

Publicato il 03/11/2021

N. 07335/2021REG.PROV.COLL.
N. 02441/2021 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 numero di registro generale 2441 del 2021, proposto da Cesag S.r.l., in proprio e quale mandataria del costituendo r.t.i. con Crocco Emanuele S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo Clarizia e Andrea Mozzati, Andrea Rossi, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, via Principessa Clotilde n.2;

contro

Comune di Genova, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Luca De Paoli, Maria Paola Pessagno, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Villa Costruzioni Edili s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Inglese e Marco Petrone, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, via Oslavia, 28;

per la riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Liguria n.

00097/2021, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Genova e della Villa Costruzioni Edili s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 ottobre 2021 il Cons. Giuseppina Luciana Barreca e uditi per le parti gli avvocati Clarizia, Mozzati, De Paoli e Petrone;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza indicata in epigrafe il Tribunale amministrativo regionale per la Liguria ha respinto il ricorso proposto dalla Cesag s.r.l., in proprio e quale mandataria del r.t.i. con Crocco Emanuele s.r.l., contro il Comune di Genova e nei confronti della Villa Costruzioni Edili s.r.l. per l'annullamento dell'aggiudicazione a quest'ultima, in r.t.i. con Euroelettrica Impianti s.r.l., del secondo lotto dell'accordo quadro per interventi di manutenzione non programmabile su beni di civica proprietà, non vincolati ai sensi del d.lgs. n. 42 del 2004, ubicati sull'intero territorio cittadino per gli anni 2019-2020-2021.

1.1. La ricorrente, classificatasi quinta nella graduatoria del lotto 2, con punti 84,938 (65 per l'offerta tecnica e 19,938 per quella economica), alle spalle del secondo classificato r.t.i. Villa (con punti 91,646, di cui 72,42 per l'offerta tecnica e 19,226 per l'offerta economica), risultato aggiudicatario del lotto a seguito dell'opzione per il primo lotto esercitata dal primo, ha esposto:

- di avere conseguito zero punti per il criterio B.4 (relativo alla disponibilità all'esecuzione contemporanea di più cantieri), in base al quale venivano assegnati 9 punti per il concorrente che avesse offerto la disponibilità all'esecuzione contemporanea di 4 o più cantieri;
- che, in realtà, essa si era impegnata ad effettuare contemporaneamente 4 o più cantieri, sicché avrebbe dovuto ottenere, in relazione al suddetto

parametro, il punteggio massimo di 9 punti, decisivo ai fini dell'aggiudicazione del lotto;

- che l'attribuzione di zero punti per il criterio è stata motivata dal fatto che il r.t.i. Cesag non aveva allegato alla propria offerta, per un mero errore materiale, il libro matricola dell'impresa (*recte*, libro unico del lavoro), specificamente richiesto dall'art. 6 punto B.4 del disciplinare di gara.

1.2. La sentenza, dato conto dei quattro motivi di ricorso e della costituzione in giudizio del Comune di Genova e del r.t.i. controinteressato, nonché del ricorso incidentale di quest'ultimo, ha deciso come segue:

- ha preso le mosse dall'ultimo motivo di ricorso, concernente la legittimità e la ragionevolezza della clausola di cui all'art. 6, punto B.4, del disciplinare, che, ai fini dell'attribuzione dei nove punti previsti per il criterio B.4 precisava che *“il concorrente dovrà compilare la scheda modello B.4 allegando, al fine dell'attribuzione del punteggio, il libro matricola dell'impresa. La Commissione valuterà la coerenza del libro matricola col numero di cantieri contemporanei offerti. In caso di confutazione si procederà a riduzione in coerenza con il libro matricola”*; premesso che l'improprio riferimento al libro matricola piuttosto che al libro unico del lavoro (che ha sostituito il primo in virtù dell'art. 39 del D.L. 25.6.2008, n. 112, convertito in legge n. 133 del 2008) non era reputabile di per sé idoneo ad indurre in errore la ricorrente (in quanto operatore professionale tenuto agli adempimenti di natura formale e documentale inerenti la gestione dei rapporti di lavoro), ha ritenuto che *“la clausola in questione rispondeva adeguatamente a due evidenti interessi pubblici convergenti: 1) quello di consentire alla commissione di gara un immediato e inequivoco apprezzamento degli elementi di valutazione, in applicazione dei principi di economicità, efficacia (cfr. l'art. 95 D. Lgs. n. 50/2016 ...) e tempestività (cfr. l'art. 30 comma 1 D. Lgs. n. 50/2016) dell'azione amministrativa in materia di aggiudicazione di appalti, che costituiscono altrettante declinazioni del principio costituzionale di buon andamento; 2) quello del rispetto, da parte degli operatori economici, degli obblighi in materia di lavoro stabiliti dalla normativa nazionale (art. 30 comma 3 D. Lgs. n. 50/2016), mediante l'utilizzo, nell'esecuzione dell'appalto, di personale regolarmente*

