

## In seguito all'accertamento di non ambiguità di una prescrizione del bando di gara si deve compiere un'interpretazione strettamente letterale

di Gianluca Briganti

Data di pubblicazione: 23-4-2020

*L'accertamento dell'ambiguità di una prescrizione di valenza normativa deve essere condotto con criteri obiettivi: la regola della cui applicazione si tratta deve apparire in sé concettualmente difficoltosa a causa della presenza di elementi positivi di confusione che determinano l'equivocità del suo contenuto complessivo, anche per dissonanza tra le sue singole prescrizioni.*

*Le preminenti esigenze di certezza connesse allo svolgimento delle procedure concorsuali di selezione dei partecipanti impongono di ritenere di stretta interpretazione le clausole del bando di gara: ne va perciò preclusa qualsiasi lettura che non sia in sé giustificata da un'obiettiva incertezza del loro significato letterale per cui secondo la stessa logica, sono comunque preferibili, a garanzia dell'affidamento dei destinatari, le espressioni letterali delle varie previsioni, affinché la via del procedimento ermeneutico non conduca a un effetto, indebito, di integrazione delle regole di gara aggiungendo significati del bando in realtà non chiaramente e sicuramente rintracciabili nella sua espressione testuale.*

### Guida alla lettura

La **V sezione del Consiglio di Stato**, nella **pronuncia** in oggetto, statuendo preliminarmente sulla "**non ambiguità**" della **clausola di un bando di gara**, già oggetto del sindacato del giudice di primo grado, ha indicato l'**interpretazione letterale quale unico criterio ermeneutico interpretativo per le prescrizioni non ambigue di un bando di gara**.

Di norma, nelle **procedure d'appalto**, la **determinazione a contrarre** viene seguita da un **bando** ossia un **atto dotato di rilevanza esterna** con cui la **stazione appaltante** manifesta la **propria volontà a stipulare un contratto** sollecitando la **presentazione di domande**, offerte o **proposte** da parte degli **operatori economici**. Dunque, il **bando di gara** costituisce il **primo atto della procedura** in senso stretto di **scelta del contraente**.

Il bando di gara assume una **indiscussa centralità ed importanza** nell'ambito del procedimento di gara, lo stesso è idoneo a dettare i **requisiti e le modalità di partecipazione** alla gara e ogni altra indicazione necessaria a tale scopo. Infatti, il **fine principale** del bando di gara, infatti è quello di costituire la c.d. "**lex specialis**" della procedura di affidamento.

La **disciplina generale** del bando di gara è stabilita **agli artt. 71 ss. del D. Lgs. n. 50/2016**. La stessa prevede che il bando di gara debba essere **redatto in conformità con i bandi-tipo disposti dall'ANAC**, introdotti con l'obiettivo di **migliorare la qualità dei documenti di gara**.

In riferimento a questa previsione, le stazioni appaltanti hanno facoltà di **discostarsi dai bandi-tipo**, fornendo a monte nella determina a contrarre, **adeguata motivazione** della loro scelta (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9).

In sede di **stesura del bando di gara**, la **stazione appaltante** deve seguire un **linguaggio chiaro, comprensibile e possibilmente uniforme**, fornendo un **contenuto idoneo rispetto allo scopo negoziale**, evitando **terminie concetti di natura ambigua o oscura**.

Siffatte **regole** hanno lo scopo di consentire la **presentazione di offerte consapevoli** evitando **limitazioni partecipative causate dall'indeterminatezza delle condizioni della *lex specialis***.

Tuttavia, nella prassi, è possibile che tali **regole non siano rispettate dalle stazioni appaltanti**.

Il collegio, nel **caso di specie**, ha ribaltato la **decisione del giudice di primo grado** che aveva giudicato **"ambigua"** una **clausola del bando di gara** sul termine di validità di un **"attestato di sistema"**.

Nella pronuncia di secondo grado, **conformemente alla giurisprudenza prevalente** che prevede l'uso di un'**interpretazione letterale** (cfr. Cons. Stato, sez. V, 29 novembre 2019, n. 8167; Cons. Stato, sez. V., 12 settembre 2017, n. 4307) è stata valutata la **stessa clausola** come **"non ambigua"** grazie alla mera applicazione di una **corretta interpretazione letterale ex art. 12 delle preleggi** che prevede che **"nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato delle parole secondo la connessione di esse"**.

