

La funzione sostanzialista dell'articolo 104, comma 4. , del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36

di Marco Natoli

Data di pubblicazione: 7-5-2025

L'avvalimento premiale è strettamente collegato all'offerta tecnica, e, di conseguenza, ne costituisce un allegato da inserire nella relativa busta.

L'articolo 104, c. 4, del d.lgs. 36/2023, deve essere interpretato, come, del resto, tutte le disposizioni contenute nello stesso codice dei contratti pubblici, secondo i principi del risultato e della fiducia, che guidano l'interprete e sono immanenti al sistema. Tali criteri rappresentano vere e proprie coordinate ermeneutiche che il soggetto pubblico ed ogni operatore economico devono sempre tenere in considerazione non solo nella interpretazione delle norme, ma anche nella applicazione al caso pratico.

In tal modo viene a realizzarsi uno specifico canone di funzionalità, per il quale la forma cede rispetto alla sostanza, che è quella del miglior esito cui devono tendere tutti gli intervenienti alla procedura.

*Anche la giurisprudenza più recente attribuisce **valore centrale al principio del risultato**, quale criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto.*

Guida alla lettura

Con l'entrata in vigore del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 (Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici come integrato e modificato dal [decreto legislativo 31 dicembre 2024, n. 209](#)), dottrina e giurisprudenza si sono ampiamente soffermate sui cosiddetti "super-principi" di tale norma: quelli del risultato (art.1), della fiducia (art.2), e dell'accesso al mercato (art.3).

In particolare, i principi del "risultato" e della "fiducia" devono guidare la stazione appaltante nelle scelte discrezionali, in modo da raggiungere il favorevole esito sostanziale. Quindi, il miglior soddisfacimento possibile dell'interesse pubblico che si intende perseguire, superando così una lettura inutilmente rigida delle regole.

Tali basilari e fondamentali dettami sono stati recentemente esaminati dal [TAR Sicilia Catania, Sez. II, 2 aprile 2025, n.1123](#)

Con tale pronuncia il tribunale amministrativo regionale siciliano ha valorizzato i suddetti criteri al fine di censurare la decisione di una **stazione appaltante**. Quest'ultima ha **escluso dal punteggio un avvalimento premiale allegato all'offerta tecnica anziché alla domanda di partecipazione**. Di conseguenza il citato Tar Sicilia ha dato ragione al concorrente penalizzato.

Nello specifico, secondo il Collegio, la stazione appaltante ha compiuto una **lettura totalmente formalistica dell'art. 104, co. 4, del Codice, non funzionale al miglior raggiungimento dell'interesse pubblico.**

Nella fattispecie all'esame dei magistrati catanesi, questi ultimi hanno precisato che, con riferimento al sopraindicato avvalimento premiale, **il punteggio è sempre riconosciuto anche se il contratto è inserito nell'offerta tecnica.**

A sostegno della propria tesi, il Collegio ha ricordato, come detto, la funzione esplicita dai suddetti principi.

A tal proposito si rammenta come la principale giurisprudenza abbia ritenuto che i sopra richiamati principi del *risultato* e della *fiducia* siano palesemente collegati tra di loro. In sintesi, la selezione pubblica è indirizzata a soddisfare pienamente l'intervento pubblico nel modo più rispondente agli interessi della collettività.

Tale situazione si è verificata, in particolare, nell'ipotesi di specie dell'eccessiva rigidità della piattaforma informatica approntata per la presentazione delle offerte, insieme all'eccessivo formalismo con cui la stazione appaltante aveva gestito la gara. Peraltro, il Supremo Organo di giustizia amministrativa^[2] ha precisato che i criteri in argomento, sebbene codificati soltanto con il ricordato d.lgs. n. 36 del 2023, rappresentano comunque **principi già immanenti nell'ordinamento.**

In sintesi, il '**principio del risultato**' costituisce **criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto.** In sostanza, tutti gli enti committenti devono orientare le proprie scelte discrezionali verso il raggiungimento del risultato sostanziale, a scapito, come ricordato, di una lettura meramente formale della norma da applicare.

Il '**principio della fiducia**', a sua volta, intende **valorizzare l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, ampliando i poteri valutativi e la discrezionalità dell'amministrazione,** in chiave di **funzionalizzazione verso il miglior risultato possibile.**

Tuttavia, tale fiducia non può tradursi nella legittimazione di scelte discrezionali che, con riferimento ad una interpretazione formalistica delle disposizioni di gara, non ottemperano al perseguimento dello stesso interesse pubblico.

Nel caso di specie, il suddetto tribunale amministrativo regionale ha rilevato come la scelta della Commissione di non tener conto del rammentato avvalimento premiale allegato all'offerta tecnica si traduca in una lettura troppo rigida e formalistica del sopraindicato art. 104, comma 4, del d.lgs. n. 36/2023.

Peraltro – conclude la Sezione -, **l'applicazione formale** del più volte richiamato art. 104, comma 4 del d.lgs. n. 36/2023 **si scontra con l'istituto del soccorso istruttorio così come disciplinato dal precedente articolo 101 (Soccorso istruttorio)** del codice degli appalti.

Più precisamente il **comma 1, lett. a)**^[3], di tale disposizione prevede che la mancata presentazione del contratto di avvalimento e dell'impegno sia "*sanabile mediante documenti aventi data certa anteriore al termine fissato per la presentazione delle offerte*".

