *par condicio*: sosteneva di aver fornito documentazione adeguata a dar prova del possesso delle condizioni previste per l'assegnazione del massimo punteggio in relazione ai sub – criteri *b)*, *c)* e *d)*, avendo prodotto un estratto del L.U.L. dell'impresa Tagliabue con il registro delle presenze del mese antecedente l'invio della lettera di invito, nonché una dichiarazione sostitutiva ai sensi del d.P.R. n. 445 del 2000 in cui si dava atto che tutti i dipendenti a tempo pieno presenti nel registro delle presenze erano assunti a tempo indeterminato; in ogni caso, aggiungeva, la Commissione avrebbe dovuto attivare il soccorso istruttorio consentendole di ovviare alle carenze documentali riscontrate.

2.2. Nello stesso verbale del 21 gennaio 2019, la Commissione giudicatrice aveva escluso l'assegnazione del punteggio previsto per il sub-criteri *b)* ed *i)*, con la seguente motivazione: “*La Commissione di gara accerta che il campo di applicazione/scopo indicato nelle rispettive certificazioni non è riconducibile ad attività afferenti a quelle oggetto di gara*”.

Con un secondo motivo di ricorso la decisione era contestata per violazione dell'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016 nonché per violazione del principio di libera concorrenza e della *par condicio* dei concorrenti, per eccesso di potere per difetto di istruttoria: la commissione aveva interpretato la lettera di invito – che parlava di certificazione avente come campo di applicazione/scopo un'attività

“afferente” a quella oggetto della procedura – nel senso di imporre la verifica della corrispondenza a livello puramente terminologico delle attività espressamente riportate nel perimetro delle certificazioni rispetto all’oggetto della gara, ma così imponendo un’illecita limitazione della concorrenza ed un indebito restringimento della platea dei concorrenti, con effetti lesivi dell’interesse pubblico.

2.3. Nella resistenza di Inrete Distribuzione Energia s.p.a. e di C.S. Con.Service s.p.a., il giudizio di primo grado era concluso dalla sentenza, sez. II, 29 ottobre 2019, n. 826, con cui il ricorso era dichiarato in parte improcedibile e in parte infondato, e la ricorrente condannata al pagamento delle spese di lite.

Rammentato il contenuto della lettera di invito in punto di documentazione richiesta a comprova del requisito per l’attribuzione del punteggio di cui ai sub – criteri *b)*, *c)* e *d)*, il giudice di primo grado riteneva che la ricorrente non avesse presentato idonea documentazione per aver prodotto solamente una dichiarazione sostitutiva del L.U.L. sui dipendenti a tempo indeterminato (documento formato dallo stesso concorrente e non qualificabile come documento amministrativo), peraltro incompleta, in quanto non comprendente i cedolini – paga.

Aggiungeva, inoltre, che la stazione appaltante non avrebbe potuto ammettere l’integrazione documentale mediante il soccorso istruttorio, poiché strumento utilizzabile dall’amministrazione per consentire di sanare carenze documentali relative ai requisiti di ammissione alla gara e non dell’offerta tecnica, essendo onere delle imprese concorrenti redigere la propria offerta nei termini richiesti dagli atti di gara, senza poter colmare eventuali lacune dovute a negligenze.

Il secondo motivo era ritenuto improcedibile in quanto, seppure accolto con assegnazione del massimo punteggio, per la reiezione del primo, la ricorrente non avrebbe comunque potuto conseguire l'utile collocazione in graduatoria.

3. Propone appello l'A.t.i. Aenergia reti nella composizione in epigrafe indicata; si è costituita Inrete Distribuzione energia s.p.a.; le parti hanno depositato memorie cui è seguita memoria di replica dell'appellante.

All'udienza del 18 giugno 2020 la causa è stata assunta in decisione.

4. Con il primo motivo di appello la sentenza di primo grado è censurata per *“Erroneità, illogicità e difetto di motivazione – Travisamento dei fatti e contraddittorietà – Violazione e/o falsa applicazione del par. “Valore tecnico (punti 70)”, punti 1, 5 e 6, pp. 13-14-15 della lettera di invito – Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 83, c. 9. D.lg. n. 50/16 – Violazione e/o mancata applicazione degli artt. 47 e 77 – bis del 445 n. 445/00 – Violazione e/o mancata/falsa applicazione dell’art. 9 del Reg. UE 2016/679 – Eccesso di potere per difetto di istruttoria – Violazione del principio cardine del clare loqui – Eccesso di potere per contraddittorietà dell’istruttoria – Violazione del principio della par condicio”*.