assunto”; ha concluso per la legittimità della clausola, *“in quanto per un verso è funzionale al perseguimento di interessi pubblici rilevanti, per altro verso non aggrava ingiustificatamente il procedimento, limitandosi a chiedere la produzione di un documento obbligatorio per legge, e dunque già nella disponibilità dell’operatore economico”*;

- riguardo ai restanti tre motivi, data per non contestata la mancata produzione del libro unico del lavoro delle imprese raggruppate, ha escluso che le relative informazioni fossero surrogabili da quelle fornite in altra parte dell’offerta tecnica (il modulo B.7), priva del *“medesimo grado di affidabilità e certezza”*; ha ritenuto impraticabile il soccorso istruttorio, vertendosi in un caso di carenze formali dell’offerta tecnica (come da precedente di questo Consiglio di Stato, V, 17 luglio 2020, n. 4603); ha reputato applicabili anche nei confronti dell’amministrazione i principi di speditezza, efficacia e tempestività delle procedure di gara nel senso che neanche l’operatore economico *“può aggravare il procedimento di gara addossando alla controparte oneri istruttori impropri o supplementari rispetto a quelli cristallizzati nel disciplinare di gara, quali la ricerca delle informazioni dovute in tutta la documentazione variamente prodotta, anziché nella sede e nelle forme appositamente prescritte dalla lex specialis.”*.

1.3. Respinto il ricorso principale, il ricorso incidentale è stato dichiarato assorbito e la società ricorrente principale è stata condannata al pagamento delle spese di lite, in favore di ciascuna delle due altre parti.

2. Avverso la sentenza la società Cesag, in proprio e quale mandataria del costituendo r.t.i. con Crocco Emanuele s.r.l., ha proposto appello con due motivi, il primo dei quali articolato in più censure.

2.1. Il Comune di Genova e la Villa Costruzioni Edili si sono costituiti per resistere all’appello.

2.2. Su accordo delle parti, raggiunto all’udienza in camera di consiglio del 6 maggio 2021, l’istanza cautelare è stata abbinata alla decisione di merito.

2.3. All’udienza pubblica del 21 ottobre 2021 la causa è stata discussa e assegnata a sentenza, previo deposito di memorie delle società e di memorie di replica di tutte le parti.

3. Il primo motivo di appello concerne le ragioni di rigetto dei quattro motivi del ricorso introduttivo, riassunti come segue:

<<a) la presentazione del Libro Unico del Lavoro non era né è una parte costitutiva ed essenziale dell'offerta tecnica dal momento che tale documento era ed è collaterale e accessorio, essendo la sua acquisizione finalizzata soltanto a verificare ed accertare la congruità del contenuto della stessa offerta tecnica, con riferimento all'adeguatezza dell'organico delle imprese;

b) le risultanze del Libro Unico del Lavoro erano e sono già presenti in un altro documento dell'offerta tecnica: ossia, il modulo B.7 che contiene la puntuale indicazione dell'organico delle imprese concorrenti;

c) sussistevano e sussistono, pertanto, tutti i presupposti affinché l'Amministrazione potesse ed anzi dovesse procedere o a chiedere al r.t.i. Cesag i pertinenti chiarimenti o a disporre il soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 83, d.lgs. n. 50/2016, anche alla luce dei più recenti indirizzi giurisprudenziali;

d) in via subordinata, la clausola di cui all'art. 6, punto B.4 del disciplinare, ove interpretata come ha fatto l'Amministrazione comunale, si appaleserebbe anch'essa illegittima ed irragionevole per le ragioni sopra sintetizzate.>>.

Vengono quindi formulate le seguenti censure alla sentenza gravata.