Il Consiglio di Stato, successivamente alla statuizione di non ambiguità della clausola *de quo*, ha perentoriamente statuito che **"le preminenti esigenze di certezza connesse allo svolgimento delle procedure concorsuali di selezione dei partecipanti impongono di ritenere di stretta interpretazione le clausole del bando di gara: ne va perciò preclusa qualsiasi lettura che non sia in sé giustificata da un'obiettiva incertezza del loro significato letterale per cui secondo la stessa logica, sono comunque preferibili, a garanzia dell'affidamento dei destinatari, le espressioni letterali delle varie previsioni, affinché la via del procedimento ermeneutico non conduca a un effetto, indebito, di integrazione delle regole di gara aggiungendo significati del bando in realtà non chiaramente e sicuramente rintracciabili nella sua espressione testuale"**. Infatti, la **certezza e la stabilità delle norme presenti nella *lex specialis***, potrebbe essere **compromessa da letture di carattere personale**, delle quali non si può escludere l'intento di perseguire interessi non coincidenti con quelli che la regola intende tutelare. Pertanto, la **presenza di espressioni letterali chiare**, contenute nel **bando**, **esclude ogni ulteriore procedimento ermeneutico** per rintracciare **significati ulteriori escludendo ogni un'estensione analogica** volta ad estrapolare significati inespressi e impliciti (conformemente a Cons. Stato sez. III, 17 settembre 2019, n. 6206; Cons. Stato, sez.

III, 18 giugno 2018, n. 3715; Cons. Stato, sez. V, 12 settembre 2017, n. 4307;).

In conclusione, con la pronuncia in oggetto, il collegio, **conformemente alla giurisprudenza prevalente** in virtù del brocardo *in claris non fit interpretatio*, ha statuito la **perentorietà della interpretazione letterale**, ammettendo che, in presenza di **clausole di gara** contenuto “non ambiguo”, l’**utilizzo di altri criteri ermeneutici** potrebbe minare la **corretta applicazione del principio della par condicio**, nella procedura di gara.

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

**ha pronunciato la presente**

**SENTENZA**

sul ricorso in appello numero di registro generale 6449 del 2019, proposto da Toscano Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall’avvocato Francesco Nanula, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

***contro***

Comune di Corato, Centrale unica di committenza per la gestione in forma associata tra i Comuni di Bitonto, Corato, Giovinazzo, Ruvo di Puglia e Molfetta, non costituiti in giudizio;

***nei confronti***

Tekno Engineering s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Gennaro Rocco Notarnicola e Carlo Tangari, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

***per la riforma***

della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia (sezione prima) n. 599/2019, resa tra le parti.

Visto il ricorso in appello;

Visto l’atto di costituzione in giudizio di Tekno Engineering s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del 17 dicembre 2019 il Cons. Anna Bottiglieri e uditi per le parti gli avvocati Nanula, Notarnicola e Tangari;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

## FATTO

La Centrale unica di committenza per la gestione in forma associata tra i Comuni di Bitonto, Corato, Giovinazzo, Ruvo di Puglia e Molfetta indiceva il 30 agosto 2018 gara per l'affidamento di lavori relativi all'impianto sportivo del Comune di Corato.

L'esito della procedura, giunta alla fase dell'aggiudicazione provvisoria in favore della prima classificata Tekno Engineering s.r.l., era contestato in via di autotutela dalla seconda classificata Toscano Costruzioni s.r.l., che, esperito accesso agli atti, rappresentava che Tekno aveva prodotto in gara un attestato di sistema, prescritto dal paragrafo 17.5 del disciplinare a pena di esclusione e finalizzato all'attribuzione del punteggio relativo alla qualità della pavimentazione sportiva, scaduto il 20 ottobre 2018, ovvero pochi giorni dopo lo spirare del termine per la presentazione delle offerte (5 ottobre 2018).

