

Soccorso istruttorio e principio del risultato

di Vittoria Chiacchio

Data di pubblicazione: 22-10-2024

In tema di soccorso istruttorio, il TAR Veneto, ribadisce – con particolare riguardo a fattispecie ricadenti ratione temporis nella vigenza del “nuovo” codice appalti di cui al D.Lgs n. 36/2023 – che tale istituto obbedisce, per vocazione generale. ex art. 6 l. n. 241/1990, ad una fondamentale direttiva antiformalistica che deve guidare l’azione dei soggetti pubblici e di quelli ad essi equiparati.

Con particolare riguardo alle procedure di evidenza pubblica, esso si fa carico di evitare, nei limiti del possibile, che le rigorose formalità che accompagnano la partecipazione alla gara si risolvano in disutile pregiudizio per la sostanza e la qualità delle proposte negoziali in competizione e, in definitiva, del risultato dell’attività amministrativa (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 21 agosto 2023, n. 7870).

Publicato il 11/09/2024

N. 02142/2024 REG.PROV.COLL.

N. 00775/2024 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 775 del 2024, proposto da Cellnex Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG B09CFF82D9, rappresentata e difesa dagli avvocati Angela Vecchione e Domenico Siciliano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Regione del Veneto, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Pierpaolo Agostinelli, Luisa Londei, Francesco Zanlucchi e Giacomo Quarneti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
Regione del Veneto, Direzione ICT e Agenda Digitale, non costituita in giudizio;

nei confronti

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

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia

- del decreto n. 1007 del 17 maggio 2024 del Direttore della Direzione ICT e Agenda Digitale;
- della comunicazione prot. n. 0239900 del 17 maggio 2024;
- del verbale della Regione Veneto - Giunta Regionale Direzione ICT e Agenda Digitale del 10 aprile 2024;
- del verbale della Regione Veneto - Giunta Regionale Direzione ICT e Agenda Digitale del 9 maggio 2024;
- del disciplinare di prequalifica per la procedura ristretta per l'affidamento dei servizi di conduzione e manutenzione del sistema di comunicazione radio della Regione Veneto (Allegato A al decreto n. 18 del 29 febbraio 2024) CIG B09CFF82D9, CUP H17G24000030002, CUI S80007580279202300106;
- del disciplinare di prequalifica per la procedura ristretta per l'affidamento dei servizi di conduzione e manutenzione del sistema di comunicazione radio della Regione Veneto (dell'Allegato A al decreto n. 18 del 29 febbraio 2024) CIG B09CFF82D9, CUP H17G24000030002, CUI S80007580279202300106 così come rettificato in data 21 marzo 2024;
- del decreto n. 31 del 21 marzo 2024 avente ad oggetto la rettifica dell'Allegato A al decreto n. 18 del 29 febbraio 2024;
- del decreto n. 18 del 29 febbraio 2024 del Direttore della Direzione ICT e Agenda Digitale di indicazione della procedura di acquisto, e relativi allegati;
- del decreto n. 42 del 5 aprile 2024 avente ad oggetto la "*Prenotazione della spesa a carico del Bilancio 2024 2026*";
- di ogni atto a questi presupposto, conseguente o comunque connesso, ancorché non conosciuto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Regione del Veneto;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 10 luglio 2024 il dott. Alberto Ramon e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società Cellnex Italia s.p.a. (d'ora innanzi, solo Cellnex Italia) ha impugnato, in questa sede, la sua esclusione dalla fase di prequalifica relativa alla procedura ristretta telematica sopra soglia comunitaria indetta, ai sensi dell'art. 72 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, con decreto n. 18 del 29 febbraio 2024 del Direttore della Direzione ICT e Agenda Digitale della Regione del Veneto (d'ora innanzi, solo Regione).

Tale procedura ha ad oggetto l'acquisto dei servizi di conduzione e manutenzione del sistema di comunicazione radio regionale della durata di 60 mesi, con opzione di proroga tecnica di 12 mesi e di aumento delle prestazioni entro il quinto dell'importo contrattuale, ai sensi dell'art. 120, comma 1, lett. a), del d.lgs. n. 36 del 2023.

Il decreto di indizione della gara ha previsto che l'aggiudicazione avvenga col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ex art. 108, comma 1, del d.lgs. n. 36 del 2024, determinando il valore massimo dell'appalto in euro 26.352.400,00 IVA esclusa.

La procedura di prequalifica è stata pubblicata il 4 marzo 2024 sul Portale Acquisti della Regione (Apptel), con termine per la presentazione delle domande di partecipazione fissato per l'8 aprile 2024.

1.1. Per quanto maggiormente rileva in ordine al *thema decidendum*, giova precisare che il paragrafo 6.2 del disciplinare di prequalifica ha fissato, quali requisiti di capacità economica e finanziaria necessari per partecipare alla procedura, *"un fatturato globale negli ultimi tre esercizi finanziari (2020, 2021 e 2022) pari ad almeno € 26.352.400,00 (IVA esclusa), di cui almeno:*

- € 1.392.000,00 (IVA esclusa) quale fatturato specifico relativo a servizi di conduzione e manutenzione di reti radio simulcast analogica e/o DMR,

- € 4.200.000,00 (IVA esclusa) quale fatturato specifico relativo a servizi di conduzione e manutenzione di reti TETRA,

- € 2.700.000,00 (IVA esclusa) quale fatturato specifico relativo a servizi di conduzione e manutenzione di dorsali in ponte radio a microonde SDH/PDH'.