3.1. Sub a) si sostiene che, contrariamente a quanto affermato in sentenza, il libro unico del lavoro (d'ora innanzi l.u.l.) non costituiva una parte dell'offerta tecnica, ma un documento esterno, la cui presentazione era solo strumentale a dimostrare l'idoneità del personale destinato ad essere impiegato dall'impresa concorrente. Di conseguenza, il soccorso istruttorio non avrebbe comportato una modifica dell'offerta tecnica, avrebbe permesso di correggere una mera carenza documentale di natura non sostanziale e non avrebbe inciso su valutazioni di merito dell'offerta.

3.2. Sub b) si sostiene che:

b.1) in altro documento della propria offerta tecnica la società aveva fornito tutti gli elementi che avrebbero potuto essere ricavati dal l.u.l. e tutte le informazioni utili a verificare la congruità e la coerenza delle dichiarazioni

rese in sede di offerta (modulo B.7 contenente l'elenco di tutte le maestranze delle imprese raggruppate, con le relative qualifiche e l'articolazione in squadre);

b.2) la presentazione del l.u.l. non è resa indispensabile da alcuna norma o principio e il contenuto del documento avrebbe potuto essere inserito in una diversa dichiarazione dell'impresa (come da precedente di cui a Cons. Stato, V, 9 settembre 2013, n. 4471, relativa alla possibilità di produrre un'autocertificazione in luogo delle certificazioni di qualità);

b.3) la corretta valutazione del modulo B.7 non avrebbe comportato alcun sacrificio di quegli interessi pubblici che, ad avviso del primo giudice, avrebbero dovuto essere soddisfatti mediante la produzione del l.u.l. In particolare, il detto modulo avrebbe consentito di acquisire tutte le informazioni necessarie, senza alcun onere aggiuntivo o aggravio per la commissione di gara e senza alcun nocumento per l'economicità, l'efficacia e la tempestività dell'azione amministrativa (considerato peraltro il periodo di sette mesi trascorso tra la seduta di assegnazione dei punteggi e il provvedimento di aggiudicazione); peraltro il modulo B7 è stato esaminato e valutato, sia pure ad altri fini, dalla commissione di gara;

b.4) è consolidato l'orientamento giurisprudenziale che consente, ed anzi rende doverosa, l'integrazione dei dati mancanti dell'offerta con quelli ricavabili da altre parti della stessa (cfr. Cons. Stato, III, 22 settembre 2016, n. 3924); l'operato della commissione di gara, avallato dal primo giudice, sarebbe inoltre in contrasto con l'art. 86 del d.lgs. n. 50 del 2016, che consente agli operatori economici di avvalersi di qualsiasi mezzo idoneo documentale per provare che disporranno delle risorse necessarie;

b.5) diversamente da quanto affermato dal T.a.r., il modulo B.7 avrebbe garantito all'amministrazione il medesimo grado di affidabilità e certezza delle informazioni fornite rispetto a quelle ricavabili dal l.u.l., anche in ragione di quanto previsto dall'art. 80, comma 5, lett. c- bis, del d.lgs. n. 50 del 2016 e dall'art. 77 bis del d.p.r. n. 445 del 2000;

b.6) in definitiva, l'allegazione del l.u.l. non sarebbe stata indispensabile per l'attribuzione del punteggio tecnico.

3.3. Sub c), si sostiene che:

c.1) in caso di dubbio, la stazione appaltante avrebbe potuto –ed anzi dovuto – chiedere chiarimenti o attivare il soccorso istruttorio;

c.2) chiedendo chiarimenti il Comune avrebbe potuto agevolmente accertare che la mancata produzione del l.u.l. era dovuta a mero errore materiale ed il contenuto dei chiarimenti non avrebbe potuto costituire modifica dell'offerta tecnica né inserimento di dati correttivi o manipolativi (con conseguente loro ammissibilità come da ultimo affermato da Cons. Stato, III, 9 febbraio 2021, n. 1225); su tale rilievo il T.a.r. ha omissis qualsiasi pronuncia;