4.1. L'appellante sostiene che il giudice di primo grado abbia erroneamente ritenuto la dichiarazione sostitutiva resa dal legale rappresentante della Tagliabue s.p.a. inidonea a dar prova del possesso del requisito richiesto dai sub-criteri *b)*, *c)* e *d)*, sebbene contenesse l'elenco nominativo di tutti i dipendenti citati nell'offerta tecnica, identificati con nome, cognome e codice fiscale, e la specificazione che tale personale (aggiuntivo, in quanto utilizzato per l'esecuzione dell'appalto in aumento rispetto a quello previsto dal capitolato speciale d'appalto), era assunto a tempo pieno ed a tempo



indeterminato, e così fornendo per ciascun dipendente tutte le informazioni richieste dalla legge di gara. D'altronde, continua l'appellante, non sussiste alcuna difformità con la documentazione prodotta dagli altri concorrenti e versata in atti dall'amministrazione aggiudicatrice a titolo esemplificativo: i L.u.l. hanno il medesimo contenuto, perché vi è comunque indicato il nome e il cognome del dipendente, la tipologia di rapporto (a tempo indeterminato), il codice fiscale, la data di nascita, di assunzione e la qualifica; vi sono anche altre informazioni, riportate nella sezione propria del cedolino - paga, ma sono irrilevanti e non dovute, poiché coperte dal diritto alla *privacy* del dipendente.

4.2. Si duole, poi, che il giudice di primo grado abbia negato l'ammissibilità del soccorso istruttorio ed afferma che, contrariamente a quanto ritenuto in sentenza, il solo limite imposto al soccorso istruttorio è costituito dal divieto della posteriore modifica di elementi nella piena disponibilità del concorrente per la lesione, che ciò comporta, della *par condicio* tra tutti i partecipanti, per cui non vi sarebbe valida ragione per negarne l'attivazione, che sarebbe, anzi, doverosa per il fatto che le carenze documentali riguardavano elementi fattuali "*preformati nell'ordinamento e completamente estranei alla formulazione dell'offerta tecnica intesa in senso stretto*", in quanto del tutto ultronei rispetto alla definizione delle caratteristiche prestazionali della commessa posta a gara e sottratti alla disponibilità del concorrente. Ammetterla al soccorso istruttorio, pertanto, non avrebbe certamente significato consentirle di manipolare *ex post* i dati presenti nell'offerta tecnica.

4.3. Nega, infine, di essere stato negligente nel seguire le richieste della *lex specialis*: per fornire le informazioni richieste dalla legge di

gara non avrebbe potuto far altro che presentare una dichiarazione sostitutiva, in quanto dette informazioni, per la particolare conformazione del L.u.l. dell'impresa Tagliabue risultavano presenti nell'ambito del cedolino - paga, ma unitamente ad una serie di ulteriori dati personali del lavoratore dipendente rientranti nell'ambito dei c.d. dati sensibili (a titolo esemplificativo: l'appartenenza sindacale, la presenza di disabilità rilevanti, e così via), non trattabili se non in presenza delle condizioni previste dall'art. 9 del Reg. UE n. 679 del 2016, nel caso di specie mancanti, onde era doveroso procedere all'esclusione dei dati per tutela della *privacy* dei dipendenti.

Tanto più che la normativa di settore non impone una forma specifica per il L.u.l., che assume quindi una conformazione diversa in ogni società, in stretta correlazione al tipo di programma gestionale usato per la compilazione; nel caso di specie, dunque, l'elemento informativo richiesto dalla lettera di invito – la quale, peraltro, si limitava a richiedere la produzione di “copia del L.U.L....completo di Registro Presenze” – non era contenuto nel proprio L.U.L., per cui, ribadisce, non avrebbe potuto fare altro che formare una dichiarazione sostitutiva su detto specifico punto.

5. Il motivo è infondato.

5.1. La lettera di invito indicava chiaramente la documentazione che gli operatori economici avrebbero dovuto produrre a comprova del possesso del requisito previsto dal *sub* – criterio b), c) e d); per dimostrare l'impiego di personale aggiuntivo assunto a tempo indeterminato e a tempo pieno, i concorrenti avrebbero dovuto presentare copia del L.u.l. – libro unico del lavoro, completo del

registro delle presenze del mese precedente a quello di invio della lettera di invito.

I concorrenti erano, dunque, avvertiti che l'amministrazione giudicatrice avrebbe ritenuto adeguato mezzo di prova esclusivamente la predetta documentazione, e non altra, per ricavarne le informazioni rilevanti ai fini dell'attribuzione del punteggio.

Era ammessa una sola deroga per il personale aggiuntivo non rientrante tra le ipotesi per le quali ricorre l'obbligo di registrazione al L.u.l.; in tal caso, era consentito produrre idonea documentazione "*a comprova della specifica tipologia di rapporto intercorrente fra l'impresa e il personale stesse*".

5.2. L'appellante non ha rispettato le prescrizioni contenute nella lettera di invito avendo presentato una documentazione diversa da quella richiesta: allegato al L.u.l. completo del registro delle presenze, era, infatti, una dichiarazione sostitutiva ai sensi dell'art. 44, d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, nella quale si dava atto che il personale era assunto a tempo indeterminato.