Lo stesso disciplinare, al paragrafo 6.3, ha previsto, quali requisiti di capacità tecnica e professionale, l'“esecuzione con buon esito nell'ultimo triennio (2020, 2021 e 2022) per un periodo continuativo di almeno 12 mesi nel triennio di riferimento, di:

- un contratto per la manutenzione di una rete radio simulcast analogica e/o DMR, costituita da almeno 55 stazioni ripetitrici in territorio italiano;

- un contratto per la manutenzione di una rete radio TETRA, costituita da almeno 60 stazioni ripetitrici in territorio italiano;

- un contratto per la manutenzione di una dorsale composta da almeno 70 tratte in ponte radio a microonde SDH/PDH in territorio italiano”.

1.2. Con istanza di autotutela presentata il 20 marzo 2024, Cellnex Italia ha chiesto alla Stazione appaltante di “eliminare il riferimento al territorio italiano con riguardo al requisito di cui al par. 6.3, così da consentire la partecipazione alla gara di operatori economici stabiliti in altri Stati Membri diversi dall'Italia, sia nella qualità di concorrenti che di imprese ausiliarie”.

Il Direttore della Direzione ICT e Agenda Digitale della Regione, con decreto n. 31 del 21 marzo 2024, ha accolto la predetta istanza, rettificando di conseguenza il disciplinare di prequalifica nel senso richiesto dall'operatore economico, quindi con espunzione del riferimento al “territorio italiano”, mantenendo al contempo fermo l'originario termine per la presentazione delle domande di partecipazione alla procedura ristretta.

Preso atto di ciò, Cellnex Italia ha richiesto, con istanza del 26 marzo 2024, una proroga di almeno 15 giorni del suddetto termine finale: proroga che l'Amministrazione regionale, tuttavia, ha ritenuto di non concedere.

1.3. Entro il termine di scadenza – rimasto dunque fissato per il giorno 8 aprile 2024 –, Cellnex Italia ha presentato la propria domanda di partecipazione alla procedura selettiva in discussione, ricorrendo a tre contratti di avvalimento per soddisfare i requisiti, sopra riportati, di capacità economica e finanziaria e di capacità tecnica e professionale richiesti dalla *lex specialis*, tra cui, per quanto qui maggiormente rileva:

I) il contratto di avvalimento con la società Retevision I S.A.U. (d'ora innanzi, solo Retevision) per il requisito previsto dal paragrafo 6.2 del disciplinare di prequalifica, concernente il fatturato specifico (pari almeno a € 1.392.000,00 IVA esclusa) per i servizi di conduzione e manutenzione di reti radio simulcast analogica e/o DMR;

II) il contratto di avvalimento con la società Tradia Telecom S.A. (d'ora innanzi, solo Tradia

Telecom) concernente:

- il requisito previsto dal paragrafo 6.2 del disciplinare di prequalifica, relativo al fatturato specifico (pari almeno a € 4.200.000,00 IVA esclusa) in ordine ai servizi di conduzione e manutenzione di reti TETRA;
- il requisito di cui al paragrafo 6.2 del disciplinare di prequalifica, riguardante il fatturato specifico (pari almeno a € 2.700.000,00 IVA esclusa) per i servizi di conduzione e manutenzione di dorsali in ponte radio a microonde SDH/PDH;
- il requisito richiesto dal paragrafo 6.3 del disciplinare di prequalifica afferente all'esecuzione con buon esito nell'ultimo triennio (2020-2021-2022) di un contratto per la manutenzione di una rete radio TETRA, costituita da almeno 60 stazioni ripetitrici, e di un contratto per la manutenzione di una dorsale composta da almeno 70 tratte in ponte radio a microonde SDH/PDH.

1.4. Il Responsabile Unico del Progetto (R.U.P.), in occasione della seduta del 10 aprile 2024, preordinata allo scarico dalla piattaforma Apptel delle domande di partecipazione presentate dagli operatori economici interessati e all'apertura delle relative buste amministrative, ha rilevato che Cellnex Italia non aveva prodotto – in relazione sia al contratto di avvalimento stipulato con Retevision, sia a quello stipulato con Tradia Telecom – la procura conferita da ciascuna di queste società ausiliarie a favore del sig. Simone Battiferri, il quale aveva sottoscritto digitalmente i predetti contratti di avvalimento in qualità di procuratore di entrambe le imprese. Procura necessaria a dimostrare la legittimazione del sig. Battiferri a contrarre in nome e per conto delle società ausiliarie.

Per l'effetto, il R.U.P. ha disposto che Cellnex Italia fosse invitata, ai sensi dell'art. 101 del d.lgs. n. 36 del 2023, a regolarizzare la propria documentazione amministrativa.

Di conseguenza la Stazione appaltante, con nota prot. n. 190449 del 17 aprile 2024, ha attivato nei confronti di Cellnex Italia il soccorso istruttorio al fine di consentirle di produrre, entro dieci giorni dal ricevimento della richiesta stessa, la documentazione mancante, precisando che *“tutta la documentazione da produrre deve essere in lingua italiana o, se redatta in lingua straniera, deve essere corredata da traduzione giurata in lingua italiana”*.