A seguito di tale contestazione, la commissione di gara, nella seduta riservata del 13 febbraio 2019 (verbale n. 5), si determinava nel senso di proporre l'annullamento in autotutela della proposta di aggiudicazione in favore della Tekno, l'esclusione di questa dalla procedura e l'aggiudicazione della gara alla Toscano, e di tanto dava informazione alle concorrenti nella seduta pubblica del successivo 20 febbraio (verbale n. 6).

Le indicazioni della Commissione venivano recepite dal Comune di Corato con provvedimento 22 febbraio 2019, che escludeva Tekno dalla gara e preannunziava l'apertura del *sub*-procedimento finalizzato ad accertare l'effettivo possesso in capo a Toscano dei requisiti di capacità generale, economico-finanziaria e tecnico-organizzativa.

Tekno impugnava il provvedimento comunale e tutti gli atti presupposti innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sostenendone l'illegittimità; domandava l'annullamento degli atti gravati e la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato con Toscano nelle more del giudizio, con richiesta di subentro.

L'adito Tribunale, nella resistenza del Comune di Corato e di Toscano, accoglieva il ricorso con sentenza breve della prima sezione n. 599/2019; compensava tra le parti le spese del giudizio.

Il primo giudice:

- rilevava che la controversia verteva sull'interpretazione del paragrafo 17.5 del disciplinare, secondo cui *“per l'attribuzione del punteggio relativo all'elemento n.1 'Qualità della pavimentazione sportiva' l'assegnazione del punteggio avverrà esclusivamente secondo i*

*seguenti sub-criteri oggettivi, tutti contenuti all'interno dell'Attestato di sistema (in corso di validità alla data di scadenza della presente procedura di gara) che ciascun partecipante deve inserire - pena esclusione - all'interno della propria offerta tecnica";*

- osservava che la commissione di gara aveva riconosciuto in sede di autotutela l'erroneità della interpretazione conferita in un primo momento all'espressione "data di scadenza della presente procedura di gara", in particolare osservando, in considerazione della valenza sostanziale dell'attestato, che la sua validità andava riferita alla conclusione della procedura di gara e non alla scadenza temporale del termine di presentazione delle offerte;

- riteneva che il paragrafo 17.5 fosse oggettivamente equivoco, stante la diversità tra la "data di scadenza della (...) procedura" e la "conclusione" della procedura, e pertanto in contrasto con il principio del *clare loqui*;

- riteneva pertanto illegittima l'esclusione di Tekno, perchè non preceduta dalla verifica in ordine all'eventuale rinnovo dell'attestato;

- rilevava infine la validità dell'attestato prodotto in gara da Tekno, perchè rinnovato nelle more della procedura e mancando prova della "*illegittimità dell'attestazione rilasciata dal competente organismo (autorità terza disinteressata) con riguardo alla continuità del requisito con efficacia 'retroattiva' al 21 ottobre 2018*", con conseguente esclusione di ipotesi di modificazione o integrazione postuma dell'offerta.

Toscana ha appellato la predetta sentenza, deducendo con un unico, articolato motivo: *error in iudicando* per violazione ed erronea applicazione degli artt. 33, comma 1, e 83, commi 8 e 9, del d.lgs. n. 50/2016, delle prescrizioni della *lex specialis* e, in particolare, dei punti 17.4.2, 17.4.3 e 17.5 del disciplinare, nonché per erronea valutazione dei profili di eccesso di potere dedotti in sede di gravame. Ha domandato la riforma della sentenza impugnata e la reiezione del ricorso di primo grado.

Tekno si è costituita in giudizio, sostenendo la manifesta infondatezza dell'appello e riproponendo i motivi di ricorso non esaminati dal giudice di prime cure, ex art. 101, comma 2, Cod. proc. amm.. Ha concluso per la reiezione dell'appello.

Dopo il rinvio al merito della domanda cautelare su accordo delle parti, le medesime hanno affidato a memorie lo sviluppo delle proprie tesi difensive e la confutazione delle argomentazioni avverse.

Il ricorso è stato indi trattenuto in decisione alla pubblica udienza del 17 dicembre 2019.