Si è trattato di una scelta volontaria, motivata, a quanto si apprende dallo stesso appellante, dalla necessità di preservare la *privacy* dei dipendenti: se fosse stato rimesso il L.u.l. completo dei cedolini – paga (dai quali ricavare l'informazione dell'assunzione a tempo indeterminato), sarebbe stati resi noti dati sensibili dei lavoratori in spregio ai limiti del trattamento dei dati fissati dalla normativa euro – unitaria.

L'amministrazione aggiudicatrice ha escluso l'appellante per aver prodotto documentazione diversa da quella richiesta dalla legge di

gara e l'esclusione è corretta come ritenuto dal giudice di primo grado.

5.3. Preliminarmente, va precisato che, contrariamente a quanto affermato dall'appellante, il contenuto del L.u.l. – libro unico del lavoro è disciplinato dall'art. 39 (*Adempimenti di natura formale nella gestione dei rapporti di lavoro*) d.l. 25 giugno 2008, n. 112 (*Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria*) conv. in l. con mod. 6 agosto 2008, n. 133, il quale, al primo comma, prevede che: “*Il datore di lavoro privato, con la sola esclusione del datore di lavoro domestico, deve istituire e tenere il libro unico del lavoro nel quale sono iscritti tutti i lavoratori subordinati, i collaboratori coordinati e continuativi e gli associati in partecipazione con apporto lavorativo. Per ciascun lavoratore devono essere indicati il nome e cognome, il codice fiscale e, ove ricorrano, la qualifica e il livello, la retribuzione base, l'anzianità di servizio, nonché le relative posizioni assicurative.*”, e, al secondo comma, che: “*Nel libro unico del lavoro deve essere effettuata ogni annotazione relativa a dazioni in danaro o in natura corrisposte o gestite dal datore di lavoro, compresi le somme a titolo di rimborso spese, le trattenute a qualsiasi titolo effettuate, le detrazioni fiscali, i dati relativi agli assegni per il nucleo familiare, le prestazioni ricevute da enti e istituti previdenziali. Le somme erogate a titolo di premio o per prestazioni di lavoro straordinario devono essere indicate specificatamente. Il libro unico del lavoro deve altresì contenere un calendario delle presenze, da cui risulti, per ogni giorno, il numero di ore di lavoro effettuate da ciascun lavoratore subordinato, nonché l'indicazione delle ore di straordinario, delle eventuali assenze dal lavoro, anche non retribuite, delle ferie e dei riposi. Nella ipotesi in cui al lavoratore venga corrisposta una retribuzione fissa o a giornata intera o a periodi superiori è annotata solo la giornata di presenza al lavoro.*”.

Il L.u.l. comprende, dunque, il registro delle presenze e i cedolini – paga con le somme corrisposte ai dipendenti.

L'amministrazione aggiudicatrice, pertanto, con il riferimento nella lettera di invito al "L.U.L. (Libro Unico del Lavoro), completo di Registro Presenze", ha certamente inteso richiedere agli operatori concorrenti anche la produzione dei cedolini – paga, proprio perchè ritenuti necessari a dimostrare le condizioni del rapporto di lavoro con i dipendenti.

Non v'è stata imprecisione nella redazione degli atti di gara, tale da indurre gli operatori a ritenere non dovuta la produzione dei cedolini – paga; il principio del *clare loqui* era certamente rispettato.

5.4. La tutela della *privacy* del dipendente non può essere valida ragione per sostituire alla documentazione richiesta dalla legge di gara una propria dichiarazione; sarebbe bastato oscurare i dati sensibili del dipendente e così rispettare la prescrizione della legge di gara e, d'altra parte, consentire all'amministrazione aggiudicatrice di acquisire le informazioni sul rapporto di lavoro richieste per l'assegnazione del punteggio.

Non è necessario, dunque, approfondire se la dichiarazione sostitutiva ai sensi dell'art. 44 d.P.R. n. 445 del 2000 possa validamente essere utilizzata per dar prova di un'informazione richiesta dall'amministrazione; nella presente vicenda la dichiarazione sostitutiva non era idonea perché non era quanto richiesto dalla legge di gara e la scelta di produrre l'una (la dichiarazione sostitutiva), piuttosto che l'altra (il L.u.l. completo dei cedolini – paga) non era sorretta da valida ragione.

Né può l'appellante invocare la deroga prevista nella lettera di invito, poiché riferita ad una situazione diversa, quella dei dipendenti per i

quali non sia previsto l'obbligo di registrazione nel Libro unico del lavoro; circostanza mai allegata in giudizio.