Cellnex Italia ha quindi trasmesso alla Stazione appaltante copia conforme all'originale delle procure rilasciate il 22 dicembre 2023 da Retevision e Tradia Telecom, tra gli altri, al sig. Battiferri, munite di traduzioni giurate trattandosi di società di diritto spagnolo.

1.5. Il R.U.P., esaminata la documentazione integrativa nella seduta del 9 maggio 2024, ha ritenuto che i contratti di avvalimento stipulati tra Cellnex Italia e le imprese ausiliarie fossero inefficaci in quanto sottoscritti da un soggetto privo dei poteri di rappresentanza.

Più precisamente, il R.U.P. ha evidenziato che Cellnex Italia – al fine di dimostrare la legittimazione del sig. Battiferri a contrarre in nome e per conto di Retevision – ha trasmesso *“copia conforme all'originale della procura che la società Retevision I S.A. Sociedad*

Unipersonal con sede a Madrid rilascia in data 22/12/2023, tra gli altri, al sig. Simone Battiferri; la procura redatta in lingua spagnola è corredata dalla traduzione giurata in lingua italiana effettuata in data 26/04/2024 e tra le facoltà compare alla lettera d) «rappresentanza e ingaggi nell'ambito di aste e gare pubbliche e private»; dalla stessa si legge che la rappresentanza, nell'ambito di aste e gare pubbliche e private (lettera d), può essere esercitata «in maniera congiunta e solidale dai procuratori del Gruppo B) – nel quale rientra il sig. Simone Battiferri – con un limite di importo di Euro 6.000.000.(omissis) (iv), in maniera congiunta tra due qualunque dei procuratori dei gruppi A) e B), senza limite di importo, purché ciascuno dei procuratori appartenga a un gruppo diverso».

Il medesimo rilievo è stato sollevato con riguardo alla procura rilasciata dalla società Tradia Telecom, tra gli altri, al sig. Battiferri, stante l'identico contenuto rispetto all'anzidetta procura rilasciata dalla società Retevision al medesimo procuratore.

Sulla scorta di tali osservazioni, il R.U.P. ha concluso che i contratti di avvalimento stipulati da Cellnex Italia con Retevision e Tradia Telecom fossero *“inefficaci in quanto sottoscritti da un soggetto che, da solo, non godeva del potere di rappresentanza delle società. I contratti, ai fini della loro efficacia, dovevano infatti essere sottoscritti dal sig. Battiferri unitamente agli altri procuratori appartenenti al gruppo B), o da altro procuratore appartenente al Gruppo A), come indicati nelle procure sopra citate. Parimenti, tutta la documentazione prodotta dalle suddette imprese ausiliarie ai fini dell'avvalimento era inefficace in quanto sottoscritta unicamente dal sig. Battiferri”*.

L'inefficacia di tali contratti di avvalimento, nonché della documentazione prodotta a corredo degli stessi, avrebbe determinato – secondo il R.U.P. – la carenza in capo a Cellnex Italia di buona parte dei requisiti di cui agli artt. 6.2 e 6.3 del disciplinare di prequalifica: donde la proposta, rivolta alla Stazione appaltante, di escludere la concorrente dalla gara.

Sicché il Direttore della Direzione ICT e Agenda Digitale della Regione, con decreto n. 1007 del 17 maggio 2024, ha approvato i verbali delle sedute di gara del 10 aprile 2024 e del 9 maggio 2024, disponendo, per le ragioni ivi esposte, l'esclusione di Cellnex Italia dalla procedura selettiva in corso di svolgimento.

Con istanza prot. n. 289387 del 17 giugno 2024, quest'ultima società ha chiesto alla Stazione appaltante di annullare in autotutela il provvedimento di esclusione, evidenziando come il sig. Battiferri fosse munito del potere di firma per affari del valore sino a sei milioni di euro in relazione a entrambe le società ausiliarie. A comprova dell'effettiva sussistenza della legittimazione del sig. Battiferri a contrarre in nome e per conto sia di Retevision, sia di Tradia Telecom, la società esclusa ha trasmesso alla Stazione appaltante, unitamente alla succitata istanza, una ulteriore traduzione giurata delle procure, nonché l'atto di nomina del sig. Battiferri, antecedente alla sottoscrizione del contratto di avvalimento, ad amministratore di Tradia Telecom.

2. Non avendo ottenuto riscontro alla suddetta richiesta di annullamento in autotutela, Cellnex Italia è insorta in questa sede avverso la sua esclusione dalla gara, avanzando i seguenti motivi di ricorso.

I) *“Violazione e falsa applicazione degli artt. 72, comma 2 e dell’art. 92, comma 2, lett. b. Violazione dei principi di buon andamento e imparzialità dell’azione amministrativa (artt. 3, 21 e 97 Cost.). Eccesso di potere per errore nei presupposti, difetto d’istruttoria e di motivazione, sviamento, ingiustizia”.*

La ricorrente ha lamentato il fatto che la Regione, nonostante le significative modifiche apportate al disciplinare di prequalifica, non abbia prorogato il termine per la presentazione delle istanze di partecipazione: ciò in violazione dell’art. 92, comma 2, lett. b), del d.lgs. n. 36 del 2023, secondo il quale i termini per la presentazione delle domande di partecipazione e delle offerte sono *“prorogati in misura adeguata e proporzionale (...): b) se sono apportate modifiche significative ai documenti di gara”.*