## DIRITTO

1. La sentenza impugnata ha accolto il ricorso proposto da Tekno Engineering s.r.l., aggiudicataria provvisoria della gara indetta per l'affidamento di lavori relativi all'impianto sportivo del Comune di Corato, avverso il provvedimento di autotutela che ha disposto la sua esclusione dalla procedura e l'aggiudicazione della stessa alla seconda classificata Toscana

Costruzioni s.r.l..

Due i passaggi salienti della decisione:

a) la ritenuta ambiguità del paragrafo 17.5 del disciplinare di gara in relazione alla validità temporale prescritta per l'attestato di sistema da inserire a pena di esclusione nell'offerta tecnica ai fini dell'attribuzione del punteggio relativo alla qualità della pavimentazione sportiva; da cui il rilievo che la stazione appaltante non poteva – come ha fatto – disporre l'esclusione di Tekno per aver presentato un attestato scadente il 20 ottobre 2018, ovvero pochi giorni dopo lo spirare del termine previsto per la presentazione delle istanze di partecipazione alla gara (5 ottobre 2018) senza una preventiva verifica dell'eventuale rinnovo della sua perdurante validità;

b) l'esito favorevole alla società della predetta verifica, stante l'avvenuto rinnovo nelle more della procedura dell'attestazione, con valenza retroattiva e senza soluzione di continuità.

Entrambe le argomentazioni si rilevano affette dai vizi denunciati dalla parte appellante.

2. Sul punto a) si osserva quanto segue.

In linea generale, l'accertamento dell'ambiguità di una prescrizione di valenza normativa richiede, per definizione, la sua suscettibilità a dare luogo, quanto meno, a due diverse interpretazioni.

Il relativo accertamento deve essere condotto con criteri obiettivi: la regola della cui applicazione si tratta deve apparire in sé concettualmente difficoltosa a causa della presenza di elementi positivi di confusione che determinano l'equivocità del suo contenuto complessivo, anche per dissonanza tra le sue singole prescrizioni.

E' stato in particolare affermato che *“le preminenti esigenze di certezza connesse allo svolgimento delle procedure concorsuali di selezione dei partecipanti impongono di ritenere di stretta interpretazione le clausole del bando di gara: ne va perciò preclusa qualsiasi lettura che non sia in sé giustificata da un'obiettiva incertezza del loro significato letterale”*; per cui *“secondo la stessa logica, sono comunque preferibili, a garanzia dell'affidamento dei destinatari, le espressioni letterali delle varie previsioni, affinché la via del procedimento ermeneutico non conduca a un effetto, indebito, di integrazione delle regole di gara aggiungendo significati del bando in realtà non chiaramente e sicuramente rintracciabili nella sua espressione testuale”* (Cons. Stato, V, 29 novembre 2019, n. 8167; 12 settembre 2017, n. 4307).

Diversamente, la tendenziale certezza e stabilità della norma, che rappresentano valori primari di ogni ordinamento giuridico, potrebbe essere compromessa da letture di carattere personale, delle quali non si può escludere aprioristicamente l'intento di perseguire interessi non coincidenti con quelli che la regola intende tutelare, che nella fattispecie, vertendosi in materia di gare pubbliche e di una previsione di *lex specialis* relativa all'offerta tecnica, sono: quello della stazione appaltante a che la scelta dell'aggiudicatario avvenga all'esito della

comparazione di offerte che, sotto il profilo tecnico, si attestino almeno al livello del comune denominatore minimo ragguagliato alle specifiche prescrizioni dettate dal disciplinare a pena di esclusione; quello dei concorrenti a che la procedura sia rigorosamente soggetta al principio della *par condicio*.

2.1. Tanto chiarito, il Collegio non ravvisa l'ambiguità della norma di disciplinare rilevata dal primo giudice.

2.2. Il paragrafo 17.5 di cui trattasi stabilisce che *“per l'attribuzione del punteggio relativo all'elemento n.1 'Qualità della pavimentazione sportiva' l'assegnazione del punteggio avverrà esclusivamente secondo i seguenti sub-criteri oggettivi, tutti contenuti all'interno dell'Attestato di sistema (in corso di validità alla data di scadenza della presente procedura di gara) che ciascun partecipante deve inserire - pena esclusione - all'interno della propria offerta tecnica”*.