c.3) in ogni caso la stazione appaltante avrebbe potuto –ed anzi dovuto- attivare il soccorso istruttorio; la sentenza che l'ha escluso sarebbe errata sotto un duplice profilo: sia perché, come detto sub a), non si tratta dell'offerta tecnica ma di un documento collaterale sia perché il caso di specie rappresenterebbe una delle tipiche ipotesi in cui il soccorso istruttorio è attivabile anche in relazione ai contenuti dell'offerta tecnica (come da giurisprudenza richiamata in ricorso, nelle diverse ipotesi ivi menzionate); in ogni caso, non si sarebbe avuta alcuna violazione della *par condicio*, proprio perché l'offerta non sarebbe stata modificata, servendo il documento a fornire informazioni cristallizzate già al momento della formulazione dell'offerta (come da Cons. Stato, V, n. 680/2020, relativa ad una mancata certificazione riguardante l'offerta); la censura troverebbe inoltre fondamento sia nella giurisprudenza europea in tema di soccorso istruttorio (riportata alle pagine 17-19) che negli artt. 56, 59 e 60 della direttiva 2014/24/UE; infine, il precedente di cui a Cons. Stato, V, n. 4603/2020, richiamato in sentenza, non sarebbe pertinente, perché relativo a diversa fattispecie.

3.4. Sub d) si ripropone la censura subordinata volta a contestare la legittimità della clausola di cui all'art. 6, punto B.4, del disciplinare, ove interpretata nel senso che, ai fini dell'assegnazione del punteggio per il criterio B.4, la

dimostrazione della coerenza della proposta tecnica potesse essere fornita esclusivamente mediante la produzione del l.u.l.

Si sostiene che la ricostruzione operata dal T.a.r. sarebbe, per un verso, inconferente (poiché il l.u.l. non era funzionale “*all’apprrezzamento degli elementi di valutazione*”, ma esclusivamente alla verifica della sostenibilità e della coerenza di quanto dichiarato nell’offerta vera e propria); per altro verso, frutto di un travisamento del motivo di ricorso, poiché questo non era rivolto contro la clausola in sé considerata, bensì contro l’irragionevolezza di un’interpretazione per la quale il l.u.l. avrebbe costituito l’unico strumento idoneo a dimostrare l’adeguatezza del personale concorrente, laddove questo dato si sarebbe potuto desumere dalle “*chiare ed univoche – oltre che incontestate – attestazioni ed informazioni fornite dal concorrente in altra parte della propria offerta tecnica*”.

Con lo stesso mezzo si censura l’affermazione del primo giudice secondo cui la richiesta del libro matricola, contenuta nella *lex specialis*, in luogo del libro unico del lavoro, non era, di per sé, idonea ad indurre in errore la ricorrente. Si tratterebbe, ad avviso dell’appellante, di interpretazione della legge di gara illogica e contraddittoria, perché sarebbe interpretazione restrittiva, al fine di prevedere il l.u.l. come unico mezzo di prova delle risorse ai fini dell’attribuzione del punteggio, e sarebbe invece interpretazione estensiva, perché estenderebbe l’obbligo ad un documento diverso da quello indicato dalla legge di gara. Per di più la commissione di gara avrebbe errato nella mancata attribuzione del punteggio, perché sarebbe andata contro il consolidato principio che non può essere escluso l’operatore economico indotto in errore dalla stazione appaltante (Cons. Stato, V, 7 maggio 2019, n. 2917).

4. Le censure, da esaminarsi congiuntamente per ragioni di connessione, come fatto palese dall’illustrazione sotto un unico motivo di gravame, non sono fondate.

4.1. La censura sub a), così come tutte le altre con le quali si insiste sulla portata meramente accessoria del l.u.l. rispetto al contenuto dell'offerta tecnica - perché strumentale alla verifica della congruità e della coerenza di quanto dichiarato in relazione al numero di cantieri contemporanei offerti - non colgono nel segno. Esse non tengono conto del fatto che la commissione di gara ha attribuito il punteggio pari a zero, non per lacune, inesattezze o indeterminatezza dell'offerta tecnica in sé considerata, ma proprio perché non è stato rispettato l'onere di allegazione documentale, imposto dalla legge di gara per poter accedere all'attribuzione del punteggio per il criterio B.4 del disciplinare.

Con questo criterio – *disponibilità all'esecuzione contemporanea di più cantieri* – si stabiliva che “*In sede di presentazione dell'offerta, il concorrente dovrà indicare, nell'apposito Modulo, il numero di cantieri attivi per i quali dà la propria disponibilità all'esecuzione in contemporanea. Si specifica che:*

- *per ognuno dei cantieri eseguiti in contemporanea l'offerente dovrà garantire il rispetto di tutte le prescrizioni contrattuali nonché delle prestazioni offerte in sede di partecipazione alla procedura di affidamento.*

Al concorrente che avrà offerto la disponibilità all'esecuzione contemporanea di 4 o più cantieri verranno attribuiti 9 punti. Al concorrente che avrà offerto la disponibilità all'esecuzione contemporanea di 3 cantieri verranno attribuiti 5 punti.

