

Pubblicato il 20/12/2024

N. 10256/2024REG.PROV.COLL.

N. 05197/2024 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 5197 del 2024, proposto da Consorzio Stabile Energos, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG A0114A3A80, rappresentato e difeso dall'avvocato Lorenzo Lentini, con domicilio digitale di PEC come in atti;

contro

LGP Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Luigi Diego Perifano, con domicilio digitale di PEC come in atti;

Ministero Dell'Interno, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici, in Roma, via dei Portoghesi, n. 12, è domiciliato *ex lege*;

Comune di Pagani, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Orazio Abbamonte, con domicilio digitale di PEC come in atti;

Centrale Unica di Committenza dei Comuni di Nocera Inferiore, Angri, Mercato

San Severino, Castel San Giorgio e Pagani, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

nei confronti

Ministero delle Imprese e del Made in Italy, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per le Politiche di Coesione e per il PNRR, Ufficio territoriale del governo di Salerno – commissario ad acta e Agenzia per la Coesione Territoriale, in persona dei rispettivi rappresentanti legali *pro tempore*, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania sezione staccata di Salerno (Sezione Prima) n. 01055/2024, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dell'Interno, di LGP Costruzioni s.r.l. e del Comune di Pagani;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 dicembre 2024 il Cons. Alessandro Maggio e uditi gli avvocati delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con determina 29/11/2023, n. 1110, il Comune di Pagani ha aggiudicato alla LGP Costruzioni s.r.l. la gara, a valere su fondi PNRR, per l'affidamento dell'appalto integrato concernente la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori di riqualificazione della area di via Tenente Pittoni.

Ritenendo la detta determinazione illegittima, il Consorzio Stabile Energos, secondo classificato, l'ha impugnata con ricorso al T.A.R. Campania – Salerno, il quale, con sentenza 5/5/2024, n. 1055, ha respinto il gravame.

Avverso la sentenza ha proposto appello il Consorzio Stabile Energos.

Per resistere al ricorso si sono costituiti in giudizio la LGP Costruzioni, il Comune di Pagani e il Ministero dell'Interno.

Con successive memorie tutte le parti, a eccezione dell'amministrazione statale, hanno ulteriormente argomentato le rispettive tesi difensive.

Alla pubblica udienza del 5/12/2024 la causa è passata in decisione.

In via preliminare va dichiarato il difetto di legittimazione passiva della Presidenza del Consiglio dei Ministri, del Ministero delle Imprese e del Made in Italy, del Dipartimento per le Politiche di Coesione e per il PNRR e dell'Ufficio Territoriale del Governo sede di Salerno, così come domandato dalla difesa erariale.

Infatti, ai sensi dell'art. 12-bis, comma 4, del D.L. 16/6/2022 n. 68, sono parti necessarie dei giudizi relativi agli interventi finanziati, in tutto o in parte, con fondi PNRR, le amministrazioni centrali titolari dei suddetti interventi e, quindi, nel caso di specie, il solo Ministero dell'Interno, come emerge chiaramente dalla determina con cui l'appalto è stato aggiudicato.

Può ora procedersi ad esaminare nel merito l'impugnazione proposta.

Col primo motivo si critica l'appellata sentenza nella parte in cui ha respinto la censura con cui l'odierno appellante aveva lamentato la mancata attribuzione dei due punti previsti dal disciplinare di gara, col criterio di valutazione dell'offerta A.5.d, avente a oggetto l'iscrizione nella *white list*.

Il Tribunale, infatti, premesso che l'iscrizione dovesse essere posseduta dal soggetto esecutore, nel caso di specie la consorziata G.M. Costruzioni, ha rilevato come quest'ultima fosse priva del requisito, in quanto pur avendo presentato domanda di iscrizione nella *white list*, il relativo procedimento non si era ancora perfezionato.

La conclusione cui il giudice è pervenuto, non sarebbe, però, condivisibile, atteso che, l'art. 1, comma 53, della L. 6/11/2012, n. 190, attribuirebbe, alla domanda di

iscrizione, valore equipollente all'iscrizione stessa, ai fini della partecipazione alle procedure di gara.

