

Publicato il 20/08/2021

N. 05970/2021REG.PROV.COLL.
N. 08927/2020 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 8927 del 2020,
proposto da

Consip S.p.A. a socio unico e Ministero della Giustizia, rispettivamente in
persona del legale rappresentante e del Ministro *pro tempore*, rappresentati e
difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via
dei Portoghesi, n. 12;

contro

Consorzio Servizi Integrati e Cedat 85 S.r.l., in persona dei rispettivi legali
rappresentanti in carica, rappresentate e difese dagli avvocati Domenico
Gentile e Salvatore Dettori, con domicilio digitale come da PEC Registri di
Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Salvatore Dettori in
Roma, piazza SS. Apostoli, n. 66;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

Consorzio Astrea, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato
e difeso dall'avvocato Antonio Sasso, con domicilio digitale come da PEC

Registri di Giustizia;

Consorzio Leonardo Servizi e Lavori “Società Cooperativa Consortile Stabile”, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dagli avvocati Gabriele Tricamo, Angelo Annibali e Marco Orlando, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione Seconda, 7 agosto 2020, n. 09062, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Consorzio Servizi Integrati e di Cedat 85 S.r.l.;

Visti gli atti di intervento *ad adiuvandum* del Consorzio Astrea e del Consorzio Leonardo Servizi e Lavori “Società Cooperativa Consortile Stabile”;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 119, co. 5, e 120, co. 3 e 11, cod. proc. amm.;

Visto il dispositivo di sentenza n. 2284 del 17 marzo 2021, alla cui pubblicazione anticipata rispetto alla sentenza ha dichiarato di avere interesse il difensore degli appellati Consorzio Servizi Integrati e Cedat 85 S.r.l.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 marzo 2021 il consigliere Angela Rotondano e uditi per le parti, in collegamento da remoto secondo quanto stabilito dall'art. 25, comma 1, del d.l. 18 ottobre 2020, n. 137, convertito con modificazioni dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176, e dell'art. 1, comma 17, come modificato dall'art. 1, comma 17, del d.l. 31 dicembre 2020, n. 183, convertito con modificazioni dalla l. 26 febbraio 2021, n. 21, gli avvocati Felicetti, in sostituzione di Gentile e Dettori, Sasso, Tricamo e dello Stato Greco;

FATTO

1. Con bando pubblicato sulla GUUE n. S 76 del 17.4.2020 Consip S.p.A. ha indetto, per conto del Ministero della giustizia, una gara a procedura aperta

per l'affidamento per 24 mesi dei servizi per la documentazione degli atti processuali penali, suddivisa in 7 lotti territoriali (ciascuno dei quali comprendente diversi distretti di Corte d'Appello), per un importo complessivo posto a base d'asta pari a Euro 79.533.791,47 (IVA esclusa), da aggiudicarsi col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

I servizi oggetto della gara riguardavano: la trascrizione, la stenotipia, la trascrizione automatizzata, la fonoregistrazione e la fonoregistrazione fuori aula.

1.1. Per quanto di interesse il bando di gara alla Sezione III (*Informazioni di carattere giuridico, economico, finanziario e tecnico*), punto II.1.3 (*Capacità professionale e tecnica*) ha rinviato quanto agli specifici requisiti di capacità tecnico professionale al paragrafo 7.2 del Disciplinare, il quale li ha così definiti: “*b) Esecuzione negli ultimi quattro anni, dei seguenti servizi/forniture analoghi - Il concorrente deve aver eseguito negli ultimi quattro anni antecedenti dalla data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte uno o più contratti aventi ad oggetto i servizi di resocontazione e verbalizzazione di atti oggetto di gara (trascrizione, stenotipia e fonoregistrazione) il cui importo complessivo sia pari ad almeno il 5% del valore economico annuale del lotto cui si partecipa*”, indicando anche le modalità di comprova di detto requisito.

1.2. Con il chiarimento n. 22 del 16 giugno 2020 la stazione appaltante ha affermato che “*...il requisito richiesto non è relativo esclusivamente ai servizi erogati all'ambito giudiziario. Si precisa, inoltre, che il contratto (o i contratti) deve (devono) avere ad oggetto tutti i servizi di resocontazione e verbalizzazione di atti oggetto di gara (trascrizione, stenotipia e fonoregistrazione) e deve (devono) esser stato (stati) eseguito (eseguiti) negli ultimi quattro anni antecedenti la data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte. Si ribadisce, pertanto, che il requisito si intende posseduto solo se il contratto (o i contratti) ha (hanno) ad oggetto tutti i servizi e non solo uno o più di questi*”.