Il ridotto tempo messo a disposizione di Cellnex Italia per la preparazione dell’istanza e della copiosa documentazione a corredo, sensibilmente inferiore rispetto a quello riconosciuto agli altri partecipanti, avrebbe sfavorito e discriminato la stessa società, creando una condizione di altissima probabilità di andare incolpevolmente incontro a errori nella documentazione predisposta. Tale situazione si sarebbe in effetti avverata, posto che l’Amministrazione avrebbe escluso l’odierna ricorrente sulla scorta di una interpretazione formalistica della traduzione giurata delle procure rilasciate dalle società ausiliarie preparata nei ristretti tempi concessi: interpretazione risultante peraltro illogica e irrazionale già sulla scorta di semplici massime di esperienza. Nella lettura della Regione, infatti, qualsiasi contratto stipulato in nome e per conto di Retevision e Tradia Telecom, di importo inferiore a € 6.000.000,00, dovrebbe essere sottoscritto in forma congiunta da cinque o sei procuratori a seconda della società interessata mentre sarebbe sufficiente l’intervento di due soli procuratori per la stipula di contratti di importo maggiore. Tale modello di rappresentanza non solo confliggerebbe con la prassi commerciale, ma soprattutto risulterebbe *ictu oculi* illogico, stante il fatto che sarebbe privo di giustificazione il coinvolgimento di più mandatarî per gli impegni di spesa minori e, per quelli maggiori, di due soli mandatarî.

II) *“Violazione e falsa applicazione dell’art 101, d.lgs. n. 36/2023. Violazione e falsa applicazione degli artt. 11 e 13 del disciplinare di prequalifica. Eccesso di potere per errore di fatto e di diritto, errore nei presupposti, difetto d’istruttoria e di motivazione, sviamento, ingiustizia”.*

Alla luce della non perfetta coerenza dei documenti presentati da Cellnex Italia rispetto alle richieste avanzate in sede di soccorso istruttorio dalla Stazione appaltante, quest’ultima avrebbe dovuto chiedere ulteriori precisazioni o chiarimenti alla concorrente, così permettendo alla stessa di fornire delucidazioni sulla documentazione prodotta in gara, che avrebbero consentito di risolvere positivamente la questione concernente i pieni poteri rappresentativi in capo al firmatario dei contratti di avvalimento. In particolare, la traduzione giurata delle procure depositata in gara risulterebbe ambigua nella trasposizione, dalla lingua spagnola alla lingua italiana, della locuzione *“de forma solidaria”* utilizzata per i procuratori del Gruppo A) e del Gruppo B) per atti sino ad un valore di € 6.000.000,00. Tale locuzione, come risulterebbe acclarato dalla seconda traduzione giurata presentata da Cellnex Italia unitamente all’istanza di autotutela, andrebbe più correttamente tradotta *“in maniera anche disgiunta tra loro”*.

III) “Violazione e falsa applicazione dell’art. 1398 e 1399 c.c., violazione e falsa applicazione dell’art. 13 del disciplinare. Eccesso di potere per errore di fatto e di diritto, errore nei presupposti, difetto d’istruttoria e di motivazione, sviamento, ingiustizia”.

Nella prospettazione della ricorrente, anche sostenendo, alla stregua di quanto fatto dall’Amministrazione, che i contratti di avvalimento siano stati firmati in assenza o oltre il limite dei poteri conferiti al procuratore, comunque essi non sarebbero inesistenti o invalidi bensì inefficaci, in quanto stipulati da un *falsus procurator*. Ne conseguirebbe che sarebbe possibile la ratifica degli stessi accordi da parte dell’interessato, la quale, ai sensi dell’art. 1399 c.c., avrebbe effetto retroattivo.

3. Si è costituita in giudizio la Regione, evidenziando, da un lato, l’irricevibilità e inammissibilità del primo motivo di ricorso nella parte in cui viene censurata l’eccessiva brevità del termine utile per la presentazione delle offerte di partecipazione, a seguito delle modifiche apportate al disciplinare di prequalifica con il decreto n. 31 del 21 marzo 2024; dall’altro lato, l’infondatezza di tutte le doglianze avanzate dal ricorrente.

4. Alla camera di consiglio del 10 luglio 2024, dopo ampia discussione delle parti, la causa è stata trattenuta in decisione ai sensi degli artt. 60 e 120, comma 6, cod. proc. amm., come da avviso dato in udienza e riportato nel relativo verbale.

5. In via preliminare, devono essere vagliate le eccezioni in rito sollevate dalla Regione in relazione al primo motivo di ricorso, nella parte in cui viene lamentata la mancata proroga del termine di presentazione delle domande di partecipazione a fronte di una modificazione della *lex specialis* dal carattere, nella tesi della ricorrente, sostanziale.

Secondo la Regione, la censura della ricorrente – in base alla quale la modifica del disciplinare di prequalifica avrebbe reso incongruamente difficoltosa la sua partecipazione alla gara, stante l’irragionevole abbreviazione del termine per presentare la relativa domanda – mirerebbe a censurare l’introduzione di una clausola di fatto escludente, la quale, per giurisprudenza consolidata, è soggetta ad immediata impugnazione. Il che non sarebbe avvenuto nel caso di specie, posto che la mancata concessione della proroga del termine è stata contestata solo in sede di impugnazione degli atti successivi.