Ciò troverebbe conferma nella circolare del Ministero dell'Interno in data 14/8/2013 e nel comunicato del Presidente ANAC del 17/1/2023.

Identico valore equipollente la domanda di iscrizione avrebbe nelle ipotesi, come quella di specie, in cui l'iscrizione alla *white list* non costituisce requisito di ammissione alla procedura, ma elemento di valutazione dell'offerta.

Inconferente sarebbe, poi, il riferimento fatto dal Tribunale al divieto di soccorso istruttorio, posto che nel caso che occupa l'odierno appellante avrebbe tempestivamente dichiarato e comprovato la pendenza della domanda di iscrizione alla *white list*.

La doglianza è infondata.

E invero, nessun argomento a supporto della tesi sostenuta dall'appellante può trarsi dall'invocato art. 1, comma 53, della L. n. 190/2012, che si limita a individuare le attività ritenute maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa.

Altrettanto dicasi in relazione al precedente comma 52, il quale, nel prevedere, tra l'altro, che l'iscrizione nella *white list* avvenga su richiesta dell'interessato, nulla dispone in ordine a eventuali effetti della domanda antecedenti al perfezionamento del procedimento di iscrizione.

Ugualmente irrilevanti, ai fini di causa, sono, poi, la circolare del Ministero degli Interni in data 14/8/2013 e il comunicato del Presidente dell'ANAC del 17/1/2023 trattandosi, comunque, in entrambi i casi, di atti interpretativi di norme, come tali non vincolanti per il giudice.

Ne discende che, in base alla normativa di settore, il requisito in questione si acquisisce solo a seguito della conclusione, con esito favorevole, del procedimento aperto con la domanda di iscrizione.

Tenuto conto, che la G.M. Costruzioni non era in possesso dell'iscrizione nella *white list*, correttamente la stazione appaltante ha negato i 2 punti previsti dal paragrafo A.5.d del disciplinare.

Col secondo motivo si denuncia l'errore commesso dal giudice di prime cure nel non aver accolto il motivo col quale era stata censurata l'attribuzione, in favore della LGP Costruzioni, dei 2 punti previsti per l'iscrizione nella *white list*, punteggio che non le sarebbe, invece, spettato stante l'omessa allegazione di copia della relativa certificazione, che la concorrente avrebbe dovuto produrre in ossequio alla *lex specialis* della gara.

La doglianza è stata respinta assumendo che la necessità di allegazione si sarebbe riferita soltanto alle certificazioni ISO indicate, quali ulteriori elementi premiali, all'interno dello stesso paragrafo A.5 del disciplinare e che la sussistenza dell'iscrizione nella *white list* sarebbe verificabile d'ufficio.

Tale motivazione risulterebbe, però, contraddittoria, in quanto, con riguardo all'appellante, sarebbe stato invocato il divieto di soccorso istruttorio, mentre, invece, in relazione all'aggiudicataria verrebbe postulata l'acquisizione d'ufficio.

In ogni caso, la contestata statuizione del primo giudice contrasterebbe col disciplinare di gara, il quale, nel regolare la composizione dell'offerta tecnica, avrebbe stabilito, relativamente al criterio di valutazione A.5, che la stessa dovesse contenere la “*Dichiarazione delle certificazioni possedute da ogni partecipante con allegate copie delle stesse*”.

La *lex specialis*, avrebbe prescritto, dunque, l'allegazione di copia della certificazione in relazione a ciascuno degli elementi di valutazione contemplati nel paragrafo A.5, ivi incluso l'elemento A.5.d (concernente, per l'appunto, l'iscrizione nella *white list*). L'omissione non sarebbe, del resto, sanabile procedendo all'acquisizione d'ufficio della certificazione, ai sensi del paragrafo 6.1 del disciplinare, dato che la norma si

riferirebbe, esclusivamente, ai requisiti di partecipazione alla gara e non sarebbe estensibile agli elementi che compongono l'offerta tecnica.

La doglianza è infondata.

Occorre premettere che il paragrafo A.5 del disciplinare di gara stabiliva che avrebbero dato luogo a punteggio i seguenti 4 elementi: i) certificazione ISO 9001 (criterio A.5.a); ii) certificazione ISO 14000:2015 (criterio A.5.b); iii) certificazione ISO 18001/45001 OHSAS (criterio A.5.c); iscrizione nella *white list* (criterio A.5.d).