La sentenza appellata ha ritenuto che la previsione fosse ambigua nell'individuare il termine di validità del predetto “attestato di sistema”, ritenendo sostanzialmente che essa poteva essere interpretata nel senso di fissarlo anche alla data di scadenza del periodo temporale utile per la presentazione delle istanze di partecipazione, oltre che alla durata del procedimento di gara come sostenuto dalle parti resistenti.

La conclusione non può essere condivisa.

In via di interpretazione letterale, la locuzione “in corso di validità alla data di scadenza della presente procedura di gara”, pur non essendo sotto il profilo lessicale del tutto appropriata, è chiara nel riferirsi al procedimento concorsuale: vale l'efficace richiamo, emergente *ictu oculi* dall'espressione “scadenza della presente procedura”, all'intero percorso in cui si declina la gara, sicchè il termine costituito dalla scadenza del “procedimento” non può essere ragguagliato allo spirare del segmento temporale previsto per la presentazione delle istanze di partecipazione, che del primo è una mera scansione.

Inoltre, il termine per la presentazione delle offerte non viene, né direttamente né indirettamente, richiamato dall'espressione in esame.

Non basta a tal fine la parola “scadenza”.

Detta parola, da sola, a differenza della parola “procedimento”, non evoca nessun concetto di senso compiuto, richiedendo la specificazione di cosa sia oggetto di scadenza; anche per tale motivo, non può essere autonomamente valorizzata, in quanto l'interpretazione letterale si basa sulla connessione tra le parole, e non su una di esse isolatamente considerata (art. 12 preleggi: *“nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse ...”*).

E' poi dirimente osservare che l'interpretazione del disciplinare è più che chiara nel definire il momento della rilevanza dell'attestato di sistema di cui trattasi, che è quello di valutazione dell'offerta tecnica.

Anzi, più precisamente, l'attestato è uno degli elementi essenziali dell'offerta tecnica.

Tanto si desume, oltre che dal già considerato paragrafo 17.5, anche dal precedente paragrafo 17.4., che prevede che *“i concorrenti dovranno presentare, a pena di esclusione”, tra altro, la “lettera del Produttore del sistema di pavimentazione indirizzata al Concorrente, avente ad oggetto l’esatta dicitura di gara (compreso CIG e CUP) attestante la disponibilità del sistema di pavimentazione proposto. La lettera dovrà riportare in allegato, pena esclusione, l’attestato di sistema emesso dalla L.N.D. - F.I.G.C., in corso di validità, relativo al sistema di pavimentazione proposto”*.

Indi, per il combinato disposto dei paragrafi 17.4 e 17.5 del disciplinare, l'offerta tecnica carente dell'attestato in parola deve essere esclusa dalla competizione perché insuscettibile di essere graduata in relazione al primo elemento di valutazione, non raggiungendo il requisito minimo per esso stabilito.

Va indi esclusa la possibilità che la prescrizione di cui al paragrafo 17.5 del disciplinare potesse implicare, anche solo in astratto, la possibilità di presentare l'attestazione in parola con validità temporale limitata al periodo immediatamente successivo alla scadenza del termine per la partecipazione alla procedura.

La prescrizione attiene infatti non alla documentazione relativa alla validità della partecipazione alla gara, bensì ai requisiti minimi indispensabili ai fini dell'ammissione dell'offerta tecnica alla fase della valutazione.

E poiché la fase della valutazione delle offerte segue temporalmente e logicamente quella di presentazione delle istanze di partecipazione, l'adesione alla tesi del primo giudice comporta una conseguenza inaccettabile, che è quella di ammettere, contro la dinamica che è alla base di qualsiasi procedura concorsuale, che la commissione dovesse valutare una offerta tecnica alla quale in quel momento – al di là del suo contenuto specifico, e per effetto di un giudizio assoluto di inidoneità predeterminato dal bando (di cui la commissione valutatrice non poteva pertanto che prendere atto, essendo vincolata non meno dei concorrenti alla sua rigorosa applicazione: tra tante, Cons. Stato, V, 23 settembre 2015, n. 4441) – non poteva essere attribuito uno dei previsti punteggi, perché non accompagnata dalla prescritta attestazione in corso di validità, scaduta immediatamente dopo la presentazione della istanza di partecipazione.