Sotto un diverso profilo, parte resistente evidenzia come Cellnex Italia abbia in ogni caso presentato la domanda di partecipazione nel termine stabilito dalla Stazione appaltante, risultando poi destinataria della richiesta di soccorso istruttorio volta all’integrazione della documentazione prodotta: ciò dimostrerebbe che la mancata proroga del termine non avrebbe penalizzato la società in sede di prequalifica, con la conseguenza che la relativa censura risulterebbe inammissibile per carenza di interesse.

5.1. Le sopra richiamate eccezioni di tardività e di inammissibilità non colgono nel segno.

Il primo motivo di ricorso, se interpretato nel suo complesso, non è volto a censurare, in via autonoma e diretta, la mancata concessione della proroga del termine per la presentazione della domanda di partecipazione. Invero il ricorrente ha inteso rilevare come la riduzione dei

tempi a disposizione per la preparazione degli allegati alla predetta domanda – riduzione reputata illegittima, in quanto contrastante con gli artt. 72, comma 2, e 92, comma 2, lett. b), del d.lgs. n. 36 del 2023 – sia stata la causa predominante dell'incolpevole errore concernente l'esatta traduzione, dallo spagnolo all'italiano, delle procure rilasciate dalle società ausiliarie ai rispettivi procuratori. Proprio questa *“condizione di altissima probabilità di andare incolpevolmente incontro a difetti della documentazione predisposta”* si sarebbe avverata nel caso di specie, posto che Cellnex Italia avrebbe dovuto reperire due traduzioni giurate delle citate procure in tempi, nella tesi attorea, irragionevolmente brevi.

Tale argomento difensivo, contenuto nell'*incipit* del primo motivo di ricorso, non rappresenta il nucleo della censura, che invece è individuabile nella contestazione dell'esclusione della ricorrente, la quale sarebbe avvenuta in forza di una lettura formalistica della traduzione giurata preparata nei ristretti tempi indicati: una lettura che Cellnex Italia ritiene essere illogica e irrazionale già sulla scorta di semplici massime di esperienza.

Pertanto, dato che la doglianza deve intendersi rivolta avverso la motivazione addotta dalla Stazione appaltante ai fini dell'estromissione della ricorrente dalla preselezione, essa deve ritenersi non solo tempestiva, in quanto l'atto di esclusione è stato impugnato entro il termine decadenziale, ma anche ammissibile, stante l'interesse concreto e attuale di Cellnex Italia a censurare quest'ultimo provvedimento.

6. Nel merito, i primi due motivi di ricorso, che possono essere esaminati congiuntamente in quanto avvinti da connessione, sono fondati nei termini di seguito esposti.

Giova rammentare come la Regione abbia escluso Cellnex Italia dalla gara contesa a seguito della verifica delle traduzioni giurate delle procure rilasciate dalle società ausiliarie, Retevision, con sede a Madrid, e Tradia Telecom, con sede a Barcellona, a favore dei propri procuratori, tra cui il sig. Battiferri, vale a dire il soggetto che ha firmato i contratti di avvalimento nonché gli atti di impegno con la Stazione appaltante. Dette traduzioni, asseverate con giuramento dinanzi al Tribunale di Roma il 26 aprile 2024, sono state prodotte in pari data dalla società ricorrente in sede di soccorso istruttorio, unitamente alle procure originali, al fine di dimostrare la legittimazione del sig. Battiferri a contrarre in nome e per conto delle società ausiliarie.

La verifica dei poteri rappresentativi del firmatario dei contratti di avvalimento è avvenuta sul testo della traduzione giurata delle procure, e non su quello originale in lingua spagnola, in quanto il disciplinare di prequalifica, al paragrafo 10.1, ha stabilito che *“tutta la documentazione da produrre deve essere in lingua italiana”*, con la specificazione che *“in caso di mancanza, incompletezza o irregolarità della traduzione della documentazione amministrativa, si applica il soccorso istruttorio”*.

Le due procure fornite da Cellnex Italia – l'una riguardante la società Retevision, l'altra la società Tradia Telecom – hanno un contenuto sovrapponibile, almeno con riguardo agli aspetti qui in contestazione: trattasi infatti di operatori economici facenti parte del medesimo gruppo societario internazionale, quindi accomunati dalla medesima *governance*.

Con riguardo all'oggetto di entrambe le procure, deve precisarsi – stando alla traduzione

giurata del 26 aprile 2024 – che in esse i mandatari sono riuniti in tre gruppi: A), B), C); il sig. Battiferri è inserito nel gruppo B). Tra i poteri dei mandatari, indicati nella sezione d), è ricompreso quello di “*Rappresentanza e ingaggi nell’ambito di aste e gare pubbliche e private*”. Quanto invece al “*Regime di intervento dei procuratori*”, le procure stabiliscono che “*le attribuzioni descritte nelle sezioni d) [...] possono essere esercitate come segue: (i) in maniera congiunta e solidale dai procuratori del Gruppo A) con un limite di importo pari a 6.000.000. - € (ii) in maniera congiunta e solidale dai procuratori del Gruppo B) con un limite di importo pari a 6.000.000. - €, (iii) in maniera congiunta e solidale dai procuratori del Gruppo C) con un limite di importo pari a 300.000. - €, (iv) in maniera congiunta tra due qualunque dei procuratori dei gruppi A) e B), senza limite di importo, purché ciascuno dei procuratori appartenga a un Gruppo diverso*”.