2. Il Consorzio Servizi Integrati e la Cedat 85 s.r.l., quali operatori del settore, asseritamente impossibilitati a partecipare alla gara per effetto del chiarimento

n. 22 del 16 giugno 2020, hanno chiesto al Tribunale amministrativo regionale del Lazio l'annullamento del punto III.1.3. del bando e del par. 7.2. del disciplinare alla stregua di un unico motivo di censura, rubricato *“Violazione e falsa applicazione dell’art. 83 del d.lgs. n. 50/2016. Violazione dei principi di tutela della concorrenza, di massima partecipazione, di proporzionalità e ragionevolezza. Eccesso di potere per illogicità manifesta”*.

Essi hanno in sintesi sostenuto che con il predetto chiarimento Consip S.p.A. avrebbe interpretato in senso restrittivo i requisiti di partecipazione di cui al par. 7.2 del disciplinare, stabilendo che il pregresso svolgimento di servizi analoghi doveva intendersi nel senso che fossero stati prestati tutti i servizi oggetto della gara, il che sarebbe stato sproporzionato e irragionevole e contrario ai principi di concorrenza e massima partecipazione.

3. L'adito Tribunale, nella resistenza di Consip S.p.A. e del Ministero della giustizia, con la sentenza segnata in epigrafe, ha respinto l'eccezione di irricevibilità del ricorso sollevate dalle amministrazioni intimare, rilevando che il chiarimento fornito dalla stazione appaltante in pendenza del termine di presentazione delle offerte aveva effettivamente aggiunto un elemento dirimente non manifestamente evincibile dalla disciplina di gara, disvelando la portata escludente della clausola del disciplinare, così che l'interesse alla relativa contestazione era sorto proprio dal chiarimento; nel merito poi ha accolto il ricorso ritenendo che la clausola in questione, così come interpretata a seguito del chiarimento, era irragionevole e sproporzionata, con conseguente riapertura dei termini per la presentazione delle domande di partecipazione alla gara.

4. Con rituale e tempestivo atto di appello Consip S.p.A. ed il Ministero della Giustizia hanno chiesto la riforma di tale sentenza, lamentando l'erroneità e l'ingiustizia alla stregua di quattro motivi di gravame, rubricati rispettivamente il primo *“1. Violazione e falsa applicazione della disposizione di cui all’art. 41 c.p.a.”*; il secondo *“2. Erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui ha ritenuto irragionevole e sproporzionato il requisito di partecipazione di cui all’art. 7.2 del*

disciplinare di gara”; il terzo “3. *Illegittimità della sentenza impugnata nella parte in cui dispone la riapertura dei termini per la presentazione delle offerte*” e il quarto “4. *Difetto di legittimazione passiva del ministero della giustizia e conseguente estromissione dal giudizio*”.

Le appellanti hanno sostanzialmente riproposto le eccezioni sollevate in primo grado che, a loro avviso, erano state malamente apprezzate ed ingiustamente respinte, così pervenendo ad una sentenza del tutto erronea.

Hanno resistito al gravame il Consorzio Servizi Integrati e la Cedat 85 s.r.l. che ne hanno chiesto il rigetto.

Sono intervenuti *ad adiuvandum* degli appellanti principali il Consorzio Leonardo e il Consorzio Astrea, aderendo alla richiesta di riforma della sentenza impugnata.

Con ordinanza n. 7348 del 18 dicembre 2020 la Sezione ha accolto l’istanza cautelare, ritenendo sussistente il *periculum in mora* in relazione alle esigenze cautelari prospettate dalle appellanti, e ha fissato l’udienza pubblica per la trattazione del merito.