Il concorrente dovrà compilare la scheda modello B.4 allegando, al fine dell'attribuzione del punteggio, il libro matricola dell'impresa. La Commissione valuterà la coerenza del libro matricola col numero di cantieri contemporanei offerti. In caso di confutazione si procederà a riduzione in coerenza con il libro matricola (...).”

Dal verbale del 30 aprile 2020, citato e prodotto in giudizio dalla difesa comunale, si evince poi che nel corso della seduta del 24 aprile 2020 la commissione di gara constatava “*la natura varia e disomogenea della documentazione fornita dai singoli operatori economici (soprattutto in relazione alle tematiche del personale impiegato e dei mezzi utilizzati nei cantieri)*” e precisava che erano assegnati “*i punteggi previsti dal disciplinare di gara solo quando, leggendo la documentazione prodotta,*

è stata in condizione di poter desumere in modo chiaro ed inequivocabile gli elementi e i dati oggetto di valutazione. In mancanza di questo presupposto, a causa di documentazione carente o incompleta, non è stato attribuito nessun punteggio”.

Avendo la commissione di gara dato seguito, nei confronti del r.t.i. Cesag, alla detta previsione del disciplinare ed alla su chiarita sua interpretazione, è corretta la deduzione del Comune di Genova secondo cui nel presente giudizio non si controverte dell’ambiguità dell’offerta e quindi della ricerca dell’effettiva volontà dell’operatore economico concorrente. Di qui l’irrilevanza anche di gran parte dei precedenti giurisprudenziali citati dall’appellante che vertono su questi temi.

Piuttosto, oggetto del *thema decidendum* è l’onere documentale imposto dalla legge di gara per l’attribuzione di un maggior punteggio all’offerta tecnica. Le norme di riferimento non sono tanto quelle che disciplinano la selezione delle offerte relativamente ai requisiti di partecipazione degli operatori economici (sezione II del capo III del titolo III del d.lgs. n. 50 del 2016, in particolare gli artt. 86, in tema di mezzi di prova, e 83, in tema di soccorso istruttorio) quanto quelle che attengono ai criteri di valutazione dell’offerta e di aggiudicazione dell’appalto (titolo IV, in specie artt. 94 e 95, del d.lgs. n. 50 del 2016). In particolare, ai sensi dell’art. 95, comma 1, i criteri di aggiudicazione sono accompagnati da specifiche che consentono *“l’efficace verifica delle informazioni fornite dagli offerenti al fine di valutare il grado di soddisfacimento dei criteri di aggiudicazione delle offerte”*, essendo inoltre rimessa alle stazioni appaltanti la verifica della *“accuratezza delle informazioni e delle prove fornite dagli offerenti”*.

Nella procedura di gara oggetto del presente contenzioso – così come in quella oggetto del precedente di questa Sezione V, 17 luglio 2020, n. 4603, correttamente citato in sentenza perché riguardante un caso analogo, al contrario di quanto si assume con l’appello – il disciplinare di gara indicava la tipologia di documentazione che gli operatori economici avrebbero dovuto produrre a comprova della disponibilità offerta per l’esecuzione

contemporanea di più cantieri, e specificava (per di più con l'impiego del grassetto, dato questo non contestato) che l'allegazione del documento era necessaria *“al fine dell'attribuzione del punteggio”*.

I concorrenti erano, dunque, avvertiti che sarebbe stata ritenuta prova adeguata esclusivamente la predetta documentazione, e non altra, per verificare le informazioni rilevanti ai fini dell'attribuzione del punteggio.

La commissione giudicatrice ha attribuito zero punti al r.t.i. Cesag per il criterio relativo proprio perché non ha potuto effettuare tale verifica con le modalità richieste dalla legge di gara.

In definitiva si è trovata nell'impossibilità di valutare *“la coerenza del libro matricola col numero di cantieri contemporaneamente offerti”*, quindi dell'impegno del concorrente a garantire *“per ognuno dei cantieri eseguiti in contemporanea ...il rispetto di tutte le prescrizioni contrattuali nonché delle prestazioni offerte in sede di partecipazione alla procedura di affidamento”* (come da criterio B.4).