Orbene, la prescrizione del disciplinare in base alla quale, con riferimento ai criteri di cui al punto A.5, il concorrente avrebbe dovuto dichiarare le certificazioni possedute, allegando copia delle stesse, si riferisce, come correttamente ritenuto dal Tribunale, alle sole certificazioni ISO, ivi contemplate, ma non anche all'iscrizione nella *white list*.

In relazione a quest'ultima, invero, non è previsto il rilascio di certificazioni, in quanto, come si ricava, sia dall'art. 1, comma 52, della L. n. 190/2012, sia dall'art. 7, comma 2, del D.P.C.M. 18/4/2013 (*“Modalità per l'istituzione e l'aggiornamento degli elenchi dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa, di cui all'articolo 1, comma 52, della legge 6 novembre 2012, n. 190”*) e succ. mod. e integr., la sussistenza del requisito in questione va accertata, dalla stazione appaltante, attraverso la consultazione dei siti istituzionali delle Prefetture competenti.

Pertanto, anche laddove la detta iscrizione costituisca elemento utile ai fini del punteggio, è sufficiente che il concorrente ne dichiari il possesso, spettando, poi, alla stazione appaltante verificare, attraverso la consultazione del sito della Prefettura competente, la veridicità di quanto attestato.

La conclusione, del resto, trova conforto nell'art. 99, comma 3, del nuovo codice dei contratti pubblici di cui al D. Lgs. 31/3/2023, n. 36, il quale esclude che agli operatori economici possano “... essere richiesti documenti che comprovano il possesso dei requisiti di partecipazione o altra documentazione utile ai fini dell'aggiudicazione, se questi sono

presenti nel fascicolo virtuale dell'operatore economico, sono già in possesso della stazione appaltante, per effetto di una precedente aggiudicazione o conclusione di un accordo quadro, ovvero possono essere acquisiti tramite interoperabilità con la piattaforma digitale nazionale dati di cui all'articolo 50-ter del codice di cui al decreto legislativo n. 82 del 2005 e con le banche dati delle pubbliche amministrazioni?

La norma da ultimo citata, traspone nella materia dei contratti pubblici il principio espresso dall'art. 18, comma 2, della L. 7/8/1990, n. 241 (esplicitamente richiamata dall'art. 12 del D. Lgs. n. 36/2023), secondo cui *“I documenti attestanti atti, fatti, qualità e stati soggettivi, necessari per l'istruttoria del procedimento, sono acquisiti d'ufficio quando sono in possesso dell'amministrazione procedente, ovvero sono detenuti, istituzionalmente, da altre pubbliche amministrazioni?”*.

Va, infine, rilevato che il dedotto vizio di contraddittorietà della motivazione della sentenza è reso inammissibile dall'effetto devolutivo dell'appello che consente al giudice di secondo grado di correggere e integrare eventuali *deficit* o errori motivazionali della pronuncia gravata confermandone il dispositivo (*ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. V, 15/3/2024, n. 2511; Sez. VI, 3/2/2023, n. 1182; 3/11/2022, n. 9656; 23/11/2021, n. 7840; 3/11/2021, n. 7345).

Col terzo motivo si denuncia l'errore commesso dal Tribunale nell'avallare la scelta della stazione appaltante di valorizzare, in chiave qualitativa, l'iscrizione nella *white list*.

E invero, l'art. 1, comma 53, della L. n. 190/2012 richiederebbe tale iscrizione come requisito di partecipazione alle procedure di gara relative a talune, tassative, categorie di lavorazioni (estranee a quelle oggetto della contestata procedura di gara), ritenute a maggiore rischio di infiltrazione mafiosa.

Non sarebbe, pertanto, consentito assegnare al detto requisito effetti diversi da quelli previsti, in modo inderogabile, dalla legge.

D'altra parte, l'iscrizione nella *white list*, non comproverebbe il possesso, da parte dell'impresa, di alcun maggior *standard* qualitativo.

La doglianza non merita accoglimento.