Publicato il 02/04/2025

N. 01123/2025 REG.PROV.COLL.

N. 01897/2024 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1897 del 2024, proposto da Society of Architecture & Engineering S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG A00C399A5C, A00C433972, rappresentata e difesa dall'avvocato Agostino Conforti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

l'Azienda Sanitaria Provinciale di Catania, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonio Saitta, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

della società 3ti Progetti Italia – Ingegneria Integrata S.p.A., rappresentata e difesa dagli avvocati Biagio Giliberti, Francesco Moroni e Pasquale Dibenedetto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
della Progen S.r.l., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- dell'aggiudicazione efficace di cui alla deliberazione dell'ASP di Catania n. 1419 del 20.09.2024, in particolare con riguardo al lotto n.1, ed in subordine al lotto n.5 con la quale sono stati approvati gli atti della gara "Affidamento servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria riguardanti la verifica della vulnerabilità sismica e progettazione esecutiva degli interventi antisismici delle strutture sanitarie dell'ASP Catania CPV 71312000-8 "Servizi di consulenza in ingegneria strutturale", le relative graduatorie e sono stati affidati i relativi servizi di Architettura e Ingegneria;
- del verbale seggio di gara n. 5 della seduta del 19.06.2024 nella parte in cui la Commissione, dopo l'apertura dell'offerta tecnica della S.A.E. srl, con riguardo alla determinazione del punteggio relativo al "Criterio 4" ha stabilito l'attribuzione del punteggio di 8, anziché 9; affermando al contempo che in relazione alla determinazione del punteggio relativo al "Criterio 5" poiché "...la dichiarazione di avvalimento e relativo contratto, non sono stati allegati alla domanda di partecipazione.." il relativo punteggio è 0 anziché 8;
- del verbale di gara n. 8 della seduta del 12.07.2024 nella parte in cui ad esito dello scrutinio delle offerte economiche ha individuato "i punteggi attribuiti ai singoli offerenti per l'Offerta tecnica".
- del verbale n.9 del 24.07.2024, nella parte in cui la commissione di gara a seguito dell'apertura dell'offerte economiche ha formulato una graduatoria provvisoria degli aggiudicatari;
- del verbale n.10 ove il RUP, in ragione della graduatoria provvisoria e dei controlli esperiti ha formulato una proposta di aggiudicazione;
- del verbale n.11 ove si è annullata la precedente graduatoria e si è riformulata altra graduatoria;
- del verbale n.12 ove in applicazione dei criteri previsti negli atti di gara veniva rideterminata la graduatoria per l'aggiudicazione dei singoli lotti;
- di tutti i verbali delle sedute pubbliche e riservate di gara, nelle parti in cui illegittimamente non si è tenuto conto dell'esatto punteggio da attribuire all'offerta tecnica presentata dalla ricorrente;
- del diniego frapposto dalla committenza rispetto all'istanza di riesame del 29.07.2024, di cui alla nota del 31.07.2024 prot. n. 171521;

NONCHÉ

- per l'accoglimento della domanda di aggiudicazione dell'appalto in favore dell'odierna ricorrente quale migliore offerente per il Lotto n.1, ovvero in subordine per il Lotto n.5 nella graduatoria delle offerte validate, e la stipula del conseguente contratto (tutela in forma

specificata), e nell'ipotesi in cui nelle more del giudizio venisse stipulato il contratto:

- per la declaratoria di inefficacia del contratto stesso, ai sensi e per gli effetti degli artt. 121 del D. Lgs. n.104/2010;
- per l'accoglimento della conseguente domanda di subentro, che fin d'ora pure, in quanto occorra, formalmente si esplicita;

NONCHÉ ANCORA

nelle subordinate ipotesi in cui non venissero conseguiti l'aggiudicazione ed il contratto,

- per l'accoglimento della domanda di condanna della Stazione Appaltante al risarcimento per equivalente monetario per la refusione dei danni subiti e subendi a causa dei provvedimenti impugnati, nella misura che, si indica già nel 20 % dell'importo a base d'asta del contratto (15% per lucro cessante e 5% per perdita di qualificazione e di chances), ovvero nella maggiore o minore somma che risulterà in corso di giudizio, con espressa riserva di ulteriormente dedurre, precisare e comprovare, in ogni caso oltre interessi legali e rivalutazione monetaria trattandosi di debito di valore.
- in via subordinata ed ove occorra, del bando, del disciplinare e di ogni altra norma, clausola, documento e atto di gara, anche al fine di vederne dichiarata in parte qua ed in subordine l'illegittimità, l'inefficacia, e/o la nullità;
- di ogni altro atto e/o provvedimento preordinato, connesso e conseguente, se ed in quanto lesivo degli interessi della ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Sanitaria Provinciale di Catania e di 3ti Progetti Italia – Ingegneria Integrata S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 gennaio 2025 la dott.ssa Agata Gabriella Caudullo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso notificato il 19 ottobre 2024 la Society of Architecture & Engineering S.r.l.

(S.A.E. s.r.l.) ha impugnato la deliberazione n. 1419 del 20 settembre 2024 di approvazione degli atti di gara relativi alla procedura di “Affidamento servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria riguardanti la verifica della vulnerabilità sismica e progettazione esecutiva degli interventi antisismici delle strutture sanitarie dell'ASP Catania”, limitatamente ai lotti 1 e 5.