5.5. La sentenza di primo grado va condivisa anche nella parte in cui ha escluso l'operatività del soccorso istruttorio previsto dall'art. 83, comma 9, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

La vicenda presenta indubbiamente una peculiarità: era la stessa concorrente, al momento della formulazione dell'offerta tecnica, a rendersi conto che la propria documentazione era mancante di un'informazione decisiva per l'assegnazione del punteggio, e ad integrarla con la dichiarazione sostitutiva.

Ciò vale ad escludere che possa trovare applicazione l'orientamento giurisprudenziale per il quale è consentito il soccorso istruttorio anche in relazione ad elementi dell'offerta qualora le carenze documentali nelle quali sia incorso l'operatore economico non costituiscono imprecisioni dell'offerta o difformità di essa rispetto alle prescrizioni del capitolato prestazionale, quanto, piuttosto, inesattezze documentali frutto di meri errori ovvero di imprecisioni imputabili alla formulazione degli atti di gara. (da ultimo, cfr. Cons. Stato, sez. V, 27 marzo 2020, n. 2146, nonché Corte di Giustizia dell'Unione europea, sez. VIII , 10 maggio 2017, nella causa C-131/16 *Archus* e sez. VI, 2 giugno 2016, nella causa C-27/15 *Pippo Pizzo*, ove è spiegato che ( 51): "*...il principio di trattamento e l'obbligo di trasparenza devono essere interpretati nel senso che ostano all'esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico in seguito al mancato rispetto, da parte di tale operatore, di un obbligo che non risulta espressamente dai documenti relativi a tale procedura o dal diritto nazionale vigente, bensì da un'interpretazione di tale diritto e di tali documenti nonché dal meccanismo diretto a colmare, con un intervento delle autorità o dei*

*giudici amministrativi nazionali, le lacune presenti in tali documenti. In tali circostanze, i principi di parità di trattamento e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che non ostano al fatto di consentire all'operatore economico di regolarizzare la propria posizione e di adempiere tale obbligo entro un termine fissato dall'amministrazione aggiudicatrice").*

Alla luce di quanto già precedentemente evidenziato, non vengono qui in rilievo carenze documentali dovute a imprecisioni imputabili alla formulazione degli atti di gara, o frutto di meri errori; v'è stata, piuttosto, consapevole inosservanza delle prescrizioni contenute nella lettera di invito, tanto è vero che la conseguente carenza documentale è stata riconosciuta dalla stessa concorrente, che, infatti, ha cercato impropriamente di porvi rimedio.

Riconoscere il soccorso istruttorio vorrebbe dire, allora, attribuire all'appellante una possibilità – di por rimedio ad una condotta di inadempienza alle prescrizioni di gara volontaria e consapevole – capace di alterare la *par condicio* tra i concorrenti.

5.6. Respinto il primo motivo di appello, è assorbito il secondo motivo, ove è riproposto il secondo motivo di ricorso relativo al mancato riconoscimento del punteggio previsto per i sub – criteri h) e i); come già evidenziato dal primo giudice l'A.t.i. Aenergia reti non potrebbe comunque ottenere il punteggio necessario all'utile collocazione in graduatoria.

6. Merita, invece, accoglimento il terzo motivo di appello; l'appellante domanda la riforma della statuizione in punto di spese contenuta nella sentenza di primo grado per “*Erroneità, illogicità e difetto di motivazione – Travisamento dei fatti e contraddittorietà*”: pur avendo agito nella legittima convinzione di aver rispettato le previsioni della legge di gara e assicurato il rispetto della *privacy* dei

dipendenti era stata condannata alle spese di lite non solo nei confronti dell'amministrazione, che, in effetti, si era attivata con la produzione di documenti e depositando articolata memoria, ma anche nei confronti della società C.S. Con.Service s.p.a. che, da un lato, non era soggetto controinteressato al giudizio in quanto classificatosi al primo posto e, dall'altro, si era limitato ad una costituzione formale, senza produrre alcuno scritto difensivo.

Ritiene il Collegio che la peculiarità della vicenda, ed in particolare le argomentazioni difensive spese dall'appellante a giustificazione della propria condotta, possano giustificare la compensazione tra tutte le parti in causa delle spese di entrambi i gradi del giudizio.

7. In conclusione, l'appello va respinto; le spese di lite di entrambi i gradi compensate tra tutte le parti in causa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, accoglie il terzo motivo, e, in riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia Romagna, n. 826/2019, compensa le spese del primo grado del giudizio.

Compensa tra tutte le parti in causa le spese del presente grado del giudizio.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 18 giugno 2020 tenutasi con le modalità di cui all'art. 4, comma 1, d.l. 30 marzo 2020, n. 28, con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Raffaele Prospero, Consigliere



Federico Di Matteo, Consigliere, Estensore

Angela Rotondano, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**Federico Di Matteo**

**IL PRESIDENTE**

**Luciano Barra Caracciolo**

**IL SEGRETARIO**