A questa impossibilità non è certo seguita l'esclusione del concorrente – sicché non appaiono pertinenti i precedenti giurisprudenziali richiamati in tema di fattispecie escludenti – bensì la mancata attribuzione del punteggio corrispondente, nel rispetto peraltro del principio di parità di trattamento dei concorrenti.

In proposito va tenuto presente quanto chiarito dalla commissione giudicatrice nel corso della seduta del 24 aprile 2020, costituente - come osserva la difesa della controinteressata – ragionevole applicazione del principio dell'auto-vincolo, peraltro del tutto conforme alla prescrizione della legge di gara.

4.2. L'omissione nella quale è incorso il r.t.i. Cesag non avrebbe potuto essere colmata mediante la valutazione di altra parte dell'offerta, specificamente del modulo B.7, perché la scelta, chiaramente effettuata dalla stazione appaltante, di collegare l'attribuzione del punteggio non ad una auto-dichiarazione del concorrente bensì ad un documento da tenersi obbligatoriamente da parte degli operatori del settore è funzionale proprio ad evitare le situazioni di

incertezza (ivi comprese eventuali contestazioni proprio ai sensi degli artt. 80 d.lgs. n. 50 del 2016 e 77 *bis* del d.P.R. n. 445 del 2000, citati dall'appellante) e di disparità di trattamento che sarebbero potute derivare da un giudizio della commissione basato su auto-dichiarazioni. Efficace, sul punto, è l'obiezione dell'avvocatura civica per la quale si è voluto evitare che l'auto-dichiarazione di impegno all'esecuzione contemporanea di più cantieri fosse comprovata da un'altra auto-dichiarazione.

Per contro, il l.u.l. è un documento obbligatorio, il cui contenuto è fissato per legge e quindi uguale per tutti gli operatori economici obbligati alla sua tenuta, secondo quanto prescritto 39 (*Adempimenti di natura formale nella gestione dei rapporti di lavoro*) del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112 (*Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria*) convertito dalla legge 6 agosto 2008, n. 133 (*“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.*

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.”).

Va perciò confermata la statuizione della sentenza secondo cui il l.u.l. non è surrogabile con il contenuto del modulo B.7; né, occorre aggiungere, con altre auto-dichiarazioni del concorrente, sicché nemmeno è condivisibile l'assunto dell'appellante che la stazione appaltante avrebbe potuto - ed anzi dovuto - chiedere chiarimenti.

Le considerazioni che precedono sono sufficienti ad esonerare il collegio dalla verifica in concreto della idoneità delle informazioni contenute nel modulo B7 e/o della loro coincidenza con quelle risultanti dal libro unico del lavoro depositato in atti dall'appellante, dato che nella presente vicenda non solo un'altra parte dell'offerta, ma nemmeno la dichiarazione sostitutiva, era idonea perché non era quanto richiesto dalla legge di gara.

4.3. Dal momento che la *quaestio iuris* non attiene all'ambiguità dell'offerta, né a carenze documentali concernenti i requisiti di partecipazione delle imprese in r.t.i. sono infondate le censure dell'appellante concernenti sia la richiesta di chiarimenti che l'attivazione del soccorso istruttorio.

Va escluso, come detto, che la legge di gara lasciasse spazio alcuno per la richiesta di chiarimenti. Questi servono ad interpretare la volontà dell'offerente od a superare fraintendimenti o imprecisioni che riguardano elementi dell'offerta, mentre l'onere documentale in contestazione aveva tutt'altro contenuto e diversa finalità.

Unica soluzione praticabile per l'attribuzione del punteggio sarebbe stata quella di consentire al concorrente di produrre tardivamente il libro unico del lavoro delle imprese componenti il raggruppamento, di cui era stata omessa l'allegazione all'offerta tecnica.

Si sarebbe venuto con ciò a determinare un aggravio dell'operato della commissione di gara, non nella fase delle verifiche amministrative (cui è riferito il disposto dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016), bensì nella fase di valutazione delle offerte tecniche e di attribuzione del relativo punteggio, con inevitabili e palesi ripercussioni sulla efficacia, tempestività e correttezza della procedura di gara (arg. ex art. 30, comma 1, d.lgs. n. 50 del

2016), nonché sulla certezza e parità di trattamento nel compimento delle operazioni della commissione giudicatrice, che la stazione appaltante aveva inteso salvaguardare dettando la contestata disposizione della legge di gara (come bene evidenziato dal T.a.r. nella motivazione sopra riportata).