La società ricorrente premette in punto di fatto quanto segue:

- l'ASP di Catania ha indetto una procedura ristretta, suddivisa in 13 lotti, per l'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria riguardanti lo “Studio di vulnerabilità sismica e progettazione esecutiva degli interventi antisismici” delle strutture sanitarie dell'Azienda Sanitaria Provinciale di Catania;

- così come previsto dal bando di gara (secondo cui le imprese avrebbero potuto partecipare a tutti i lotti ma risultare aggiudicatari di uno soltanto), la S.A.E. s.r.l. ha presentato la propria istanza di partecipazione per tutti i lotti e con lettera di invito del 30 aprile 2024 è stata invitata a presentare la propria offerta e la documentazione prevista dal disciplinare di gara;

- ai fini dell'attribuzione dei punteggi previsti del disciplinare di gara ha allegato all'offerta tecnica un contratto di avvalimento “premiale” e le relative dichiarazioni di avvalimento dell'ausiliario e dell'ausiliata. In particolare, in relazione al criterio 5 , “*collaudi per strutture di edifici in zona sismica in uso alla pubblica amministrazione o privati (classe d'uso III e IV del D.M. MIT 17/01/2018 art. 2.4.2.)*”, ha dichiarato: “- adeguamento sismico ed efficientamento energetico di un edificio scolastico scuola secondaria di I grado di viale della Repubblica – località Camigliatello Silano – Comune di Spezzano della Sila (CS) – arch. Giuseppe Pagnotta; - adeguamento sismico ed efficientamento energetico scuola primaria di via C. Calvelli – Comune di Aprigliano (CS) – arch. Giuseppe Pagnotta”;

- tuttavia, nella seduta del 19 giugno 2024 (v. verbale n. 5), la Commissione, riscontrata l'esistenza solo all'interno della busta contenente l'offerta tecnica del suddetto contratto di avvalimento, ha ritenuto di non poter attribuire il corrispondente punteggio in quanto *la dichiarazione di avvalimento e relativo contratto non sono stati allegati alla domanda di partecipazione alla gara*. In relazione al criterio 5 ha attribuito, pertanto, alla S.A.E. un punteggio pari a 0;

- la Commissione ha attribuito, inoltre, alla ricorrente, in relazione al criterio 4 (*collaudi per strutture di edifici in zona sismica in uso alla Pubblica Amministrazione o privati Classe d'uso II del D.M. MIT 17/01/2018 Art. 2.4.2)*, un punteggio pari a 8 in luogo dei 9 punti che le sarebbero, invece, spettati.

Rappresenta la ricorrente di avere richiesto alla Commissione, con apposita istanza del 29 luglio 2024, di riesaminare i punteggi attribuiti contestando l'omessa valutazione: a) in relazione al criterio 5, dei servizi espletati dall'architetto Pagnotta di cui al contratto di avvalimento premiale; b) in relazione al criterio 4, del collaudo statico dell'arch. Mario Pio Longo, riferito all'intervento di “realizzazione struttura di collegamento in C.A. tra gli immobili di proprietà Sangermano-Guccione”.

Con nota del 31 luglio 2024, la Commissione ha riscontrato suddetta istanza rappresentando quanto segue:

- a) di aver applicato l'art. 104 comma 4 del D.lgs. n. 36/2023 che imporrebbe all'operatore economico di allegare il contratto di avvalimento alla domanda di partecipazione non rilevando la tipologia di procedura di scelta del contraente in concreto espletata;
- b) di aver ritenuto di non poter tenere conto del collaudo statico relativo all'intervento di realizzazione di una struttura di collegamento in c.a., in quanto essa non rientrerebbe nella definizione di edificio entro cui è stata perimetrata la valutazione dei servizi indicati dagli offerenti. In ogni caso la mera attribuzione di un punto aggiuntivo non inciderebbe sulla graduatoria e non consentirebbe alla S.A.E. di conseguire l'aggiudicazione del lotto 1.

In data 2 settembre 2024 (verbale n. 12), dopo una prima riformulazione delle graduatorie di ciascuno dei tredici lotti in gara, effettuata in data 6 agosto 2024, e dopo aver altresì disposto l'esclusione di uno degli operatori economici risultati aggiudicatari, la Commissione ha riformulato le graduatorie individuando quali aggiudicatari del lotto n. 1 e del lotto n. 5 rispettivamente la Progen s.r.l. e la 3TI Progetti Italia – Ingegneria Integrata s.p.a.

Con deliberazione del 20 settembre 2024 è stata approvata la graduatoria e disposta l'aggiudicazione.

2. La società ricorrente rileva in via preliminare che:

- l'attribuzione dei punteggi indicati (9 anziché 8 per il criterio n. 4 e 8 anziché 0 per il criterio n. 5) le consentirebbe di collocarsi al primo posto della graduatoria del lotto n. 1, con un punteggio complessivo pari a 87,8, superiore a quello della Progen s.r.l. pari 87,7167;
- in subordine, anche il solo riconoscimento degli 8 punti relativi al criterio n. 5 le consentirebbe di conseguire l'aggiudicazione relativa al lotto n. 5 con un punteggio complessivo pari a 86,87, superiore a quello della 3TI Progetti Italia – Ingegneria Integrata s.p.a., pari a 86,088.

3. Ciò premesso, la ricorrente lamenta la illegittimità dei provvedimenti impugnati sotto i profili della violazione di legge (artt. 72, 104 e 222 nonché 1 e 2 del D.lgs. n. 36/2023), eccesso di potere da sviamento della causa tipica, arbitrarietà manifesta, violazione di principi di segretezza delle offerte e di *par condicio*, violazione del paragrafo 7 e del paragrafo 9 del disciplinare di gara.

I. Espone la ricorrente di aver partecipato alla procedura ristretta essendo in possesso di tutti i requisiti previsti dalla *lex specialis*.