In forza del tenore letterale della suddetta traduzione giurata, la Stazione appaltante ha escluso Cellnex Italia dalla preselezione rilevando come il sig. Battiferri fosse privo del potere di rappresentanza delle società ausiliarie. Secondo l’Amministrazione, infatti, i contratti di avalimento, per essere efficaci, avrebbero dovuto essere sottoscritti non solo dal medesimo sig. Battiferri, ma anche da tutti gli altri procuratori appartenenti al gruppo B) o da un altro procuratore appartenente al Gruppo A).

6.1. A tal riguardo, il Collegio ritiene che il testo della traduzione giurata delle due procure lasci profonde incertezze in ordine all’esercizio dei poteri rappresentativi in materia di gare pubbliche, di contro a quanto sostenuto dalla parte resistente.

Con riguardo agli impegni di spesa inferiori a € 6.000.000,00, il testo tradotto prevede che i procuratori del gruppo B) debbano intervenire “*in maniera congiunta e solidale*”. A ben vedere, il provvedimento di esclusione di Cellnex Italia dalla procedura in esame valorizza soltanto la prima modalità di intervento dei procuratori, espressa con la formula “*in maniera congiunta*”, senza tuttavia rilevare come essa si ponga in contraddizione con la seconda modalità di esercizio della rappresentanza, resa con la formula “*in maniera [...] solidale*”.

I due modi di esercizio del potere – seppur affiancati dal traduttore in modo da formare un’unica espressione linguistica, in forma di endiadi – rimandano invero a concetti giuridici dal contenuto eterogeneo. Nonostante entrambi gli attributi afferiscano al profilo di attuazione dell’obbligazione, tuttavia il termine “*congiunta*” si riferisce all’esecuzione dell’obbligazione in forma congiunta da parte di tutti i debitori mentre il termine “*solidale*” all’esecuzione rimessa per la totalità in capo a uno solo di essi. Traslando tale rilievo sul terreno dell’esercizio del potere di firma, deve osservarsi come la modalità “*congiunta*” richieda la firma di tutti i procuratori mentre, all’opposto, la modalità “*solidale*” ritenga sufficiente, per incidere sulla sfera giuridica dell’interessato, la spendita del potere di rappresentanza da parte di un unico procuratore.

D’altra parte, che la clausola della procura, come risultante dalla traduzione prodotta nell’ambito del soccorso istruttorio, presenti delle evidenti ambiguità è desumibile anche dagli esiti irragionevoli a cui conduce la sua interpretazione letterale, qualora incentrata – come compiuto dalla Stazione appaltante – soltanto sulla modalità “*congiunta*”. In forza di tale interpretazione, per impegni di spesa inferiori a € 6.000.000,00 sarebbe necessario l’esercizio

del potere di firma da parte di tutti i procuratori iscritti nel gruppo B) – vale a dire sei soggetti, nel caso di Retevision, e cinque soggetti, nel caso di Tradia Telecom – mentre, per impegni di spesa superiori a tale ammontare, sarebbe sufficiente l'intervento di due soli procuratori, purché appartenenti a gruppi diversi.

Sebbene le modalità di esercizio del potere di rappresentanza siano rimesse all'autonomia delle parti, deve comunque evidenziarsi che, nell'interpretazione del negozio giuridico, l'elemento letterale va integrato con gli altri criteri esegetici, tra cui la buona fede, la quale mira a salvaguardare lo scopo pratico perseguito dai paciscenti, privilegiando una lettura ragionevole del regolamento negoziale. Ciò precisato, risulta per l'appunto irragionevole ritenere che una società conferisca il potere di rappresentanza, in modalità congiunta, a cinque o sei procuratori per la sottoscrizione di contratti dal valore fino a € 6.000.000,00 mentre, per contratti di qualsiasi importo, quindi anche superiore alla predetta somma, reputi sufficiente l'intervento di due soli mandatarî, ancorché appartenenti a gruppi diversi.

Sulla scorta di quanto sopra esposto, è verosimile ritenere – come sostenuto dalla ricorrente – che la traduzione giurata prodotta in gara il 26 aprile 2024 presenti delle ambiguità nella trasposizione, dalla lingua spagnola alla lingua italiana, della locuzione “*de forma solidaria*”, utilizzata nel testo originale di entrambe le procure per i mandatarî del gruppo A) e del gruppo B) in ordine ad impegni di spesa con valore sino a € 6.000.000,00.

È invece maggiormente rispondente ai principi di logicità e ragionevolezza ritenere che detta locuzione spagnola vada tradotta “*in maniera anche disgiunta tra loro*”, come risulta dalla seconda traduzione giurata presentata da Cellnex Italia alla Stazione appaltante con l'istanza di autotutela prot. n. 289387 del 17 giugno 2024. Tale conclusione è rafforzata dal fatto che, nel testo originale delle procure, è usata l'espressione “*de forma mancomunada*” laddove viene richiesta la sottoscrizione di due procuratori appartenenti a gruppi diversi, ad indicare la necessità di una firma congiunta degli stessi, mentre per le operazioni di importo inferiore a € 6.000.000,00 è utilizzata la formula “*de forma solidaria*”, senza specificare un numero minimo di procuratori né richiedere il loro intervento contestuale: il che è coerente con l'assegnazione di un potere di firma disgiunta in capo a ciascun mandatario afferente al gruppo A) o al gruppo B).