4.3.1. I precedenti giurisprudenziali richiamati dall'appellante, sia nell'atto di appello che negli scritti successivi, non sono pertinenti, dal momento che attengono:

- o alla richiesta di chiarimenti per superare le ambiguità dell'offerta (Cons. Stato, n.680/2020) ovvero a situazioni in cui i dati mancanti riguardano l'offerta in sé considerata, sì da poter essere completati con altre parti della stessa offerta o con i documenti prodotti a comprova delle dichiarazioni effettuate (Cons. di Stato, n. 3539/2021);

- o al soccorso istruttorio, anche in relazione ad elementi dell'offerta, ma 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 materiali (*id est*, insiti all'offerta stessa e resi manifesti dal suo medesimo contenuto) o di imprecisioni imputabili alla formulazione degli atti di gara (Cons. Stato, n. 2146/2020) ovvero danno luogo a situazioni di irregolarità non essenziale (come nel caso della certificazione scaduta di cui a Cons. Stato, n. 5850/2021);

- o, infine, a mezzi di prova richiesti per la verifica funzionale dell'offerta, ma la cui presentazione non era imposta dalla legge di gara unitamente a quella dell'offerta medesima, bensì successivamente per attestare la conformità ai CAM dei prodotti offerti (Cons. Stato, n. 3166/2021).

Vale sottolineare che la condotta della stazione appaltante nel caso oggetto del presente giudizio non è in sé contraria al principio del *favor participationis*, perché il mancato rispetto dell'onere documentale in contestazione, a differenza dei casi giurisprudenziali citati, non comportava l'esclusione del concorrente, ma soltanto la mancata attribuzione del punteggio

corrispondente ad uno dei criteri di valutazione dell'offerta tecnica, laddove il suo rispetto era assolutamente esigibile ed agevole per il concorrente, trattandosi di documento nella sua certa disponibilità.

4.3.2. 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 materiali nella compilazione dell'offerta, bensì l'omessa produzione dell'unico documento chiaramente richiesto per l'attribuzione di uno dei punteggi relativi all'offerta tecnica.

In proposito, è pertinente la giurisprudenza sul principio di auto-responsabilità, per il quale ciascuno sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella presentazione della documentazione, anche perché, in presenza dell'inosservanza di oneri documentali imposti chiaramente a tutti i concorrenti, l'invito all'integrazione nei confronti di uno soltanto costituirebbe una palese violazione della *par condicio* (cfr. Cons. Stato, III, 22 maggio 2019, n. 3331, richiamata dalla difesa comunale).

4.3.3. L'interpretazione di cui sopra è in linea con l'art. 56 della direttiva 2014/24/UE, in specie col comma 3 (*Se le informazioni o la documentazione che gli operatori economici devono presentare sono o sembrano essere incomplete o non corrette, o se mancano documenti specifici, le amministrazioni aggiudicatrici possono chiedere, salvo disposizione contraria del diritto nazionale che attua la presente direttiva, agli operatori economici interessati di presentare, integrare, chiarire o completare le informazioni o la documentazione in questione entro un termine adeguato, a condizione che tale richiesta sia effettuata nella piena osservanza dei principi di parità di trattamento e trasparenza*). Nel caso in esame la richiesta di integrazione documentale avrebbe violato il principio della parità di trattamento, in quanto avrebbe consentito di sopperire ad un comportamento negligente del concorrente, nonostante la chiara formulazione della *lex specialis*.

Conforme è la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea in tema di chiarimenti che possano essere richiesti dalle stazioni appaltanti,

trattando i candidati “*in maniera uguale e leale*” e comunque mai per ovviare alla mancanza di un documento o di un’informazione la cui comunicazione era richiesta dai documenti dell’appalto, poiché l’amministrazione aggiudicatrice è tenuta ad osservare rigorosamente i criteri da essa stessa fissati (cfr. C.G.U.E. 10 maggio 2017, in C-131/16, nonché *a contrario*, C.G.U.E., 2 giugno 2016, in causa C-27/15).