Ha quindi allegato all'offerta tecnica il contratto di avvalimento conformemente a quanto previsto dal disciplinare, ai sensi del quale "Nella fase di presentazione dell'offerta tecnica (allegato 3), il concorrente dovrà compilare l'allegato modello che costituisce autodichiarazione del numero di attività professionali di direzione lavori, progettazione, collaudi e verifiche di vulnerabilità eseguite e a cui verrà assegnato il corrispondente punteggio ..."

(paragrafo 9.1).

La Commissione ha ritenuto tardiva tale allegazione assumendo che il concorrente avrebbe dovuto dichiarare di voler avvalersi dei requisiti di un terzo sin dalla prima fase senza tener conto del fatto che la fase di prequalifica costituisce una fase prodromica alla gara vera e propria che serve solo ad individuare la platea dei concorrenti in possesso dei prescritti requisiti.

L'assunto sarebbe del tutto erroneo e tale da violare il principio di segretezza dell'offerta in quanto il concorrente sarebbe stato in tal modo costretto a disvelare i contenuti della stessa, non tenendo conto della natura del contratto di avvalimento premiale, come introdotto dal d.lgs. 36/2023, art. 104 comma 4.

II. Ai sensi dell'art. 222 comma 2 del Codice, l'ANAC con delibera n. 309 del 27 giugno 2023 ha approvato il "Bando tipo avente ad oggetto Procedura aperta per l'affidamento di contratti pubblici di servizi e forniture nei settori ordinari di importo superiore alle soglie europee con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo" (cd. Bando Tipo 1/2023).

Con riferimento al contratto di avvalimento premiale nel bando tipo, è precisato che l'offerta tecnica debba contenere, *a pena di esclusione, i seguenti documenti; ... b) in caso di avvalimento premiale, contratto di avvalimento* (art. 16 disciplinare).

III. Negli atti di gara peraltro non è espressamente stabilito che il contratto di avvalimento dovesse essere allegato alla domanda di partecipazione potendosi anzi desumere dalle disposizioni della *lex specialis* che tale contratto dovesse essere prodotto insieme all'offerta tecnica.

IV. Osserva ancora la ricorrente che il contratto d'avvalimento premiale allegato all'offerta tecnica riporta una data antecedente alla scadenza del termine di presentazione delle istanze di partecipazione.

La Commissione pertanto avrebbe dovuto ispirare le proprie scelte al raggiungimento del risultato sostanziale piuttosto che ad una lettura formale delle regole, tanto più tenuto conto del fatto che il contratto di avvalimento, nel caso di specie, non serviva ad integrare il possesso dei requisiti di partecipazione di cui l'operatore economico non era in possesso, ma solo ai fini dell'esecuzione dell'appalto, trattandosi di avvalimento premiale.

V. La commissione avrebbe altresì violato il paragrafo 9 del disciplinare di gara in relazione al punteggio da attribuire con riferimento al criterio n. 4.

Del tutto errata sarebbe a tal proposito l'affermazione secondo cui la realizzazione di una struttura di collegamento in c.a. non rientri nella definizione di "edificio".

Ed infatti il DPCM 20/10/2016, all'allegato A, riporta le definizioni uniformi: tra queste, al punto 32, vi è la definizione di edificio, ovvero viene considerato tale una "Costruzione stabile, dotata

di copertura e comunque appoggiata o infissa al suolo, isolata da strade o da aree libere, oppure separata da altre costruzioni mediante strutture verticali che si elevano senza soluzione di continuità dalle fondamenta al tetto, funzionalmente indipendente, accessibile alle persone e destinata alla soddisfazione di esigenze perduranti nel tempo.”

4. Con atto di mero stile depositato il 4 novembre 2024 si è costituita in giudizio la 3TI Progetti Italia – Ingegneria Integrata s.p.a.

5. Con memoria depositata il 5 novembre 2024 si è costituita in giudizio anche l’Azienda Sanitaria Provinciale di Catania insistendo per il rigetto del ricorso e depositando gli atti della procedura di gara nonché i verbali dell’8 ottobre 2024 di consegna del servizio in via d’urgenza dei lotti n. 1 e n. 5.

6. Con ordinanza n. 3911 del 25 novembre 2024 il Collegio, rilevato che *“l’eventuale accoglimento del ricorso - con l’annullamento della deliberazione impugnata ed il subentro del ricorrente nell’aggiudicazione del lotto n. 1 o del lotto n. 5 - comporterebbe, dunque, la modifica a cascata delle graduatorie dei lotti di importo inferiore nonché della deliberazione di approvazione degli atti di gara nella parte in cui individua l’aggiudicatario di ciascuno di tali lotti”* e ritenuto, conseguentemente, che *“gli attuali aggiudicatari dei lotti n. 10, 7, 3, 6 e 12 (e non solo gli aggiudicatari dei lotti n. 1 e n. 5 già evocati in giudizio) rivestano la qualità di controinteressati, in quanto potenzialmente destinatari della eventuale rimodulazione delle graduatorie dei singoli lotti e, conseguentemente, della graduatoria definitiva dei soggetti aggiudicatari”*, ha disposto l’integrazione del contraddittorio nei loro confronti assegnando alla parte ricorrente il termine perentorio di venti giorni per provvedere alla notifica del ricorso e l’ulteriore termine di giorni dieci per provvedere al deposito della prova dell’avvenuta notifica.

7. Parte ricorrente ha ottemperato all’ordinanza collegiale n. 3911/2024 provvedendo alla notifica del ricorso a tutti i controinteressati.