Di contro, non soccorre l'ipotesi che, di fatto, parallelamente allo svolgimento della procedura, l'attestato potesse essere rinnovato senza soluzione di continuità.

Il rinnovo comporta infatti non solo l'attivazione del soggetto interessato ma anche l'adempimento da parte di questi delle regole al riguardo individuate dal soggetto che rilascia l'attestazione.

Il rinnovo non può quindi darsi “fideisticamente” per scontato, né si tratta di una questione di poco momento ai fini della valutazione dell'offerta tecnica da parte della commissione valutatrice, trattandosi come detto di una attestazione che la *lex specialis* ha richiesto a pena



di esclusione.

Del resto, non consta neanche che Tekno nell'ambito della propria istanza di partecipazione alla gara o nel periodo intercorrente tra la scadenza del termine di partecipazione alla gara e la valutazione della sua offerta tecnica abbia provveduto a informare la stazione appaltante della pendenza dell'istanza di rinnovo dell'attestazione: quest'aspetto è infatti venuto in evidenza solo allorché Toscano ha sollevato la questione, e nonostante che la dimostrazione dell'avvio del relativo procedimento costituisse, ai sensi del ridetto paragrafo 17.5 del disciplinare, un inevitabile onere per il concorrente che, avendo presentato un attestato scaduto subito dopo la presentazione dell'istanza di partecipazione alla gara, aspirasse alla valutazione della sua offerta tecnica, atteso che *lex specialis* della gara e ha subordinato tale possibilità alla sussistenza di un attestato in corso di validità.

2.3. E' pertanto fondata la censura del primo mezzo con cui l'appellante lamenta la non equivocità della *lex specialis* ritenuta dal primo giudice.

2.4. Di contro, non risultano fondate le difese svolte sul punto dalla appellata.

Esse ricalcano il percorso argomentativo della sentenza impugnata, cui il Collegio non può aderire per le ragioni di cui sopra, e ciò anche quando il primo giudice rileva che la commissione di gara ha posto in essere con l'atto di autotutela una "inversione dell'indirizzo ermeneutico".

Infatti, al di là di quanto la commissione ha ritenuto di precisare in tale sede, nessun elemento documentale attesta che la commissione stessa abbia consapevolmente aderito a un determinato indirizzo interpretativo relativo al paragrafo 17.5. del disciplinare e che lo abbia poi sconfessato in via di autotutela.

Vi è, piuttosto, un mero fatto, e cioè che l'offerta di Tekno è stata in un primo momento valutata e graduata, evidentemente sul presupposto, implicito, della sua ritualità, che di è rivelato poi insussistente all'esito di un esame più specifico.

2.5. In definitiva, stante l'accertata assenza di margini di opinabilità nell'interpretazione della norma, ben ha fatto la stazione appaltante, una volta accertato che l'offerta tecnica di Tekno era stata valutata ed era risultata prima in graduatoria in violazione dell'art. 17.5 del disciplinare di gara, che poneva un requisito essenziale di cui essa offerta era carente, ad adottare il gravato provvedimento di autotutela.

3. Ne consegue che il primo giudice è incorso in errore quando ha ritenuto che l'attestazione di cui sopra potesse e anzi dovesse formare oggetto di soccorso istruttorio.

Questa Sezione del Consiglio di Stato ha più volte chiarito, in conformità all'insegnamento impartito dall'Adunanza plenaria 27 luglio 2016, n. 19, in relazione al regime vigente anteriormente al Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 50 del 2016, come il soccorso istruttorio sia doveroso solo ove si contesti la mancanza di un elemento formale (e non essenziale) dell'offerta e riguardi elementi il cui obbligo di indicazione non sia stato specificato

da previsioni chiari e univoche della legge di gara (da ultimo, Cons. Stato, V, 4 aprile 2019, n. 2219). Il soccorso istruttorio ha, infatti, come finalità quella di consentire l'integrazione della documentazione già prodotta in gara, ma ritenuta dalla stazione appaltante incompleta o irregolare sotto un profilo formale, e non anche di consentire all'offerente di formare atti in data successiva a quella di scadenza del termine di presentazione delle offerte (Cons. di Stato, V, 22 ottobre 2018, n. 6005), in violazione del principio di immodificabilità e segretezza dell'offerta, imparzialità e *par condicio* delle imprese concorrenti.