Occorre premettere che, diversamente da quanto dedotto dall'appellante, la disciplina introdotta dai commi 52 -57 dell'art. 1 della L. n. 190/2012 è inderogabile solo nel senso che, ai fini della partecipazione alle gare aventi a oggetto le attività contemplate dal comma 53, è necessariamente richiesta l'iscrizione nella *white list*. Essa, però, non esclude che, in relazione a procedure selettive concernenti altre tipologie di lavorazioni, *la lex specialis* possa individuare il requisito in questione come elemento di valutazione dell'offerta.

Nell'ambito della propria discrezionalità tecnica la stazione appaltante può, del resto, conformare la disciplina di gara in modo da attribuire valore premiale anche a requisiti soggettivi dell'operatore economico, idonei a "illuminare" sulla qualità e affidabilità dell'offerta, purché nel rispetto dei principi di proporzionalità, ragionevolezza e adeguatezza, non essendo configurabile, in termini generali, un divieto assoluto di commistione tra criteri soggettivi di partecipazione e elementi oggettivi di valutazione dell'offerta (Cons. Stato, Sez. V, 17/2/2022, n. 1186; 17/3/2020, n. 1916; Sez. III, 23/2/2023, n. 1887; 11/3/2019, n. 1635).

L'art. 108, comma 4, del D. Lgs. n. 36/2023, prevede, del resto, che l'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, sia valutata sulla base di criteri oggettivi, basati, tra l'altro, su aspetti "sociali", connessi all'oggetto dell'appalto. E non è dubbio che la richiesta di iscrizione nella *white list* abbia una valenza "sociale", rispondendo all'esigenza che le commesse, ancorché differenti da quelle aventi a oggetto le attività di cui all'art. 1, comma 53, della L. n. 190/2012, siano eseguite da operatori economici non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa, garantendo, in definitiva, una maggiore affidabilità degli stessi.

L'avversato criterio valutativo rispetta, inoltre, i principi di proporzionalità, ragionevolezza e adeguatezza, atteso che premia il possesso del requisito in questione con soli 2 punti, a fronte degli 85 complessivamente attribuibili per il merito tecnico dell'offerta.

Col quarto motivo si censura l'appellata sentenza nella parte in cui ha respinto le doglianze con le quali erano stati contestati i punteggi assegnati, sia all'odierno appellante, sia all'aggiudicataria, in relazione ai criteri di valutazione A.1.a e A.1.b. In entrambi i casi il Tribunale avrebbe errato a considerare sostanzialmente equipollenti le due offerte.

Con riguardo al primo di tali criteri (A.1.a), si rileva, infatti, come lo stesso avrebbe premiato l'uso di materiali con maggiori percentuali di riciclo, mentre l'offerta della LGP Costruzioni non prevederebbe l'utilizzo di materiale riciclato.

In ogni caso, l'odierno appellante avrebbe offerto materiali in possesso di ulteriori elementi qualitativi (durabilità, qualità e resistenza) presi in considerazione dal criterio valutativo di che trattasi.

Per respingere la censura, il giudice di prime cure avrebbe, poi, valorizzato le caratteristiche tecniche e tecnologiche del progetto, elementi, questi, che non sarebbero rilevanti ai fini dell'attribuzione del punteggio previsto dal criterio in questione.

Relativamente al secondo criterio (A.1.b), si deduce che, diversamente dal Consorzio Stabile Energos, la LGP Costruzioni avrebbe proposto soluzioni migliorative che non rispecchierebbero le prescrizioni dettate da tale criterio.

L'offerta dell'appellante avrebbe dovuto, quindi, conseguire un punteggio nettamente superiore a quello dell'aggiudicataria.

Il mezzo di gravame, così sinteticamente riassunto, non merita condivisione.

In termini generali occorre rilevare che il giudizio espresso dalla stazione appaltante sul merito tecnico dell'offerta, per pacifica giurisprudenza, è espressione di un potere

connotato da ampi margini di discrezionalità tecnica, per cui il medesimo è censurabile in sede giurisdizionale solo in presenza di manifesta illogicità o di travisamento dei fatti (*ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. V, 16/5/2024, n. 4373; 7/5/2024, n. 4124; Sez. III, 29/10/2024, n. 8621).