8. Con memoria depositata il 13 gennaio 2025 sia la 3TI Progetti Italia – Ingegneria Integrata s.p.a. che l’Azienda Sanitaria resistente, reiterando le eccezioni già formulate nel corso dell’udienza in camera di consiglio del 6 novembre 2024, hanno eccepito l’inammissibilità del ricorso per violazione dell’art. 120, comma 13, c.p.a. e la irricevibilità dello stesso per la tardiva impugnazione della nota del 31 luglio 2024 con cui la Commissione ha riscontrato, rigettandola, l’istanza di riesame presentata dalla ricorrente.

9. All’udienza pubblica del 29 gennaio 2025, in vista della quale anche la parte ricorrente ha depositato un ulteriore scritto difensivo per replicare alle eccezioni di inammissibilità sollevate dalle controparti, la causa è stata trattenuta in decisione.

10. Ritiene preliminarmente il Collegio che non siano fondate le eccezioni in rito sollevate dalla controinteressata e dall’amministrazione resistente.

10.1. In ordine alla eccepita tardività del ricorso deve, invero, osservarsi che lo stesso risulta notificato in data 19 ottobre 2024, ovvero entro il termine decadenziale previsto dall’art. 120 c.p.a., decorrente dalla deliberazione di approvazione degli atti di gara e di aggiudicazione in

favore delle controinteressate.

Non rileva che con nota del 31 luglio 2024 la Commissione aggiudicatrice, riscontrando l'istanza di riesame presentata dalla S.A.E., abbia confermato il punteggio attribuito in relazione ai criteri 4 e 5 e che, pertanto, già da questa data vi fosse piena consapevolezza dello stesso.

Secondo un consolidato orientamento della giurisprudenza che il Collegio condivide *“non sono di regola immediatamente lesivi gli atti endoprocedimentali, che rilevano ai fini dello sviluppo dell'iter procedimentale, ma non esprimono la determinazione finale dell'amministrazione, fino alla cui adozione restano sconosciuti tanto l'esito del procedimento, quanto la possibilità che esso conduca ad un provvedimento lesivo: essi, dunque, non sono suscettibili di autonoma impugnazione e possono essere contestati soltanto unitamente al provvedimento finale conseguentemente adottato. Nello specifico contesto delle gare pubbliche, l'atto di aggiudicazione definitiva presenta, poi, una sua autonomia decisoria che lo rende l'unico atto della serie procedimentale dotato di specifica portata lesiva con la conseguenza, che, ai fini della sua impugnazione, non rileva la mancata impugnazione dei precedenti atti preparatori ed endoprocedimentali, privi di altrettanto autonoma valenza lesiva e provvedimentale (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sezione V, 09 dicembre 2021, n.7912; Consiglio di Stato, sezione V, 6 maggio 2015, n. 2274)”* (T.A.R. Salerno, sez. I, sentenza n. 316 del 30 gennaio 2024).

Non sono, pertanto, immediatamente impugnabili i verbali aventi ad oggetto la valutazione delle offerte tecniche né l'eventuale riscontro della commissione di gara ad una richiesta di riesame dei punteggi attribuiti, costituendo gli stessi meri atti endoprocedimentali, privi di immediata lesività e definitività ai quali seguono, oltre alla proposta di aggiudicazione, l'approvazione dell'organo competente e la successiva aggiudicazione che, a loro volta, presuppongono un'attività di verifica da parte dell'amministrazione in ordine alla regolarità della procedura e al possesso dei requisiti di partecipazione in capo all'operatore aggiudicatario.

Non sussistendo, pertanto, alcun onere di immediata impugnazione della nota del 31 luglio 2024, il ricorso, notificato il 19 ottobre 2024, ovvero entro trenta giorni dalla data di adozione della delibera di approvazione degli atti di gara e delle graduatorie definitive, è tempestivo risultando l'eccezione di tardività del tutto destituita di fondamento.

10.2. Parimenti infondata è l'eccezione di inammissibilità del ricorso per violazione dell'art. 120 comma 13 c.p.a.

La norma appena richiamata prevede, invero, che *“Nel caso di presentazione di offerte per più lotti l'impugnazione si propone con ricorso cumulativo solo se sono dedotti identici motivi di ricorso avverso lo stesso atto”*.

Nel caso di specie la società ricorrente ha impugnato con un solo ricorso la deliberazione n. 1419 del 20 settembre 2024, nonché i presupposti verbali di valutazione delle offerte e la nota del 31 luglio 2024, relativamente ai lotti n. 1 e 5, deducendo, per entrambi i lotti, identici motivi di ricorso afferenti alla valutazione delle offerte tecniche.

La proposizione del ricorso cumulativo contro gli stessi atti relativi a più lotti, rientrando nella previsione contenuta nell'art. 120 comma 13 c.p.a., è, pertanto, ammissibile risultando conseguentemente infondata l'eccezione di inammissibilità sollevata dalle parti resistenti.

11. Tanto premesso in rito, il ricorso è fondato nei termini che di seguito si rappresentano.

12. Con riferimento al criterio n. 5 (*collaudi per strutture di edifici strategici e rilevanti in zona sismica in uso alla Pubblica Amministrazione o privati Classi d'uso III e IV del D.M. MIT 17/01/2018 Art. 2.4.2.*) la Commissione di gara ha attribuito un punteggio pari a 0, ritenendo di non dover tener conto del contratto di avvalimento stipulato dalla S.A.E. s.r.l. con l'architetto Giuseppe Pagnotta, in quanto tale contratto e la relativa dichiarazione non risultavano allegati alla domanda di partecipazione, così come previsto dall'art. 104, comma 4 del D.lgs. 36/2023.