Per l'effetto, vanno ritenute astrattamente ammissibili solo quelle integrazioni documentali che non riguardino elementi essenziali dell'offerta, ivi compresi quelli "essenziali ai fini della valutazione tecnica" (Cons. Stato, V, n. 2219/2019, cit.).

Il principio è rimasto immutato dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 50 del 2016, atteso che l'art. 83, comma 9, del vigente Codice dei contratti pubblici esclude in radice che le irregolarità essenziali dell'offerta economica e dell'offerta tecnica possano beneficiare del soccorso istruttorio (tra altre, Con. Stato, V, 13 febbraio 2019, n.1030; VI, 16 aprile 2018, n. 2253).

Non rileva in diverso avviso il precedente invocato da Tekno (Cons. Stato, V, 17 settembre 2018, n. 5425), che riguarda documentazione ivi espressamente riconosciuta come "*non idonea ad alterare, in senso anticoncorrenziale, il contenuto delle offerte*"; si trattava infatti della mancata tempestiva allegazione di documentazione probante la possibilità della concorrente di avvalersi della facoltà di presentare una cauzione provvisoria dimidiata; nella fattispecie si verte invece come detto su un elemento essenziale dell'offerta tecnica.

4. Le conclusioni dianzi rassegnate, comportando l'impossibilità del primo giudice di valutare il rinnovo dell'attestazione prodotto in giudizio da Tekno, conducono già da sole al riconoscimento della fondatezza dell'appello.

Nondimeno, può aggiungersi che risultano fondate anche le censure che Toscano rivolge alla parte della sentenza di cui al precedente punto b), che ha ritenuto provato, senza peraltro nulla specificare al riguardo, che l'attestazione per cui è causa era stata rinnovata senza soluzione di continuità.

4.1. Va preliminarmente precisato che tali censure non costituiscono violazione del divieto di *ius novorum* in appello, come sostenuto da Tekno: esse contengono infatti critiche al *decisum* di primo grado, in conformità al principio di specificità dei motivi di impugnazione di cui all'art. 101, Cod. proc. amm.: non si vede, pertanto, come esse avrebbero potuto essere proposte precedentemente all'odierno giudizio e segnatamente in via di ricorso incidentale di primo grado.

4.1. Nel merito, si osserva che gli atti di causa fanno emergere che Tekno:

- ha partecipato alla gara allegando l'attestazione "MONDOSOCCKER 4NX 12 50 ASN EF", scadente il 20 ottobre 2018, ovvero pochi giorni dopo lo spirare del termine per la presentazione delle offerte (5 ottobre 2018). Nulla ha specificato in ordine alla pendenza di una istanza di rinnovo della stessa, ancorchè nel ricorso di primo grado abbia affermato che una

tale istanza era già pendente, risalendo al 3 settembre 2018;

- solo nel periodo intercorrente tra l'istanza di autotutela presentata da Toscano e prima del provvedimento di esclusione, ha prodotto il nuovo attestato "MON 055 Denominazione univoca del sistema MONDOSOCGER 4NX 12 50 ASN EF 12 Richiedente MONDO SPA" rilasciato dalla Lega Nazionale Dilettanti-LND, emesso il 26 ottobre 2016 e riportante la validità temporale 21 ottobre 2018 - 20 ottobre, che ha poi versato anche agli atti del giudizio.

Nel validare tale condotta, in erronea adesione alla tesi dell'ambiguità della *lex specialis* che si è invece rivelata inesistente, il primo giudice, come lamenta Toscano, non si è minimamente posto il problema di valutare la non linearità della condotta di Tekno, che non ha allegato né menzionato la richiesta di rinnovo nell'ambito della sua istanza di partecipazione alla gara e non ha neanche prodotto la nuova attestazione alla stazione appaltante non appena disponibile.