D'altra parte, la circostanza che la legge di gara richiedesse, al paragrafo 10.1, il deposito di tutti gli atti a corredo della domanda di partecipazione in lingua italiana non impedisce di utilizzare il testo originale dei documenti depositati dalla concorrente (nel caso di specie, le procure in spagnolo delle società ausiliarie) ai fini della corretta interpretazione della relativa traduzione giurata. Testo originale che, nella vicenda in esame, permette effettivamente di mettere in dubbio la correttezza della traduzione resa con l'espressione “*in maniera congiunta e solidale*”, dato che, all'evidenza, la corrispondente formula “*de forma solidaria*” non contiene alcun riferimento all'esercizio congiunto del potere di firma.

6.2. Alla luce dell'oscurità del testo della traduzione giurata prodotta in gara dalla concorrente, la Stazione appaltante avrebbe dovuto riattivare il soccorso istruttorio al fine di chiedere all'operatore economico ulteriori precisazioni o chiarimenti in ordine alla latitudine del potere di firma in capo al sig. Battiferri. Ciò avrebbe permesso a Cellnex Italia di chiarificare, senza un

aggravio dei tempi del procedimento, il significato della formula atecnica utilizzata dal primo traduttore, mediante il deposito di una diversa traduzione giurata più fedele al testo originale delle due procure (come peraltro compiuto dall'odierna ricorrente in sede di istanza di annullamento in autotutela della propria esclusione).

A tal proposito, è opportuno chiarire che *“l’istituto del soccorso istruttorio obbedisce, per vocazione generale (cfr. art. 6 l. n. 241/1990), ad una fondamentale direttiva antiformalistica che guida l’azione dei soggetti pubblici ed equiparati. Con riguardo alle procedure di evidenza pubblica, esso si fa carico di evitare, nei limiti del possibile, che le rigorose formalità che accompagnano la partecipazione alla gara si risolvano – laddove sia garantita la paritaria posizione dei concorrenti – in disutile pregiudizio per la sostanza e la qualità delle proposte negoziali in competizione e, in definitiva, del risultato dell’attività amministrativa”* (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 21 agosto 2023, n. 7870).

I principi ispiratori dell’istituto – che ha visto accresciuta la sua centralità nel nuovo Codice dei contratti pubblici – devono individuarsi, da un lato, nella buona fede, che in generale (ex art. 2-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241) informa i rapporti dell’amministrazione con i cittadini e le imprese, e nel *favor participationis*; dall’altro lato, nella *par condicio*, posto che il soccorso istruttorio non deve permettere al concorrente cui è imputabile l’omissione di modificare il contenuto tecnico-economico della propria offerta.

Affinché tali principi generali ricevano piena attuazione, l’Amministrazione è tenuta, qualora dalla documentazione integrativa residuino margini di incertezza facilmente superabili, a chiedere al concorrente ulteriori chiarimenti, in vista del raggiungimento del miglior risultato possibile in termine di apertura al mercato concorrenziale, specie qualora la legge di gara espressamente consenta, come nel caso di specie, la riattivazione del soccorso istruttorio nel caso in cui permangano criticità nella documentazione presentata dall’operatore economico.

Il paragrafo 11 del disciplinare di prequalifica, infatti, stabilisce che *“ove il concorrente produca dichiarazioni o documenti non perfettamente coerenti con la richiesta, la stazione appaltante può chiedere ulteriori precisazioni o chiarimenti, limitati alla documentazione presentata in fase di soccorso istruttorio, fissando un termine a pena di esclusione”*.

Pertanto, il Collegio condivide e ritiene di dare continuità all’indirizzo della giurisprudenza per il quale *“sotto il profilo materiale e fattuale, la produzione, per errore, di un documento «sbagliato» o «parziale» non è identificabile con l’assoluta inerzia dell’impresa soccorsa”*, con l’ulteriore rilievo che *“i principi generali [...] inducono, senz’altro, a ritenere possibile, anche dopo l’attivazione del soccorso istruttorio – e, comunque, in ragione degli esiti di questo – un dialogo con l’operatore economico finalizzato a consentire la presentazione di ulteriori chiarimenti e precisazioni, per essere i primi non adeguati né esaustivi delle richieste della stazione appaltante”*. Ciò a maggior ragione nel caso in cui il *“disciplinare di gara non solo consentiva un soccorso istruttorio di doppio grado (con una seconda fase volta a completare eventuali incongruenze della prima) ma ammetteva che [l’Amministrazione] potesse invitare, se necessario, i concorrenti a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati, anche al di fuori delle ipotesi di cui all’articolo 83, comma 9, del [d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50]”* (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 12 dicembre 2023, n. 10718; cfr.,

altresì, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 6 febbraio 2024, n. 2234).

Peraltro, la riattivazione del soccorso istruttorio, nel caso qui in discussione, rappresenta una diretta applicazione del principio del risultato sostanziale, alla cui attuazione è funzionale la libera concorrenza tra le imprese, che, nell'attuale contesto normativo, rappresenta un super principio in quanto criterio interpretativo e applicativo di tutte le disposizioni del nuovo Codice dei contratti pubblici: proprio per tale funzione teleologica, esso ricopre valenza precettiva e non meramente programmatica.