12.1. Ritiene il Collegio che la corretta applicazione della disposizione appena richiamata al caso di specie - che, va sottolineato, riguarda un avvalimento c.d. "premierale", ovvero un contratto di avvalimento che ha lo scopo di "migliorare" l'offerta presentata - non può non tener conto dei principi declinati dal D.lgs. 36/2023 e, in particolare, del principio del "risultato" e del principio della "fiducia" previsti dagli artt. 1 e 2 del nuovo codice degli appalti e considerati dalla giurisprudenza "criteri immanenti nel sistema" tanto da essere ritenuti applicabili anche alle procedure indette nella vigenza del D.lgs. n. 50/2016 (Cons. Stato, sez. III, 15.11.2023, n. 9812; id. sez. III, 26.3.2024, n. 286).

Ai sensi dell'art. 1 del D.lgs. n. 36/2023 "*Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza*" (comma 1).

Il principio del risultato "*costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità*" (comma 3), ed è altresì "*criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto*" (art. 1, comma 4).

L'articolo 2 stabilisce a sua volta che il principio della fiducia, su cui si fonda "*l'attribuzione e l'esercizio del potere nel settore dei contratti pubblici*" (comma 1), "*favorisce e valorizza l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato*" (comma 2).

Il Consiglio di Stato, richiamando tali disposizioni, ha ritenuto che "*il principio del risultato e quello della fiducia [siano] avvinti inestricabilmente: la gara è funzionale a portare a compimento l'intervento pubblico nel modo più rispondente agli interessi della collettività nel pieno rispetto delle regole che governano il ciclo di vita dell'intervento medesimo (Cons. Stato, sez. V, n. 1294 del 2024; Cons. Stato, sez. VII, n. 5789 del 2024 che ha ritenuto che nell'ipotesi di specie l'eccessiva "rigidità" della piattaforma informatica approntata per la presentazione delle offerte, unita all'eccessivo "formalismo" con cui la stazione appaltante aveva gestito la gara, arrestata sul nascere, avessero nella sostanza frustrato i riportati principi*

che sebbene codificati soltanto con il d.lgs. n. 36 del 2023, non applicabile ratione temporis alla fattispecie, rappresentano comunque principi già immanenti dell'ordinamento (Sez. V, sentenza n. 7571 del 13 settembre 2024).

“Il ‘principio del risultato’ ‘costituisce criterio prioritario per l’esercizio del potere discrezionale e per l’individuazione della regola del caso concreto’ (art. 1, comma 4), traducendosi nel dovere degli enti committenti di ispirare le loro scelte discrezionali più al raggiungimento del risultato sostanziale che a una lettura meramente formale della norma da applicare.

Il ‘principio della fiducia’, introdotto dall’art. 2 d.lgs. n. 36 del 2023, porta a valorizzare l’autonomia decisionale dei funzionari pubblici, ampliando i poteri valutativi e la discrezionalità dell’amministrazione, in chiave di funzionalizzazione verso il miglior risultato possibile.

Tale ‘fiducia’ non può tradursi nella legittimazione di scelte discrezionali che, in ossequio ad una interpretazione formalistica delle disposizioni di gara, tradiscono l’interesse pubblico sotteso alla procedura, le quali, per contro, dovrebbero in ogni caso tendere al suo miglior soddisfacimento” (Consiglio di Stato sezione V n. 7875 del 1° ottobre 2024).

È stato chiarito, pertanto, che “la prevalenza per gli aspetti sostanziali, rispetto a quelli puramente formali, [...] deve essere valorizzata in applicazione del ‘principio del risultato’.

12.2. I principi del risultato e della fiducia costituiscono, dunque, le coordinate ermeneutiche che devono orientare l’interprete nella lettura e nella applicazione delle regole della gara che, rifuggendo da ogni rigido ed inutile formalismo, devono essere funzionali al conseguimento del miglior risultato.

12.3. Applicando al caso di specie tali coordinate ermeneutiche non può non rilevarsi come la scelta della Commissione di non tener conto di un avvalimento c.d. “premiale” allegato all’offerta tecnica si traduca in una lettura inutilmente rigida e formalistica dell’art. 104 comma 4 del d.lgs. 36/2023 ai sensi del quale *“l’operatore economico allega alla domanda di partecipazione il contratto di avvalimento in originale o copia autentica, specificando se intende avvalersi delle risorse altrui per acquisire un requisito di partecipazione o per migliorare la propria offerta ...”.*

La Commissione ha finito, invero, per penalizzare quell’offerta che risultava perseguire il risultato del migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo senza che una lettura non formalistica della norma richiamata comportasse alcuna violazione dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza.

Ed infatti, tenuto conto del fatto che l’avvalimento c.d. “premiale” mira a “migliorare” l’offerta è evidente che il contratto di avvalimento, non essendo finalizzato a dimostrare il possesso dei requisiti di partecipazione ma solo le pregresse attività professionali utili ai fini dell’attribuzione del punteggio in sede di valutazione dell’offerta tecnica, non poteva che essere inserito nella busta contenente tale offerta.

Le stesse disposizioni della *lex specialis* sono coerenti con tale conclusione.

Ed infatti, ai sensi degli articoli 9.1. e 10.2. del Disciplinare di gara, le attività professionali di direzione lavori, progettazione, collaudi e verifiche di vulnerabilità eseguite e a cui assegnare il corrispondente punteggio devono essere dichiarate in fase di presentazione dell'offerta tecnica.

Ai sensi dell'art. 7.3. del bando di gara (Criteri di aggiudicazione), la Commissione, verificata la sussistenza dei requisiti di cui al Disciplinare di gara 10.1 "BUSTA A", "*procederà all'esame della busta B e C [...] L'offerta tecnica sarà valutata sulla base di criteri di valutazione ai quali potranno essere assegnati complessivamente fino ad un massimo di punti 80 su un complessivo di 100 punti*".