5. All’udienza del 4 marzo 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

6. Con il primo motivo di gravame, denunciando “*Violazione e falsa applicazione della disposizione di cui all’art. 41 c.p.a.*” e riproponendo in sostanza l’eccezione già formulata in primo grado, le appellanti lamentano che il primo giudice avrebbe erroneamente ritenuto tempestivo il ricorso di primo grado, laddove esso era palesemente tardivo: infatti, essendo stata impugnata una puntuale precisione del bando di gara (punto III.1.3 e il par. 7.2 del disciplinare), l’impugnazione avrebbe dovuto essere proposta nel termine di 30 giorni dalla pubblicazione del bando e non già dalla pubblicazione del chiarimento n. 22, che nulla aveva in realtà aggiunto alla *lex specialis*, proprio in quanto mero chiarimento.

6.1. Il motivo, cui hanno aderito il Consorzio Leonardo e il Consorzio Astrea, non è fondato.

6.2. Occorre premettere in punto di fatto che il par. 7.2. del disciplinare di gara, quanto ai requisiti di capacità tecnico – professionale richiesti agli operatori economici che intendessero partecipare alla gara de qua, stabiliva: “b) Esecuzione negli ultimi quattro anni, dei seguenti servizi/forniture analoghi - Il concorrente deve aver eseguito negli ultimi quattro anni antecedenti dalla data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte uno o più contratti aventi ad oggetto i servizi di resocontazione e verbalizzazione di atti oggetto di gara (trascrizione, stenotipia e fonoregistrazione) il cui importo complessivo sia pari ad almeno il 5% del valore economico annuale del lotto cui si partecipa”.

Ciò posto deve rilevarsi che, secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale, il bando e più in generale la *lex specialis* di una procedura concorsuale devono essere interpretati in termini strettamente letterali, con la conseguenza che le regole in esso contenute vincolano rigidamente l'operato dell'amministrazione pubblica, obbligata alla loro applicazione senza alcun margine di discrezionalità, in ragione sia dei principi dell'affidamento e di tutela della parità di trattamento tra i concorrenti, che sarebbero pregiudicati ove si consentisse la modifica delle regole di gara cristallizzate nella *lex specialis* medesima, sia del più generale principio che vieta la disapplicazione del bando, quale atto con cui l'amministrazione si è originariamente autovincolata nell'esercizio delle potestà connesse alla conduzione della procedura selettiva (Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2021, n. 1788; sez. III, 15 febbraio 2021, n. 1322).

Di conseguenza a fronte di più possibili interpretazioni di una clausola della *lex specialis* di gara, non può legittimamente aderirsi all'opzione che, ove condivisa, comporterebbe l'esclusione dalla gara (o comunque la restrizione del campo dei concorrenti), dovendo preferirsi quella che consenta la più ampia partecipazione in virtù del principio del *favor participationis* e dell'interesse pubblico al più ampio confronto concorrenziale (Cons. Stato, sez. III, 9 dicembre 2020, n. 7747); così, se in presenza di clausole che non presentano un'obiettivo incertezza del loro significato letterale assume

carattere preminente l'esegesi collegata all'interpretazione del dato testuale, la quale salvaguarda simultaneamente la *par condicio* tra i partecipanti alla gara e le esigenze di certezza connesse allo svolgimento delle procedure concorsuali (Cons. Stato, sez. IV, 20 ottobre 2020, n. 6359); d'altra parte in caso di ambiguità delle clausole devono applicarsi invece i principi consolidati della giurisprudenza del *favor participationis* in sede di interpretazione della specifica tecnica (Consiglio di Stato, sez. III, 4 settembre 2020, n. 5358).

6.3. Applicando tali principi al caso in esame si osserva che dalla specifica clausola del citato par. 7.2. del disciplinare di gara, diversamente da quanto sostenuto dalle appellanti, non emerge affatto in modo chiaro, certo ed obiettivo che i concorrenti, ai fini del possesso del requisito in questione, dovessero avere eseguito negli ultimi quattro anni contratti che comportassero la prestazione omnicomprensiva di tutti i servizi oggetto della gara (trascrizione, stenotipia, trascrizione automatizzata, fonoregistrazione e fonoregistrazione fuori aula), la previsione in questione essendo piuttosto diretta all'individuazione di operatori economici che avessero esperienza in tali servizi complessivamente considerati.