Nel caso di specie il giudizio della Commissione di gara, avallato dal Tribunale, è esente dai menzionati profili di eccesso di potere.

All'interno del criterio di valutazione A.1 "*Interventi migliorativi progettuali*", il disciplinare prevedeva alcuni sub criteri tra cui il sub criterio A.1.a, avente a oggetto: "*Miglioramento delle caratteristiche dei materiali utilizzati finalizzati ad un miglioramento delle caratteristiche costruttive e prestazionali della piazza, strutture e dell'involucro costruttivo (chiusure verticali e orizzontali, etc.)*" e il sub criterio A.1.b, relativo a: "*Miglioramenti delle caratteristiche costruttive e prestazionali degli impianti tecnologici (illuminazione interna, climatizzazione, idrici) a servizio dell'opera*".

In relazione al sub criterio A.1.a, , il disciplinare disponeva: "*I concorrenti dovranno formulare proposte che tendano a migliorare la qualità, le caratteristiche in termini di qualità, durabilità e resistenza dei materiali previsti in progetto con utilizzo di materiali, tecniche e/o tecnologie che consentano un minor grado di usura dell'opera ed estensione della garanzia contrattuale e, di conseguenza, un minor costo di manutenzione in particolare per ottenere una maggiore manutenibilità, riduzione oneri di gestione, riduzione impatto ambientale ed efficienza energetica, aumento requisiti passivi strutture orizzontali di separazione piazza locali sottostanti. Saranno valutati positivamente i materiali utilizzati prodotti con un contenuto di materiali riciclati superiore al 20%, altresì saranno valutati l'utilizzo di materiali di costruzioni con utilizzo di un contenuto di materiale riciclato superiore al 10%*".

Come correttamente rilevato dal giudice di prime cure, "*Tale previsione del disciplinare deve essere letta in modo complessivo e non parcellizzato, nell'ottica funzionale complessiva di migliorare il Progetto di Fattibilità Tecnico-Economica (PFTE) con utilizzo di materiali, tecniche e/o tecnologie caratterizzati dalle diverse e molteplici proprietà. Per tale ragione non è divisibile*

la doglianza del ricorrente che, facendo leva su una lettura parcellizzata della citata previsione sul criterio di valutazione, ha lamentato che LGP Costruzioni S.r.L. non sarebbe stata precisa nella indicazione della percentuale di materiale riciclato, per cui avrebbe dovuto ricevere un punteggio più basso”.

La percentuale di materiale riciclato costituisce, indubbiamente, un elemento di pregio dell’offerta, non diversamente, però, da come lo sono le altre caratteristiche dei materiali indicate nella trascritta previsione del disciplinare.

Non può, pertanto, ritenersi irragionevole il giudizio della commissione di gara, che ha operato una valutazione complessiva sulla rispondenza dei materiali proposti alle principali caratteristiche tecniche indicate nel sub criterio in questione.

Con riguardo al sub criterio A.1.b, la censura dedotta, per un verso si presenta generica, in quanto non spiega per quali ragioni l’offerta dell’aggiudicataria non rispecchierebbe le prescrizioni dettate dalla *lex specialis*, per altro verso, sconfinava nel merito del contestato giudizio, risolvendosi in un’inammissibile sostituzione della valutazione compiuta dall’amministrazione, con quella proposta dall’appellante.

La reiezione delle censure sin qui esaminate, dirette contro l’aggiudicazione della commessa, rende inammissibile, per difetto d’interesse, la doglianza prospettata col quinto motivo, con cui l’appellante si duole del fatto che il Tribunale avrebbe ommesso di dichiarare l’inefficacia del contratto siccome sottoscritto senza rispettare il termine dilatorio di trentacinque giorni prescritto dall’art. 32, comma 9, del D. Lgs. 18/4/2016, n. 50.

L’appello va, in definitiva, respinto.

Sussistono eccezionali ragioni per disporre l’integrale compensazione di spese e onorari di giudizio.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 dicembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere, Estensore

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

L'ESTENSORE
Alessandro Maggio

IL PRESIDENTE
Paolo Giovanni Nicolo' Lotti

IL SEGRETARIO