Se dunque è solo dopo l'apertura della busta B che sarà valutata l'offerta tecnica, sulla base dei criteri stabiliti dal bando, è logico ritenere che è in questa busta che andrà inserito tutto quello che attiene a tali criteri, ivi compreso l'eventuale avvalimento c.d. "premiale".

12.4. Deve, peraltro, osservarsi che l'applicazione formale dell'art. 104 comma 4 del D.lgs. n. 36/2023 che la commissione ha inteso avallare si scontra con l'istituto del soccorso istruttorio così come disciplinato dal precedente articolo 101 che, al comma 1 lett. a), prevede che la mancata presentazione del contratto di avvalimento e dell'impegno sia "*sanabile mediante documenti aventi data certa anteriore al termine fissato per la presentazione delle offerte*".

Se dunque persino la mancata allegazione del contratto di avvalimento necessario ad *acquisire un requisito di partecipazione* non costituisce motivo di esclusione trattandosi di carenza soccorribile ai sensi dell'articolo 101, la scelta di non tener conto, ai fini dell'attribuzione del relativo punteggio, di un contratto di avvalimento "premiale" inserito nella busta dell'offerta tecnica, non appare, tanto più, ispirata al raggiungimento del risultato sostanziale, ma piuttosto, come chiarito, ad una lettura inutilmente rigida e formalistica formale delle regole.

Del resto, anche la successiva lettera b) del comma 1 dell'art. 101 consente di "sanare ogni omissione, inesattezza o irregolarità della domanda di partecipazione", rilevante nel caso di specie, oltre la sanatoria "del documento di gara unico europeo e di ogni altro documento richiesto dalla stazione appaltante per la partecipazione alla procedura di gara", essendo esclusa soltanto la possibilità di integrare "la documentazione che compone l'offerta tecnica e l'offerta economica"; nel caso di specie non si versa nella sanatoria dell'offerta tecnica, nel cui ambito, invece, l'avvalimento premiale è stato depositato proprio perché ad essa va riferita, di guisa che, anche per tale verso, è possibile concludere che nessuna omissione, neanche formale, è presente nella domanda di partecipazione della ricorrente.

Tale operato della stazione appaltante si pone, si ribadisce, in contrasto con i principi del "risultato" e della "fiducia" che, come già rilevato, costituiscono criteri immanenti nel sistema e sono oggi codificati dal nuovo codice degli appalti.

13. La S.A.E. s.r.l. contesta, inoltre, l'errata attribuzione, con riferimento al criterio 4 (*collaudi*

per strutture di edifici in zona sismica in uso alla Pubblica Amministrazione o privati Classe d'uso II del D.M. MIT 17/01/2018 Art. 2.4.2.), di 8 punti invece dei 9 che le sarebbero spettati ove la Commissione avesse valutato il servizio svolto dall'arch. Mario Pio Longo riguardante il collaudo statico dell'intervento avente ad oggetto la realizzazione di una "struttura di collegamento in c.a. tra gli immobili di proprietà Sangermano-Guccione - committente Guccione Mario".

La ricorrente contesta, in particolare, l'erroneità dell'assunto secondo il quale tale tipo di "struttura" non rientrerebbe nella definizione di "edificio entro cui è stata perimetrata la valutazione dei servizi indicati dagli offerenti".

Contrariamente a quanto ritenuto dalla Commissione l'opera di che trattasi rientrerebbe nella definizione di "edificio" di cui all'Allegato A, punto 32 del DPCM del 20 ottobre 2016.

La ricorrente, tuttavia, al di là della mera affermazione labiale, non ha dimostrato che l'intervento in questione possa effettivamente essere ricondotto alla tipologia di servizio oggetto di valutazione ai sensi del punto II.7.3. Criterio 4 del bando di gara.

Pur avendo dato atto di aver riscontrato, in data 27 giugno 2024, una richiesta di chiarimenti "in ordine ai due servizi svolti dall'Arch. Mario Pio Longo" non ha, invero, nemmeno versato in atti tali chiarimenti.

Come condivisibilmente affermato, "ai sensi dell'art. 64, comma 1, c.p.a. spetta alle parti l'onere di fornire gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità riguardanti i fatti posti a fondamento delle domande e delle eccezioni; il reticolo normativo del codice del processo amministrativo in materia di onere della prova richiama l'art. 2697 c.c., secondo cui chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento, mentre chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda; il principio che domina il regime di acquisizione delle prove, anche nel processo amministrativo, è quindi scolpito dal brocardo "onus probandi incumbit ei qui dicit" (Cons. di St., sez. IV, 22/08/2018, n. 5030)" (T.A.R. Napoli, sez. III, sentenza n. 6755 del 6 dicembre 2023).

In difetto di tale dimostrazione, il motivo deve essere, pertanto, rigettato.

14. Alla luce di quanto rilevato, il punteggio attribuito all'offerta tecnica della S.A.E. s.r.l. deve essere corretto, in relazione al criterio n. 5, con l'attribuzione di 8 punti per i servizi di collaudo su edifici in classe d'uso III e IV espletati dall'ausiliario, arch. Giuseppe Pagnotta. Nessun punteggio aggiuntivo deve essere riconosciuto, invece, per il criterio n. 4.

Il punteggio per l'offerta tecnica deve essere, conseguentemente determinato in 76 punti (corrispondenti all'80% di 95).