Nulla sul punto spiega la dichiarazione resa dal rappresentante della società nel verbale n. 6 relativo alla seduta pubblica del 20 febbraio 2019, in cui la commissione esaminatrice ha reso noto ai concorrenti di essersi determinata a proporre alla stazione appaltante, nella precedente seduta riservata del 13 febbraio 2019 (verbale n. 5), tra altro, l'esclusione della Tekno; questi si è infatti limitato a far presente, come risulta dal verbale che "*Tale attestato non è stato possibile presentarlo in sede di gara fissato per il 5 ottobre 2019*".

Nel descritto contesto, non è ben comprensibile l'affermazione del primo giudice che non "*è stata fornita prova dell'illegittimità dell'attestazione [...] con riguardo alla continuità del requisito con efficacia 'retroattiva' al 21.10.2018*": era infatti semmai Tekno, che aveva agito in giudizio contro il provvedimento di esclusione sostenendo che l'attestazione prodotta in gara non aveva mai perso validità, a dover fornire elementi a sostegno della invocata impossibilità della tempestiva produzione della nuova attestazione.

5. A questo punto, stante la fondatezza dell'appello, il Collegio deve delibare i motivi del ricorso di primo grado non esaminati dal primo giudice e qui riproposti da Tekno ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm. (1. Violazione dell'art. 83, commi 8 e 9, d.lgs. n. 50/2016, violazione dei principi di tassatività delle cause di esclusione, proporzionalità dell'attività amministrativa e *favor participationis*, violazione dell'obbligo del *clare loqui*, eccesso di potere per carenza d'istruttoria, erronea presupposizione e ingiustizia manifesta, illegittimità diretta e derivata; 2. Violazione dell'art. 17.5 del disciplinare di gara, violazione dell'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50/2016, violazione dell'art. 12, l. n. 241/1990, violazione del divieto di modifica dei criteri di valutazione e del principio di segretezza delle offerte, eccesso di potere per carenza d'istruttoria, erronea presupposizione e ingiustizia manifesta, sviamento di potere).

Essi sono infondati.

Il primo motivo lamenta l'obiettiva ambiguità del paragrafo 17.5 del disciplinare, cosa da escludersi per le ragioni già indicate al precedente capo 2; non è neanche condivisibile l'asserita sproporzionalità della misura espulsiva, perché correttamente ricondotta alla

carezza di un requisito ritenuto essenziale ai fini della graduazione dell'offerta, in quanto tale non sanabile *ex post*.

Non è predicabile la tesi del secondo motivo che l'imposizione ai concorrenti dell'onere di dimostrare l'avvenuta richiesta di rinnovo dell'attestazione in ipotesi di una sua scadenza in corso di procedura si converta in una modifica postuma del criterio di valutazione di cui al paragrafo 17.5 del disciplinare, non trattandosi di altro che dell'applicazione della relativa prescrizione, mentre l'accertamento dell'irregolarità dell'offerta di Tekno, contrariamente a quanto evocato nella censura, non interferisce con le regole di trasparenza e imparzialità che presiedono alle gare pubbliche, essendo ben possibile che l'attività di autotutela della stazione appaltante si realizzi in un momento in cui le offerte dei concorrenti sono già note: l'interesse pubblico alla regolarità della gara non si esaurisce infatti con la graduazione dei concorrenti.

6. Nulla aggiungono alle questioni come sopra trattate le difese svolte da Tekno nelle depositate memorie difensive.

7. In definitiva, l'appello va accolto, con riforma della sentenza impugnata e reiezione del ricorso di primo grado.

Si ravvisano giusti motivi, stante l'andamento della controversia, per disporre la compensazione tra le parti delle spese di giudizio del grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello di cui in epigrafe, lo accoglie, disponendo, per l'effetto, la riforma della sentenza impugnata e la reiezione del ricorso di primo grado.

Compensa tra le parti le spese di giudizio del grado.

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