Va perciò disattesa la richiesta di rinvio pregiudiziale avanzata dall’appellante nella memoria di replica, in riferimento agli artt. 56 e 101 ss. del Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea e 18, 56 comma 3 e 59, comma 4 della direttiva n. 24/2014/UE, nonché ai principi di libera prestazione dei servizi, parità di trattamento, proporzionalità e massima concorrenza (se “*vadano interpretati nel senso di ostare a che una norma interna impedisca alla stazione appaltante di richiedere un chiarimento e/o un’integrazione documentale ad un concorrente ad una gara che abbia omissis di presentare un documento funzionale a verificare l’attendibilità/adequatezza di quanto dichiarato in sede di offerta, laddove il suddetto chiarimento/integrazione non sia diretto a consentire un’integrazione del contenuto sostanziale dell’offerta e soprattutto sia finalizzato a confermare dati o elementi comunque già contenuti in un’altra parte dell’offerta medesima.*”).

La questione, così come formulata, difetta di rilevanza (atteso che la decisione dipende non dall’applicazione di una norma interna bensì dalla specifica formulazione della legge di gara, che chiaramente richiedeva la produzione documentale, non surrogabile da “*altra parte dell’offerta medesima*”) e comunque è stata già oggetto di pronunce della Corte di Giustizia, nei termini sopra richiamati, e la corretta applicazione del diritto dell’Unione si impone, nel caso di specie, con tale evidenza da non lasciare margini a dubbi.

4.4. Fermo restando quando sopra sul significato da attribuire alla clausola di cui all’art. 6, punto B.4 del disciplinare, non è infine meritevole di censura la sentenza di primo grado, laddove ha ritenuto dirimente la questione della legittimità e ragionevolezza della clausola.

Essa è conforme alle richiamate disposizioni degli artt. 95 e 30 del *Codice dei contratti pubblici*, nonché rispondente al canone di buon andamento dell'azione amministrativa, che, nella materia dei pubblici affidamenti, si specifica nei principi, già richiamati, di efficacia, tempestività e correttezza, nonché trasparenza e *par condicio* tra concorrenti.

Contrariamente a quanto sostenuto dall'appellante, l'interpretazione del primo giudice, così come quella della commissione giudicatrice, non è restrittiva, ma conforme alla lettera della *lex specialis*, tanto chiara sull'onere di allegazione documentale da non consentire il ricorso ad altri criteri ermeneutici.

Né si tratta, contraddittoriamente, di interpretazione estensiva, perché la previsione del disciplinare non è stata estesa ad un adempimento ivi non contemplato. Piuttosto, la sentenza ha chiarito come il riferimento fatto al libro matricola, invece che al libro unico del lavoro, fosse soltanto improprio, ma tale da non poter indurre in errore il r.t.i. Cesag.

4.4.1. Quanto ai rilievi difensivi di quest'ultimo in merito alla rilevata inesattezza della legge di gara, è sufficiente osservare che l'induzione in errore, rilevante ai fini della scusabilità della condotta del concorrente, si sarebbe potuta configurare se fosse stato indicato un documento parimenti producibile dall'imprenditore come allegato alla propria offerta, alla data di scadenza del termine di presentazione, in luogo del libro unico del lavoro. Tuttavia, da tempo quest'ultimo ha sostituito il libro matricola e le imprese componenti il r.t.i. appellante sono obbligate per legge alla tenuta del l.u.l.

D'altronde, l'omissione di qualsivoglia produzione documentale, così come la mancanza di rinvio *per relationem* ad altra parte dell'offerta o di dichiarazioni sostitutive espressamente riferite al criterio B.4, nonché le stesse argomentazioni difensive del r.t.i. Cesag dimostrano che l'unico "errore" nel quale è incorso è consistito nell'aver materialmente omesso l'allegazione del documento all'offerta tecnica presentata in gara.

4.5. Il primo motivo di appello va quindi complessivamente respinto.

5. Il rigetto del primo motivo comporta l'infondatezza del secondo, volto a censurare la condanna al pagamento delle spese del primo grado.

Questa è conforme al criterio della soccombenza di cui all'art. 91 c.p.c., cui rinvia l'art. 26, comma 1, c.p.a.

6. In conclusione, l'appello va respinto.

6.1. Anche le spese del presente grado seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo, a carico dell'appellante ed a favore di ciascuna delle due parti appellate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese processuali, che liquida nell'importo complessivo di € 5.000,00, oltre accessori di legge, per ciascuna delle parti appellate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 ottobre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Fabio Franconiero, Presidente FF

Federico Di Matteo, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere, Estensore

Anna Bottiglieri, Consigliere

L'ESTENSORE

Giuseppina Luciana Barreca

IL PRESIDENTE

Fabio Franconiero

IL SEGRETARIO