Tale punteggio non consente, tuttavia, alla ricorrente di superare la prova di resistenza ai fini del conseguimento dell'aggiudicazione del lotto n. 1 atteso che il punteggio complessivamente raggiunto risulterebbe comunque inferiore a quello della Progen S.r.l., attuale aggiudicataria.

La domanda di annullamento della deliberazione n. 1419 del 20 settembre 2024 limitatamente al lotto n. 1 e la conseguente domanda di aggiudicazione del suddetto lotto devono, pertanto, essere respinte.

Vanno, invece, accolte la domanda di annullamento della deliberazione n. 1419 del 20 settembre 2024 limitatamente al lotto n. 5 e la conseguente domanda di aggiudicazione dello stesso lotto, proposte in via subordinata, atteso che la rideterminazione del punteggio per l'offerta tecnica consente alla ricorrente di raggiungere il miglior punteggio, pari a 86,87.

L'odierna controinteressata 3TI Progetti Italia – Ingegneria integrata s.p.a. è risultata, infatti, aggiudicataria del lotto n. 5 con punteggio pari a 86,088, inferiore a quello spettante alla ricorrente.

15. In conclusione, il ricorso deve essere accolto limitatamente alle domande aventi ad oggetto il lotto n. 5 e, per l'effetto, va annullata la deliberazione n. 1419 del 20 settembre 2024 nella parte in cui approva la graduatoria definitiva relativa al lotto n. 5 e aggiudica il corrispondente servizio di *Ingegneria e architettura relativi allo studio di vulnerabilità sismica e progettazione esecutiva degli interventi sulle strutture dell'ASP di Catania* (1. PO /CDC Militello – V.le Regina Margherita; 2. Poliambulatorio /ODC Vizzini, Via Roma) alla 3TI Progetti Italia – Ingegneria integrata s.p.a.

Fermi restando i poteri di verifica e controllo dell'Amministrazione ai sensi dell'art. 17, comma 5, del d.lgs. n. 36/2023, in accoglimento della domanda della società ricorrente va, inoltre, disposta l'aggiudicazione in suo favore del suddetto lotto n. 5, risultando indiscussa la sua posizione in graduatoria, quale prima classificata a seguito della rideterminazione del punteggio attribuito all'offerta tecnica.

Considerato, invero, che non risulta dagli atti di causa che sia stato stipulato il contratto d'appalto avendo l'amministrazione versato in atti unicamente il verbale di consegna del servizio in via d'urgenza ai sensi dell'art. 17, commi 8 e 9, del D.lgs. 36/2023, sussistono, alla luce del combinato disposto degli artt. 225 comma 8 del D.lgs. 36/2023, 48 comma 4 del D.L. 77/2021 e 125 comma 3 c.p.a., i presupposti per disporre l'aggiudicazione del suddetto lotto 5 in favore della ricorrente Society of Architecture & Engineering s.r.l.

16. Essendo disposta l'aggiudicazione dell'appalto deve infine dichiararsi, allo stato, il non luogo a provvedere sulla domanda di risarcimento del danno per equivalente per il quale la ricorrente potrà agire solo qualora, *medio tempore*, fossero state eseguite tutte o parte delle prestazioni oggetto dell'appalto.

17. Le spese del giudizio in ragione della novità delle questioni trattate, vanno integralmente compensate tra le parti, ad eccezione del rimborso del contributo unificato che, se corrisposto, va posto a carico dell'Amministrazione resistente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione

Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto:

- annulla i provvedimenti impugnati, limitatamente al lotto n. 5;
- accerta il diritto della parte ricorrente di ottenere l'aggiudicazione del suddetto lotto n. 5 e condanna l'Amministrazione resistente all'adozione del relativo provvedimento e alla sottoscrizione del contratto, fatte salve le verifiche di rito;

Spese compensate, fatta eccezione per il rimborso contributo unificato da porsi a carico dell'amministrazione resistente.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 29 gennaio 2025 con l'intervento dei magistrati:

Pancrazio Maria Savasta, Presidente

Calogero Commandatore, Primo Referendario

Agata Gabriella Caudullo, Primo Referendario, Estensore

[1] 4. L'operatore economico allega alla domanda di partecipazione il contratto di avvalimento in originale o copia autentica, specificando se intende avvalersi delle risorse altrui per acquisire un requisito di partecipazione o per migliorare la propria offerta, e allega, nel caso di cui al comma 2, la certificazione rilasciata dalla SOA (o dall'ANAC.) L'impresa ausiliaria è tenuta a dichiarare alla stazione appaltante:

- a) di essere in possesso dei requisiti di ordine generale di cui al Capo II del presente Titolo;
- b) di essere in possesso dei requisiti di cui all'[articolo 100](#) per i servizi e le forniture;
- c) di impegnarsi verso l'operatore economico e verso la stessa stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse oggetto del contratto di avvalimento.

[2] Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 13 settembre 2024, n. 7571.

[3] 1. Salvo che al momento della scadenza del termine per la presentazione dell'offerta il documento sia presente nel fascicolo virtuale dell'operatore economico, la stazione appaltante assegna un termine non inferiore a cinque giorni e non superiore a dieci giorni per:

a) integrare di ogni elemento mancante la documentazione trasmessa alla stazione appaltante nel termine per la presentazione delle offerte con la domanda di partecipazione alla procedura di gara o con il documento di gara unico europeo, con esclusione della documentazione che compone l'offerta tecnica e l'offerta economica; la mancata presentazione della garanzia provvisoria, del contratto di avvalimento e dell'impegno a conferire mandato collettivo speciale in caso di raggruppamenti di concorrenti non ancora costituiti è sanabile mediante documenti aventi data certa anteriore al termine fissato per la presentazione delle offerte;