Risulta ragionevolmente significativo che la più volte citata previsione faccia riferimento a servizi analoghi e non pretenda invece un'esperienza specifica ed esclusiva in ognuno dei predetti servizi; né ad una simile conclusione può giungersi con un'interpretazione sistematica, derivante da altre specifiche disposizioni della *lex specialis*, che in realtà non si rinvengono, né sono state indicate dalle amministrazioni appellanti; la tesi di quest'ultime, circa la asserita necessità di una specifica *expertise*, finisce con il risolversi in una mera affermazione, priva di riscontro, e, sotto altro concorrente profilo, come una motivazione postuma – come tale inammissibile – della stessa *lex specialis*.

6.4. In tal situazione il chiarimento n. 22 del 16 giugno 2020, con cui la stazione appaltante ha precisato che “...il requisito richiesto non è relativo esclusivamente ai servizi erogati all'ambito giudiziario. Si precisa, inoltre, che il contratto (o i contratti) deve (devono) avere ad oggetto tutti i servizi di resocontazione e verbalizzazione

di atti oggetto di gara (trascrizione, stenotipia e fonoregistrazione) e deve (devono) esser stato (stati) eseguito (eseguiti) negli ultimi quattro anni antecedenti la data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte. Si ribadisce, pertanto, che il requisito si intende posseduto solo se il contratto (o i contratti) ha (hanno) ad oggetto tutti i servizi e non solo uno o più di questi”, lungi dall’atteggiarsi quale opportuna e/o doverosa interpretazione autentica, con cui la stazione appaltante puntualizza la propria volontà provvedimentale originariamente poco chiara, meglio delucidando le previsioni della *lex specialis* (chiarimenti in questo senso legittimi e ammissibili, in quanto diretti a tutti gli operatori, senza pregiudizio di alcuno, giustificati un’oggettiva incertezza della *lex* di gara e tali da evitare in radice l’eventuale l’autoannullamento del bando e la sua ripubblicazione, *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. III, 28 settembre 2020, n. 5705; sez. V, 5 marzo 2020, n. 1604), ha integrato piuttosto un’inammissibile modificazione delle previsioni della legge di gara, introducendo prescrizioni vincolanti non desumibili dalla stessa *lex specialis* (Cons. Stato, sez. V, 30 novembre 2020, n. 7555) e attribuendo in particolare ad una disposizione del bando un significato ed una portata diversa e maggiore di quella che risultava dal testo (Cons. Stato, sez. V, 15 dicembre 2020, n. 8031).

6.5. Il vulnus alla posizione degli originari ricorrenti (il Consorzio Servizi Integrati e la Cedat 85 s.r.l.) e cioè l’impossibilità di partecipare alla gara è derivato non già della originaria previsione della *lex specialis* (punto III.1.3 del bando e part. 7.2. del disciplinare), ma unicamente dalla più stringente interpretazione datane dal chiarimento n. 22 del 16 giugno 2020, così che correttamente il giudice di primo grado ha respinto l’eccezione di tardività del ricorso, dal momento che il termine di impugnazione non poteva che derivare dalla diversa interpretazione, sostanzialmente modificativa *in peius*, di cui al più volte citato chiarimento n. 22.

7. Priorità logico – giuridica impone l’esame del quarto motivo di gravame, rubricato “*Difetto di legittimazione passiva del ministero della giustizia e conseguente estromissione dal giudizio*”, con il quale il Ministero della giustizia deduce che gli

atti impugnati sono imputabili esclusivamente a Consip S.p.A., quale centrale di committenza, che avrebbe autonomamente predisposto la gara e altrettanto autonomamente individuato i criteri di selezione, così che alcuna responsabilità potrebbe esserle addebitata.

7.1. L'assunto non è meritevole di favorevole considerazione.

7.2. Come emerge dalla lettura delle premesse del disciplinare di gara, la procedura di cui si discute è stata svolta da Consip S.p.A. non in esecuzione di una disposizione normativa obbligatoria e vincolante, bensì di un accordo sottoscritto in data 23 luglio 2019 tra il Ministero dell'Economia e delle Finanze - Dipartimento dell'Amministrazione Generale, del Personale e dei Servizi, Consip S.p.A. e il Ministero di Giustizia - Direzione Generale delle Risorse Materiali e delle Tecnologie.

Ciò posto, indipendentemente da ogni altra considerazione e tenuto conto della peculiarità delle censure sollevate dai ricorrenti in primo grado, proprio la natura volontaria del predetto accordo esclude, in mancanza peraltro di elementi contrari che non sono stati in alcun modo rappresentati, che il Ministero della giustizia non potesse controllare o quanto meno verificare la congruità e l'adeguatezza delle clausole di gara e dei chiarimenti resi.