Ebbene, il miglior risultato, in vista dell'affidamento del contratto in esame, è conseguibile proprio consentendo a Cellnex Italia di chiarire i dubbi in ordine alla documentazione integrativa dalla stessa depositata nel soccorso istruttorio, concernenti una questione (ossia i limiti del potere di rappresentanza del firmatario dei contratti di avvalimento) facilmente verificabile dalla Stazione appaltante mediante la richiesta di precisazioni sull'esatta portata delle procure rilasciate dalle società ausiliarie. Procure che, nella loro versione conforme all'originale, la ricorrente ha depositato entro il termine indicato dalla Regione, dimostrando così piena disponibilità collaborativa.

7. La fondatezza delle censure sopra esaminate determina l'assorbimento del terzo motivo di ricorso, stante la piena soddisfazione dell'interesse sotteso al gravame.

8. In definitiva, il ricorso va accolto e, per l'effetto, va annullato il provvedimento di esclusione di Cellnex Italia, con dovere dell'Amministrazione di riammettere la stessa società alla gara previo, ove ancora necessario, completamento della procedura di soccorso istruttorio, in modo idoneo a consentire la piena dimostrazione dell'efficacia dei contratti di avvalimento stipulati dalla concorrente con le società Retevision e Tradia Telecom.

9. Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese del giudizio, in ragione della particolarità e della complessità delle questioni oggetto di causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla il provvedimento di esclusione di Cellnex Italia s.p.a. dalla procedura di gara e, *in parte qua*, gli altri atti impugnati ad esso presupposti, con dovere dell'Amministrazione di riammettere la ricorrente alla stessa procedura di gara previo, ove ancora necessario, completamento del soccorso istruttorio.

Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 10 luglio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Leonardo Pasanisi, Presidente

Filippo Dallari, Primo Referendario

Alberto Ramon, Referendario, Estensore

Guida alla lettura

Con la sentenza epigrafata, la Sezione Prima del Tar Veneto opera un'attenta disamina dell'**istituto del soccorso istruttorio** - di cui all'**art. 101 D. Lgs n. 36/2023** - letto in combinato disposto con il **principio** – di portata innovativa – **del risultato** di cui all'**art. 1 D. Lgs cit.**

In particolare, ritiene il Collegio **che il soccorso istruttorio sia diretta derivazione**, non solo, del generale **principio di buona fede**, che deve impermeare i rapporti tra privato e P.A alla stregua delle note disposizioni di cui alla L. n. 241/1990, ma, anche, di quello – più specifico ed attuale – di **favor participationis, par condicio e risultato**, soprattutto nelle procedure di evidenza pubblica.

Tanto premesso in termini generali ed astratti, la pronuncia sottolinea il **dovere dell'Amministrazione** - nella sussistenza dei correlati presupposti - **di attivare l'istituto di cui all'art. 101 D.Lgs n. 36, cit. e, per l'effetto, di richiedere al concorrente ulteriori chiarimenti nell'ipotesi in cui dalla documentazione presentata e da quella integrativa (tuttavia) residuino margini di incertezza facilmente superabili onde favorire proprio il raggiungimento del miglior risultato possibile in termini pro-concorrenziali.**

In particolare, tali coordinate ermeneutiche ben si attagliano alla fattispecie oggetto della pronuncia in commento, avendo la Stazione appaltante (illegittimante):

a. optato per una lettura (di poi annullata dall'adito Collegio) eccessivamente formalistica dei documenti di gara presentati dalla ricorrente in sede di offerta;

b) omesso di riattivare il soccorso istruttorio sì come, di contro, previsto dalla propria *lex specialis* di gara. Ivi, infatti, il disciplinare non solo consentiva un soccorso istruttorio di doppio grado (con una seconda fase volta a completare eventuali incongruenze della prima) ma ammetteva che l'Amministrazione potesse invitare, se necessario, i concorrenti a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati, anche al di fuori delle ipotesi "classiche" di soccorso istruttorio.

Nell'interessante pronuncia in commento, il Collegio reitera anche il principio – già arato da precedente giurisprudenza – alla stregua del quale **sotto il profilo materiale e fattuale, la produzione, per errore, di un documento «sbagliato» o «parziale» non sia identificabile con l'assoluta inerzia dell'impresa soccorsa, con l'ulteriore rilievo che i principi generali di cui al nuovo codice appalti inducono, senz'altro, a ritenere possibile, anche**

dopo l'attivazione del soccorso istruttorio – e, comunque, in ragione degli esiti di questo – un dialogo con l'operatore economico finalizzato a consentire la presentazione di ulteriori chiarimenti e precisazioni, per essere i primi non adeguati né esaustivi delle richieste della stazione appaltante.

Il Collegio si sofferma, poi, sul soccorso istruttorio quale diretta applicazione del super **principio** - interpretativo e applicativo - **del risultato sostanziale**, alla cui attuazione è funzionale la **libera concorrenza tra le imprese**.

Orbene, da tanto ne deriva - nella fattispecie oggetto del giudizio - che l'affidamento del contratto sarebbe stato conseguibile proprio consentendo alla ricorrente di chiarire eventuali dubbi in ordine alla documentazione integrativa dalla stessa depositata nel soccorso istruttorio "principale". Dubbi concernenti una questione concreta facilmente verificabile dalla Stazione appaltante mediante la richiesta - illegittimamente pretermessa - di precisazioni sull'esatta portata della documentazione prodotta.