Pertanto non vi è ragione di ritenere che le conseguenze dell'accoglimento del ricorso ricadono esclusivamente su Consip S.p.A., che ha pacificamente agito nell'interesse del Ministero della giustizia.

8. Possono essere esaminati congiuntamente le censure sollevate con il secondo ed il terzo motivo, con cui denunciando rispettivamente *“2. Erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui ha ritenuto irragionevole e sproporzionato il requisito di partecipazione di cui all'art. 7.2 del disciplinare di gara”* e *“3. Illegittimità della sentenza impugnata nella parte in cui dispone la riapertura dei termini per la presentazione delle offerte”*, le amministrazioni appellanti hanno contestato le conclusioni cui è pervenuto il tribunale con la sentenza impugnata, negando innanzitutto che il chiarimento n. 11 del 16 giugno 2020 avesse modificato il bando di gara ed insistendo sulla circostanza che la corretta esegesi del par.

7.2 del disciplinare contemplasse già dall'origine che, ai fini del possesso dei requisiti di capacità professionale e tecnica, i concorrenti avessero negli ultimi quattro anni eseguito prestazioni per ognuno dei servizi oggetto della gara.

8.1. Anche tali motivi sono da respingere.

8.2. Quanto alla natura del chiarimento n. 22 del 16 giugno 2020 ed al contenuto del paragrafo 7.2. del disciplinare è sufficiente rinviare alle osservazioni svolte ai precedenti paragrafi da 6.1 a 6.5, essendo appena il caso di aggiungere che, pur non potendo negarsi in astratto la più ampia discrezionalità dell'amministrazione appaltante nella indicazione nella *lex specialis* di una gara dei requisiti di capacità professionale e tecnica ai fini della selezione dell'operatore economico più idoneo alla svolgimento delle prestazioni oggetto del contratto da stipulare, tale discrezionalità va necessariamente esercitata in coerenza con i principi di buon andamento ed imparzialità di cui all'art. 97 della Costituzione, di cui costituiscono corollari il principio di ragionevolezza, proporzionalità, non discriminazione e adeguatezza in relazione all'oggetto della gara in modo da garantire la più ampia partecipazione.

Nel caso di specie non merita censura la sentenza impugnata per aver ritenuto irragionevoli e sproporzionati i requisiti indicati nel paragrafo 7.2. del disciplinare come puntualizzati e precisati con il chiarimento n. 22 del 16 giugno 2020, non essendo emersa a tal fine dagli atti dell'amministrazione alcuna ragionevole giustificazione, né potendo ammettersi motivazioni postume del provvedimento (ammesso pure che tali potessero essere considerati gli argomenti difensivi prospettati dalle amministrazioni appellanti e condivisi dai consorzi intervenienti).

Non merita censura neppure il capo della sentenza di primo grado che, una volta considerato illegittimo il chiarimento n. 22 del 16 giugno 2020 e la interpretazione ivi formulata del par. 7.2. del bando, ha ritenuto che la conseguenza di quella illegittimità fosse la riapertura dei termini per la presentazione dell'istanza di partecipazione alla gara, in considerazione anche

dell'evidente incertezza ingenerata negli operatori economici dal comportamento tenuto dall'amministrazione appaltante (e ciò senza contare che quella conclusione ben si concilia col principio di conservazione degli atti amministrativi).

9. In definitiva alla stregua delle osservazioni svolte l'appello deve essere respinto.

La peculiarità della controversia giustifica la compensazione tra le parti delle spese del presente grado 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 nella camera di consiglio del giorno 4 marzo 2021, tenuta da remoto secondo quanto stabilito dall'art. 25, comma 1, del d.l. 18 ottobre 2020, n. 137, convertito con modificazioni dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176, e dell'art. 1, comma 17, come modificato dall'art. 1, comma 17, del d.l. 31 dicembre 2020, n. 183, convertito con modificazioni dalla l. 26 febbraio 2021, n. 21, con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Federico Di Matteo, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere, Estensore

Giovanni Grasso, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

L'ESTENSORE
Angela Rotondano

IL PRESIDENTE
Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO