

Sui principi del risultato e della fiducia alla luce del Dlgs 36/2023

di Michela Pignatelli

Data di pubblicazione: 4-1-2024

- 1. Il principio del risultato, codificato dal d.lgs. n. 36 del 2023, costituisce “criterio prioritario per l’esercizio del potere discrezionale” e comporta che l’amministrazione debba tendere al miglior risultato possibile, in “difesa” dell’interesse pubblico per il quale viene prevista una procedura di affidamento; tale obiettivo viene raggiunto anche selezionando operatori che dimostrino, fin dalle prime fasi della gara, diligenza e professionalità, quali “sintomi” di una affidabilità che su di essi dovrà esser riposta al momento in cui, una volta aggiudicatari, eseguiranno il servizio oggetto di affidamento.*
- 2. Il principio della fiducia, codificato dal d.lgs. n. 36 del 2023, è finalizzato a valorizzare l’autonomia decisionale dei funzionari pubblici e comporta che ogni stazione appaltante sia tenuta a svolgere le gare non solo rispettando la legalità formale ma tenendo sempre presente che ogni gara è funzionale a realizzare un’opera pubblica (o ad acquisire servizi e forniture) nel modo più rispondente agli interessi della collettività; è un principio che amplia i poteri valutativi e la discrezionalità della p.a. ma che non può tradursi nella legittimazione di scelte discrezionali che tradiscono l’interesse pubblico sotteso ad una gara, le quali, invece, dovrebbero in ogni caso tendere al suo miglior soddisfacimento. Non si tratta, peraltro, di una fiducia unilaterale o incondizionata; la disposizione precisa infatti che la fiducia è reciproca e investe, quindi, anche gli operatori economici che partecipano alle gare. È legata a doppio filo a legalità, trasparenza e correttezza, rappresentando, sotto questo profilo, una versione evoluta del principio di presunzione di legittimità dell’azione amministrativa*

N. 03738/2023 REG.PROV.COLL.

N. 02287/2023 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 2287 del 2023, proposto da Centro Assistenza Ecologica S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG A01861156C, rappresentata e difesa dall'avvocato Carmine Genovese, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, piazza Paganica 13;

contro

I.R.C.C.S. Centro Neurolesi Bonino Pulejo, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Ribaudò, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Palermo, via Mariano Stabile 241;

per l'annullamento

e/o declaratoria di nullità, previa concessione di misure cautelari, della nota I.R.C.C.S. Centro Neurolesi Bonino Pulejo di Messina prot. n. 12919 del 13.11.2023, con la quale la stazione appaltante ha negato all'odierna ricorrente l'effettuazione del sopralluogo previsto dalla *lex specialis* di gara in relazione all'art. 10 del disciplinare di gara della RDO n. 3773938 indetta per l'affidamento del "Servizio full risk per la verifica degli standard di sicurezza e igiene ambientale presso i Presidi Ospedalieri dell'I.R.C.C.S. Bonino Pulejo di Messina, per la durata di 12 mesi", nonché dello stesso art. 10 del disciplinare di gara e degli artt. 5 e 8 del capitolato tecnico, nonché, ancora, ove e per quanto occorrere possa, dell'avviso indagine di mercato prot. n. 9735 del 22.08.2023, nonché, infine, dei chiarimenti resi dalla stazione appaltante sulle richieste formulate in relazione ai "requisiti del personale" di cui all'art. 5 del capitolato tecnico, ad ogni loro atto preparatorio, presupposto, connesso e/o consequenziale, ancorché non conosciuto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di I.R.C.C.S. Centro Neurolesi Bonino Pulejo;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 6 dicembre 2023 il dott. Francesco Fichera e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

1. Con avviso prot. n. 9735 del 22.08.2023, I.R.C.C.S. Centro Neurolesi Bonino Pulejo di Messina ha avviato apposita indagine di mercato finalizzata a determinare la base d'asta per l'affidamento del "Servizio full risk per la verifica degli standard di sicurezza e igiene ambientale presso i Presidi Ospedalieri dell'I.R.C.C.S. Bonino Pulejo di Messina, per la durata di 12 mesi".

In data 13.09.2023 Centro di Assistenza Ecologica s.r.l., odierna ricorrente, ha comunicato manifestazione di interesse al predetto avviso, chiedendo espressamente alla stazione appaltante di essere invitata a partecipare alla procedura di gara.

Con R.D.O. n. 3773938 pubblicata sulla Piattaforma MEPA in data 23.10.2023, l'I.R.C.C.S. Centro Neurolesi Bonino Pulejo di Messina ha avviato la procedura di gara ai sensi dell'art. 50, co. 1, del d.lgs. 36/2023, per l'affidamento del servizio full risk per la verifica degli standard di sicurezza e igiene ambientale presso i Presidi Ospedalieri dell'I.R.C.C.S. Bonino Pulejo di Messina, C.I.G. A01861156C. L'affidamento ha durata di 12 mesi, per un importo pari ad € 193.768,09, oltre I.V.A. e oneri della sicurezza.

Ai fini della partecipazione in gara, l'art. 10 del disciplinare ha previsto che *"per la partecipazione alla RDO, ciascun concorrente è tenuto all'effettuazione di un sopralluogo obbligatorio, entro il giorno 03.11.2023 compreso, escluso il sabato e i giorni festivi"*, da eseguirsi *"presso i seguenti presidi: P.O. Piemonte; P.O. Casazza"*, con l'espressa precisazione per cui *"la data del sopralluogo dovrà essere preventivamente concordata con il personale dell'ufficio tecnico"*, *"confermata tramite pec:ufficiotecnico@pec.irccsneurolesiboninopulejo.it"*, prevedendosi *"al termine del sopralluogo"* il necessario rilascio di *"un attestato di sopralluogo che dovrà essere allegato alla domanda di partecipazione a pena di esclusione"*.

A sua volta, l'art. 8 del capitolato tecnico ha precisato che *"preliminarmente all'invio dell'istanza di partecipazione gli Operatori economici dovranno effettuare un sopralluogo obbligatorio, pena esclusione, presso le strutture oggetto del servizio e secondo le modalità indicate nel Disciplinare di Gara"*.

L'art. 5 del capitolato tecnico ha inoltre previsto, con specifico riferimento ai *"requisiti del personale"*, che *"la dotazione minima organica e requisiti tecnici (quantitativi e qualitativi), richiesti per il personale che dovrà espletare il Servizio oggetto del presente Capitolato Tecnico, deve essere la seguente: n. 1 ingegnere ambientale per le specifiche attività previste e anche con funzione di coordinamento delle attività tecniche (con iscrizione all'Albo Professionale e comprovata esperienza nel settore oggetto dell'appalto), inquadramento A3(...)"*.

Interessata a partecipare alla gara, l'odierna ricorrente Centro Assistenza Ecologica S.r.l. (d'ora in avanti, C.A.E. s.r.l.) ha formulato alcune richieste di chiarimenti alla stazione

appaltante, con particolare riferimento all'applicazione dell'art. 5 del capitolato tecnico e alle previsioni ivi riferite circa la composizione della c.d. "dotazione minima organica" relativa al personale da impiegare nell'esecuzione dell'appalto e da indicare già in sede di partecipazione (le richieste sono stata inviate in data 7.11.2023, termine finale per poter presentare richieste di chiarimenti).

Più esattamente, con una prima richiesta C.A.E. s.r.l. ha chiesto «*se il requisito di iscrizione della singola unità di dotazione minima organica nell'albo professionale "ingegnere ambientale" possa ritenersi soddisfatto dall'iscrizione in altro albo professionale analogo con particolare riferimento all'impiego di 1 unità di "ingegnere biomedico"»*.

Inoltre, con una seconda richiesta di chiarimenti la stessa ricorrente ha chiesto di poter conoscere, «*rispetto alle previsioni recate dall'art. 5 requisiti del personale del capitolato tecnico, quali siano gli inquadramenti simili a quello previsto dal bando e relativo all'inquadramento del personale all'interno del CCNL per studi professionali o similari*».

Nella successiva data dell'11.11.2023, l'odierna ricorrente ha trasmesso alla stazione appaltante una comunicazione a mezzo posta certificata con la quale ha richiesto di ricevere l'indicazione di «*una data per lo svolgimento del sopralluogo*», sin lì non ancora effettuato in quanto «*il dipendente che avrebbe dovuto svolgere tale attività è stato sinora impossibilitato per motivi di salute*».

Con nota prot. n. 12919 del 13.11.2023, la stazione appaltante ha negato alla ricorrente la possibilità di effettuare il sopralluogo in quanto la richiesta era «*ampiamente tardiva rispetto ai termini di scadenza del sopralluogo, e ancora di più rispetto alla data di indizione della procedura di gara*».

Per effetto di tale diniego l'odierna ricorrente, pertanto, non ha effettuato il sopralluogo e non ha presentato domanda di partecipazione, considerata la previsione dell'art. 10 del disciplinare secondo cui «*al termine del sopralluogo verrà rilasciato un attestato di sopralluogo che dovrà essere allegato alla domanda di partecipazione a pena di esclusione*».

A seguito della predetta comunicazione sono stati pubblicati i chiarimenti alle richieste formulate dalla ricorrente, con i quali la stazione appaltante ha specificato sulla piattaforma telematica che «*la figura dell'ingegnere ambientale, inteso come ingegnere "civile e ambientale", dovrà occuparsi delle specifiche attività previste nel capitolato e riferite al microclima (misure di temperature, umidità, velocità dell'aria, benessere, comfort ambientale interno), attività queste che non rientrano nella categoria di "Ingegnere Biomedico". L'ingegnere richiesto dal capitolato deve essere iscritto alla sezione A, "Ingegnere civile e ambientale"*».

2. Con ricorso ritualmente notificato in data 22.11.2023 e depositato il 27.11.2023, C.A.E. s.r.l. ha chiesto l'annullamento e/o la dichiarazione di nullità, previa concessione delle misure cautelari, dei seguenti atti: 1) nota I.R.C.C.S. Centro Neurolesi Bonino Pulejo di Messina prot. n. 12919 del 13.11.2023; 2) art. 10 del disciplinare di gara e artt. 5 e 8 del capitolato tecnico; 3) avviso indagine di mercato prot. n. 9735 del 22.08.2023; 4) chiarimenti resi dalla stazione

appaltante sulle richieste formulate in relazione ai “requisiti del personale” di cui all’art. 5 del capitolato tecnico; 5) ogni loro atto preparatorio, presupposto, connesso e/o consequenziale, ancorché non conosciuto.

3. I suddetti atti sono stati impugnati per i seguenti motivi: 1) *Violazione e falsa applicazione del principio di accesso al mercato; violazione e falsa applicazione del principio di tassatività delle cause di esclusione; violazione e falsa applicazione dei principi di adeguatezza e proporzionalità; violazione e falsa applicazione dei principi in materia di soccorso procedimentale; violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 4, e 10 del d.lgs. n. 36/2023; violazione e falsa applicazione dell’allegato II.1 al d.lgs. n. 36/2023; eccesso di potere per ingiustizia manifesta; irragionevolezza;* 2) *Violazione e falsa applicazione del principio del favor participationis (sotto altro profilo); violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 4 e 10 del d.lgs. n. 36/2023; violazione e falsa applicazione dell’allegato II.1 al d.lgs. n. 36/2023; violazione e falsa applicazione dell’art. 3 della l. n. 241/1990; eccesso di potere per ingiustizia manifesta; irragionevolezza; eccesso di potere per difetto di istruttoria e travisamento dei presupposti.*

3.1. Con il primo motivo, la società ricorrente deduce che il termine previsto dall’art. 10 del disciplinare di gara per effettuare il sopralluogo, vincolando al suo rispetto la possibilità di presentare domanda di partecipazione, sia troppo esiguo, in quanto pari a solo otto giorni utili dalla pubblicazione dei documenti di gara, e quindi lesivo del *favor participationis* oltre che introduttivo di un requisito di partecipazione non previsto dal Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023), non attenendo né all’offerta tecnica né a quella economica. La ricorrente rileva anche la presunta violazione dei principi in materia di soccorso procedimentale, tenuto conto che la stazione appaltante avrebbe potuto consentire comunque il sopralluogo dopo la richiesta di giorno 11.11.2023, quando non era ancora scaduto il termine di presentazione delle offerte fissata per il 16.11.2023. Viene inoltre evidenziato che la necessità del sopralluogo non fosse stata prevista nell’indagine di mercato pubblicata il 22.08.2023, sebbene l’allegato II.1. del d.lgs. 36/2023 stabilisca che l’avviso relativo all’indagine di mercato debba individuare “*i requisiti minimi di capacità economica e finanziaria e le capacità tecniche e professionali richieste ai fini della partecipazione*”, nonché “*i criteri di selezione degli operatori economici*”.

3.2. Con la seconda doglianza, viene dedotta l’illegittimità dei provvedimenti impugnati nella parte in cui prescrivono, con riferimento ai “requisiti del personale” (art. 5 capitolato), la necessità che sia impiegato un ingegnere ambientale e precludano, conseguentemente, la possibilità che ad occuparsi del servizio sia un “ingegnere biomedico e clinico”, il quale avrebbe una qualificazione maggiore del primo con riguardo alle attività da espletarsi nel servizio oggetto di affidamento. Da ciò l’irragionevolezza e l’illogicità del requisito preteso dall’amministrazione, che avrebbe ulteriormente leso l’interesse alla partecipazione della ricorrente.

4. L’I.R.C.C.S. Centro Neurolesi Bonino Pulejo si è costituito in giudizio in data 29.11.2023, chiedendo il rigetto del ricorso e della correlata istanza cautelare, con riserva di ulteriori deduzioni ed eccezioni.

5. Con successiva memoria del 4.12.2023, la ricorrente ha insistito per l’accoglimento del

proprio ricorso.

6. Con memoria del 5.12.2023, l'amministrazione resistente ha controdedotto rispetto alle censure presentate dalla parte ricorrente.

7. Nella camera di consiglio del 6.12.2023, parte ricorrente ha eccepito la tardività della memoria difensiva dell'ente che resiste in giudizio.

8. Preliminarmente, si rileva che l'eccezione di tardività presentata dall'odierna ricorrente deve essere accolta, con conseguente inutilizzabilità, ai fini del presente giudizio, della memoria difensiva depositata dall'amministrazione resistente. Deve invero rammentarsi che ai sensi dell'art. 55, co. 5, ultima parte, c.p.a., nel giudizio cautelare *"le parti possono depositare memorie e documenti fino a due giorni liberi prima della camera di consiglio"*. Tale termine processuale ordinario è sottoposto a dimezzamento, in coerenza con quanto disposto dall'art. 119, co. 2, c.p.a. in materia di rito abbreviato, a cui è sottoposto il procedimento *de quo*. La memoria difensiva dell'amministrazione resistente è stata depositata il 5.12.2023, quindi oltre il termine dimezzato di cui ai predetti art. 55, co. 5 e 119, co. 2, c.p.a., e, pertanto, non può essere utilizzata ai fini della decisione del ricorso in epigrafe.

9. Il Collegio ritiene di definire la causa con sentenza in forma semplificata, come preannunciato dal Presidente ai difensori delle parti presenti alla camera di consiglio per la trattazione dell'istanza cautelare, come da verbale. A tal proposito si precisa che non si ritiene di poter avallare l'opposizione formulata dalla parte resistente all'immediata definizione del giudizio, tenuto conto, da un lato, della presenza dei requisiti previsti dall'art. 60 c.p.a. e, dall'altro, dei principi di celerità nella definizione dei ricorsi giurisdizionali, con particolare riguardo alle procedure di affidamento di cui all'art. 119, co. 1, lett. a), c.p.a., e della ragionevole durata del processo.

10. Il ricorso è infondato, per quanto di seguito specificato.

10.1. Con riguardo al primo motivo di ricorso, si osserva quanto segue.

Ai sensi dell'art. 92, co. 1, del d.lgs. n. 36/2023, "Le stazioni appaltanti, fermi quelli minimi di cui agli articoli 71, 72, 73, 74, 75 e 76, fissano termini per la presentazione delle domande di partecipazione e delle offerte adeguati alla complessità dell'appalto e al tempo necessario alla preparazione delle offerte, tenendo conto del tempo necessario alla visita dei luoghi, ove indispensabile alla formulazione dell'offerta, e di quello per la consultazione sul posto dei documenti di gara e dei relativi allegati".

Il successivo comma 2, lett. a) stabilisce che tali termini sono prorogati in misura adeguata e proporzionale *"se un operatore economico interessato a partecipare alla procedura di aggiudicazione abbia richiesto in tempo utile informazioni supplementari significative ai fini della preparazione dell'offerta e, per qualsiasi motivo, le abbia ricevute meno di sei giorni prima del termine stabilito per la presentazione delle offerte..."*.

Tenuto conto di quanto previsto dalle suddette disposizioni, deve ritenersi che - nell'esercizio

della propria discrezionalità - l'amministrazione appaltante abbia considerato *"indispensabile alla formulazione dell'offerta"* fissare un termine per il sopralluogo, il quale è stato indicato nel disciplinare di gara quale adempimento obbligatorio da compiersi entro il 3.11.2023, con la precisazione che la data dovesse essere previamente concordata con il personale dell'ufficio tecnico (v. art. 10 disciplinare di gara). Valorizzando l'indispensabilità della *"visita dei luoghi"* ai fini dell'offerta, in applicazione di quanto previsto dal predetto art. 92, co. 1, la stazione appaltante ha così individuato un tempo ritenuto *"necessario"* per consentirne l'espletamento.

Il Collegio ritiene che il termine del 3.11.2023 stabilito per consentire l'effettuazione del sopralluogo, alla luce della data di pubblicazione del bando di gara, avvenuta in data 23.10.2023, sia da ritenersi congruo, e sottintenda una valutazione di opportunità, legata alla tempistica dell'intera procedura di affidamento, che questo Tribunale potrebbe sindacare solo ove manifestamente illogica o irragionevole.

Non coglie nel segno, sotto tale profilo, quanto dedotto da parte ricorrente, la quale asserisce che il *"disciplinare è atto autonomo pubblicato d'ufficio dalla stazione appaltante e la sua immediata conoscenza ben può sfuggire, nell'immediatezza della sua diffusione, ai potenziali concorrenti"*. Deve rammentarsi, infatti, che se da un lato grava sulla stazione appaltante l'obbligo di indicare in modo chiaro e percepibile i requisiti previsti ai fini della partecipazione a una gara, dall'altro il soggetto che decide di prendervi parte opera quale soggetto professionalmente qualificato e attua la diligenza che da lui è normativamente esigibile. Ne discende che, mentre la stazione appaltante ha l'onere di chiarire nella disciplina di gara l'effettiva portata e natura dei requisiti richiesti, spetta all'operatore economico, in ossequio al principio di autoresponsabilità, quale precipitato degli obblighi di buona fede e correttezza, assumere una condotta confacente alla diligenza che viene richiesta a chi riveste una determinata qualifica professionale.

Fuori fuoco risulta anche l'assunto secondo cui l'amministrazione avrebbe assunto una condotta illegittima nel momento in cui ha negato alla ricorrente, con riscontro del 13.11.2023, la possibilità di provvedere comunque all'assolvimento dell'obbligo di sopralluogo, rilevandone la tardività rispetto ai termini di scadenza previsti dalla *lex specialis*.

Viene rilevato da chi ricorre in giudizio che la stazione appaltante abbia posto in essere una *"abnorme compressione del principio di apertura concorrenziale"* e non abbia adottato *"misure adeguate e proporzionali"*, alla luce del fatto che i termini per presentare l'offerta non fossero ancora scaduti. Tuttavia, nella nota di riscontro del 13.11.2023 - che fa seguito alla comunicazione del 11.11.2023 con la quale la ricorrente richiedeva di ricevere l'indicazione di *"una data per lo svolgimento del sopralluogo"*, sin lì non ancora effettuato in quanto *"il dipendente che avrebbe dovuto svolgere tale attività è stato sinora impossibilitato per motivi di salute"* - si legge: *"la richiesta avanzata, ampiamente tardiva rispetto ai termini di scadenza del sopralluogo, e ancora di più rispetto alla data di indizione della procedura di gara, non può essere accolta. Appare pertanto indiscusso che il Centro Assistenza Ecologia Srl, dalla data di indizione dello scorso 23/10/2023, abbia avuto a disposizione ampi margini per richiedere di effettuare il sopralluogo obbligatorio, anche al fine di consentire alla Stazione Appaltante di valutare eventuali differimenti dei termini"*.

Contravvenendo ai sopraesposti canoni di buona fede e diligenza che informano il principio di autoresponsabilità dell'operatore economico che partecipa a una gara, è di tutta evidenza che la ricorrente abbia rappresentato le sue esigenze all'amministrazione resistente solo in data 11.11.2023, ben otto giorni dopo il termine perentorio previsto nel disciplinare di gara per l'espletamento del sopralluogo nonché quattro giorni dopo la scadenza per presentare richieste di chiarimenti. Così operando, la ricorrente non ha consentito alla stazione appaltante di "*valutare eventuali differimenti dei termini*", i quali, tenendo conto della *ratio* del suesposto art. 92, co. 2, lett. a), del d.lgs. n. 36/2023, avrebbero dovuto avere a presupposto di la richiesta di "*informazioni supplementari significative*" comunicate all'ente "*in tempo utile*". Sebbene, infatti, la società che ricorre in giudizio abbia formulato una richiesta di chiarimenti funzionale alla presentazione della propria offerta, in quanto attinente ai requisiti del personale, non può trascurarsi che la stessa sia stata presentata solo in data 7.11.2023, ossia ampiamente dopo il termine entro il quale avrebbe dovuto essere svolto il sopralluogo (fissato per il 3.11.2023), incorrendo, pertanto, nella violazione di un termine previsto dalla *lex specialis* funzionale alla presentazione dell'offerta stessa e tale, quindi, da non rendere possibile alcun differimento. La parte ricorrente non ha quindi inoltrato la suddetta richiesta di chiarimenti "*in tempo utile*", come richiesto dal menzionato art. 92, co. 2, lett. a), privando al contempo l'amministrazione della possibilità di disporre eventuali differimenti.

Non può essere accolta nemmeno la correlata censura con la quale viene dedotto che, prevedendo l'espletamento del sopralluogo a pena di esclusione, la stazione appaltante abbia introdotto un requisito di partecipazione non attinente né all'offerta economica né a quella tecnica. Nuovamente richiamando il disposto dell'art. 92, co. 1, d. lgs. n. 36/2023, non può negarsi che l'amministrazione abbia ritenuto il predetto sopralluogo "*indispensabile ai fini della formulazione dell'offerta*", e che tale valutazione, frutto della propria discrezionalità, non risulti illogica ad avviso di questo Collegio.

Dalla natura del servizio oggetto di affidamento – relativo alla verifica degli standard di sicurezza e igiene ambientale presso i presidi ospedalieri dell'ente resistente denominati "Piemonte" e "Casazza" – può infatti trarsi il convincimento che il sopralluogo nei suddetti presidi fosse ragionevolmente funzionale alla formulazione dell'offerta. Nell'art. 3 del capitolato tecnico si legge, nello specifico, che il servizio abbia ad oggetto le seguenti attività: i) determinazione del numero e delle dimensioni delle particelle presenti nell'aria; ii) controllo microbiologico dell'aria e delle superfici; iii) verifica dei ricambi d'aria e pressione differenziale; iv) microclima; v) rumore; vi) recovery time; vii) illuminamento. Vengono altresì indicate le principali attività da svolgere durante il servizio, nonché la frequenza e la destinazione dei luoghi. Ai sensi del successivo art. 4 viene disposta, ai fini della partecipazione alla gara, la produzione di una relazione tecnica illustrativa, a pena di esclusione, con la quale "*l'Appaltatore dovrà descrivere in maniera esaustiva come intende condurre il servizio, in termini di personale, strumentazione, tempi di esecuzione, ecc.. Alla relazione tecnica illustrativa dovrà essere allegato un cronoprogramma dell'esecuzione del servizio, suscettibile di variazioni in relazione alle esigenze dell'IRCCS Centro Neurolesi Bonino Pulejo di Messina*". Ebbene, da tali disposizioni emerge la non illogicità della valutazione secondo cui, senza il necessario svolgimento del richiesto sopralluogo nei due summenzionati presidi ospedalieri, non sarebbe stato verosimilmente possibile, per l'offerente, trarre le dovute informazioni indispensabili ad assicurare la predisposizione

dell'offerta tecnica ed economica, nonché della correlata relazione sulle modalità di erogazione del servizio.

Deve rammentarsi, in tal senso, che il nuovo d.lgs. n. 36/2023, operando una codificazione di taluni principi, mira a favorire una più ampia libertà di iniziativa e di autoresponsabilità delle stazioni appaltanti, valorizzandone autonomia e discrezionalità (amministrativa e tecnica). Ai sensi dell'art. 10, comma 3, del d.lgs. n. 36/2023, tra l'altro, *“le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono introdurre requisiti speciali, di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale, attinenti e proporzionati all'oggetto del contratto”*. Non può dubitarsi, ad avviso di questo organo giudicante, che la richiesta di svolgere il predetto sopralluogo, vincolando all'espletamento dello stesso la successiva formulazione dell'offerta, abbia costituito un requisito “attinente” e “proporzionato” all'oggetto del contratto, rappresentando l'esito di una valutazione di discrezionalità tecnica operata secondo logica e ragionevolezza dalla stazione appaltante.

La valorizzazione dei principi che informano il nuovo Codice dei contratti pubblici conduce a respingere anche l'ulteriore doglianza con la quale la ricorrente lamenta il fatto che la stazione appaltante avrebbe dovuto attivare, a fronte del mancato rispetto dei termini, il soccorso istruttorio.

Rilevato, infatti, che il termine fissato nel disciplinare di gara per l'espletamento dello stesso non fosse manifestamente illogico o irragionevole, non può ritenersi che l'amministrazione dovesse “disapplicare” una disposizione della *lex specialis* per consentire la rimessione in termini, ai fini della partecipazione in gara, della società che ricorre in giudizio. Non può negarsi, infatti, che a fronte della condotta negligente della ricorrente, il soccorso procedimentale avrebbe leso il principio della parità delle parti, concretizzando evidentemente un pregiudizio per gli altri partecipanti alla procedura di affidamento.

Deve poi richiamarsi, in tale contesto, il particolare ruolo che il nuovo Codice dei contratti pubblici attribuisce ai due principi che guidano l'interprete nella lettura e nell'applicazione del nuovo impianto normativo di settore, ossia il principio del risultato e il correlato principio della fiducia.

Il primo, previsto dall'art. 1 del predetto d.lgs. 36/2023, costituisce “criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale” ed è legato da un nesso inscindibile con la “concorrenza”, la quale opera in funzione del primo rendendosi funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti. L'amministrazione, pertanto, deve tendere al miglior risultato possibile, in “difesa” dell'interesse pubblico per il quale viene prevista una procedura di affidamento. Il miglior risultato possibile, che sia anche il più “virtuoso”, viene raggiunto anche selezionando operatori che dimostrino, fin dalle prime fasi della gara, diligenza e professionalità, quali “sintomi” di una affidabilità che su di essi dovrà esser riposta al momento in cui, una volta aggiudicatari, eseguiranno il servizio oggetto di affidamento.

Il nuovo principio-guida della fiducia, introdotto dall'art. 2 del d.lgs. n. 36/2023, porta invece a valorizzare l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici e afferma una regola chiara: ogni

stazione appaltante ha la responsabilità delle gare e deve svolgerle non solo rispettando la legalità formale, ma tenendo sempre presente che ogni gara è funzionale a realizzare un'opera pubblica (o ad acquisire servizi e forniture) nel modo più rispondente agli interessi della collettività. Trattasi quindi di un principio che amplia i poteri valutativi e la discrezionalità della p.a., in chiave di funzionalizzazione verso il miglior risultato possibile. Tale "fiducia", tuttavia, non può tradursi nella legittimazione di scelte discrezionali che tradiscono l'interesse pubblico sotteso ad una gara, le quali, invece, dovrebbero in ogni caso tendere al suo miglior soddisfacimento. Non si tratta, peraltro, di una fiducia unilaterale o incondizionata. La disposizione precisa infatti che la fiducia è reciproca e investe, quindi, anche gli operatori economici che partecipano alle gare. È legata a doppio filo a legalità, trasparenza e correttezza, rappresentando, sotto questo profilo, una versione evoluta del principio di presunzione di legittimità dell'azione amministrativa.

Molti istituti del Codice dei contratti pubblici, anche di derivazione europea, e tra i quali rientra proprio il soccorso istruttorio, presuppongono, d'altronde, la fiducia dell'ordinamento giuridico anche verso i soggetti privati che si relazionano con la pubblica amministrazione.

Non può tacersi, pertanto, che la condotta della ricorrente non fosse in linea con la fiducia riposta nella stessa dalla stazione appaltante e non potesse indurre, quindi, l'amministrazione che resiste in giudizio ad attuare la procedura di soccorso istruttorio a fronte della negligenza in cui essa era incorsa.

Deve inoltre rilevarsi che, come rilevato dallo stesso Consiglio di Stato (v. Consiglio di Stato sez. V, 19/01/2021, n. 575), la giurisprudenza amministrativa ha attribuito all'obbligo di sopralluogo un ruolo sostanziale, e non meramente formale, per consentire ai concorrenti di formulare un'offerta consapevole e più aderente alle necessità dell'appalto essendo esso strumentale a garantire una completa ed esaustiva conoscenza dello stato dei luoghi e conseguentemente funzionale alla miglior valutazione degli interventi da effettuare in modo da formulare, con maggiore precisione, la migliore offerta tecnica ed economica (cfr. Cons. Stato, III, 12 ottobre 2020, n. 6033; VI, 23 giugno 2016, n. 2800; IV, 19 ottobre 2015, n. 4778). La giurisprudenza ha altresì dubitato che possano derivare effetti espulsivi automatici in caso di mancato compimento dello stesso, ma solo ogni qualvolta, per le peculiarità del contratto da affidare, la sua inosservanza in alcun modo non impedisca il perseguimento dei risultati verso cui è diretta l'azione amministrativa, né il suo adempimento può dirsi funzionale a garantire il puntuale rispetto delle ulteriori prescrizioni imposte dalla legge di gara (cfr. Cons. Stato, V, 29 maggio 2019, n. 3581). Appare chiaro che nella procedura di affidamento oggetto del presente scrutinio l'indispensabilità del sopralluogo, elevato ragionevolmente - come sopra evidenziato - ad adempimento necessario ai fini della presentazione dell'offerta, non potesse condurre l'amministrazione a una condotta differente da quella tenuta.

In ultimo, deve escludersi che l'amministrazione avesse l'onere di indicare tale adempimento già in sede di avviso relativo all'indagine di mercato pubblicata in data 22.08.2023. Secondo quanto previsto dall'art. 2 dell'Allegato II.1 del d.lgs. n. 36/2023, l'avviso di avvio dell'indagine di mercato deve indicare *"il valore dell'affidamento, gli elementi essenziali del contratto, i requisiti di idoneità professionale, i requisiti minimi di capacità economica/finanziaria e le capacità tecniche e professionali richieste ai fini della"*

partecipazione, il numero minimo ed eventualmente massimo di operatori che saranno invitati alla procedura, i criteri di selezione degli operatori economici, le modalità per comunicare con la stazione appaltante". Si esclude, pertanto, che l'obbligo del sopralluogo possa farsi rientrare tra gli elementi previsti dalla predetta disposizione. La stessa giurisprudenza esclude che sussista tale obbligo, affermandone la sola facoltà. La stazione appaltante, infatti, "può anticipare l'adempimento dell'obbligo del sopralluogo dalla fase della gara in senso stretto a quella precedente della selezione dei concorrenti da invitare, espletata attraverso l'avviso di indagine di mercato; tale obbligo di sopralluogo, strumentale a una completa ed esaustiva conoscenza dello stato dei luoghi, è infatti funzionale alla miglior valutazione degli interventi da effettuare in modo da formulare, con maggiore precisione, la migliore offerta tecnica" (ex multis, T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 20/09/2019, n.551), ma non è obbligata a farlo.

10.2. Dal rilievo dell'infondatezza del primo motivo di ricorso discende, in attuazione dei principi statuiti dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 5/2015, l'assorbimento della seconda censura dedotta dalla ricorrente.

Il Collegio ne rileva in ogni caso la sua infondatezza nel merito, dovendosi ritenere che il requisito previsto dalla *lex specialis* in ordine alla categoria professionale richiesta per lo svolgimento del servizio oggetto di affidamento non sia "manifestamente irragionevole e illogico", come prospettato da parte ricorrente.

Nella nota di riscontro alla richiesta di chiarimento relativa alle qualifiche del personale, indirizzata alla società ricorrente in data 13.11.2023, si legge che le figure professionali richieste fossero state rese pubbliche già con nota prot. 9735 del 22.08.2023, con il quale l'amministrazione aveva avviato l'indagine di mercato relativa al servizio poi oggetto della procedura di gara, precisandosi, già in quella circostanza, la necessaria presenza di un ingegnere ambientale (catg. A3). La ricorrente, ove interessata a partecipare alla futura gara, avrebbe potuto dotarsi per tempo di tale figura professionale, in vista della successiva pubblicazione del bando di gara, palesando così scarsa diligenza e non tenendo adeguatamente conto dei requisiti futuri già previsti dall'avviso. Nel contesto di tale chiarimento del 13.11.2023, l'amministrazione chiarisce, inoltre, che la "figura dell'ingegnere ambientale, inteso come ingegnere civile e ambientale, dovrà occuparsi delle specifiche attività previste nel capitolato e riferite al microclima (misure di temperature, umidità, velocità dell'aria, benessere comfort ambientale interno), attività queste che non rientrano nella categoria di "ingegnere Biomedico".

Inconferente risulta, inoltre, il richiamo a quanto previsto dall'art. 10 della L. 11.01.2018 n. 3, che definisce la figura di ingegnere biomedico e clinico individuandone le attività tipiche. Tra di esse, invero, non figurano quelle "riferite al microclima". Rientrando nella discrezionalità dell'amministrazione individuare le qualifiche professionali ritenute più adeguate per lo svolgimento del servizio, in un'ottica, anche qui, protesa al miglior risultato possibile per il soddisfacimento dell'interesse pubblico perseguito dall'affidamento, deve escludersi che la mera potenziale "compatibilità" delle prerogative dell'ingegnere biomedico con quelle dell'ingegnere civile e ambientale sia sufficiente per ritenere che, come asserito dalla parte ricorrente, si sia concretizzata anche da questo punto di vista una violazione del *favor participationis*.

11. Per tutto quanto sopra esposto, il ricorso è da ritenersi infondato e deve essere respinto.

12. Tenuto conto delle peculiarità della presente vicenda processuale e, in particolare, dell'inutilizzabilità, ai fini della decisione, delle controdeduzioni presentate dalla parte resistente con memoria tardivamente depositata, il Collegio ritiene sussistano eccezionali ragioni per l'integrale compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese compensate.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 6 dicembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Aurora Lento, Presidente

Daniele Profili, Referendario

Francesco Fichera, Referendario, Estensore

Guida alla lettura

Con la sentenza in rassegna, la Sezione ha effettuato una prima applicazione dei principi del risultato e della fiducia codificati dal D.lgs 36/2023, precisando soprattutto in relazione alla fiducia come la stessa sia da considerare reciproca e che per tale ragione implichi un dovere di autoresponsabilità da parte dell'operatore economico.

La vicenda trae origine dalla reiezione da parte della stazione appaltante di una richiesta di sopralluogo tardiva rispetto alle tempistiche previste dalla *lex specialis*, determinata da negligenza dell'operatore economico, il quale, per effetto di tale diniego non aveva potuto presentare domanda di partecipazione alla procedura.

Ad avviso della ricorrente, infatti, la mancata rimessione in termini avrebbe comportato una distorsione delle regole sulla concorrenza, impedendone la massima apertura.

Il Collegio, nel rigettare il ricorso, applicava l'art. 92, commi 1 e 2 del D.lgs 36/2023. Più precisamente, ad avviso della Sezione, sia la domanda di chiarimenti, sia quella di effettuare un sopralluogo tardivo venivano inoltrate oltre i termini di adeguatezza rispetto all'appalto di cui all'art. 92, comma 2 del D.lgs 36/2023.

Per comprendere le ragioni della decisione giova precisare che il nuovo d.lgs. n. 36/2023, operando una codificazione di taluni principi, mira a favorire una più ampia libertà di iniziativa e di autoresponsabilità delle stazioni appaltanti, valorizzandone autonomia e discrezionalità (amministrativa e tecnica). Ai sensi dell'art. 10, comma 3, del d.lgs. n. 36/2023, infatti, *“le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono introdurre requisiti speciali, di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale, attinenti e proporzionati all'oggetto del contratto”*.

La valorizzazione dei principi che informano il nuovo Codice dei contratti pubblici conduce il Collegio ad affermare che l'amministrazione non avesse alcun obbligo di “disapplicare” una disposizione della *lex specialis* per consentire la rimessione in termini, ai fini della partecipazione in gara, della società che ricorre in giudizio, non sussistendo alcuna preclusione alla concorrenza. Infatti, a fronte della condotta negligente della ricorrente, la rimessione in termini avrebbe leso il principio della parità delle parti, concretizzando evidentemente un pregiudizio per gli altri partecipanti alla procedura di affidamento.

Il Collegio valorizza, altresì, il particolare ruolo che il nuovo Codice dei contratti pubblici attribuisce ai due principi che guidano l'interprete nella lettura e nell'applicazione del nuovo impianto normativo di settore, ossia il principio del risultato e il correlato principio della fiducia.

Il primo, previsto dall'art. 1 del predetto d.lgs. 36/2023, costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale ed è legato da un nesso inscindibile con la concorrenza, la quale opera in funzione del primo rendendosi funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti. L'amministrazione, pertanto, deve tendere al miglior risultato possibile, in difesa dell'interesse pubblico per il quale viene prevista una procedura di affidamento. Il miglior risultato possibile, che sia anche il più virtuoso, viene raggiunto anche selezionando operatori che dimostrino, fin dalle prime fasi della gara, diligenza e professionalità, quali sintomi di una affidabilità che su di essi dovrà esser riposta al momento in cui, una volta aggiudicatari, eseguiranno il servizio oggetto di affidamento.

Il nuovo principio-guida della fiducia, introdotto dall'art. 2 del d.lgs. n. 36/2023, porta invece a valorizzare l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici e afferma una regola chiara: ogni stazione appaltante ha la responsabilità delle gare e deve svolgerle non solo rispettando la legalità formale, ma tenendo sempre presente che ogni gara è funzionale a realizzare un'opera pubblica (o ad acquisire servizi e forniture) nel modo più rispondente agli interessi della collettività. Trattasi quindi di un principio che amplia i poteri valutativi e la discrezionalità della p.a., in chiave di funzionalizzazione verso il miglior risultato possibile. Tale fiducia, tuttavia, non può tradursi nella legittimazione di scelte discrezionali che tradiscono l'interesse pubblico sotteso ad una gara, le quali, invece, dovrebbero in ogni caso tendere al suo miglior soddisfacimento. Non si tratta, peraltro, di una fiducia unilaterale o incondizionata. La disposizione precisa infatti che la fiducia è reciproca e investe, quindi, anche gli operatori economici che partecipano alle gare. È legata a doppio filo a legalità, trasparenza e correttezza, rappresentando, sotto questo profilo, una versione evoluta del principio di presunzione di legittimità dell'azione amministrativa.

In definitiva, quindi, l'operatore economico che partecipa ad una procedura di gara

soggiace a particolari obblighi di diligenza che devono essere osservati nei rapporti con l'Amministrazione. Il concorrente, pertanto, è chiamato a porre in essere una condotta che possa consentire all'Amministrazione di poter valutare l'affidabilità e la serietà, nonché – per l'appunto – la correttezza del comportamento del concorrente stesso. La procedura ad evidenza pubblica, infatti, impone a tutti i partecipanti di curare con la necessaria attenzione l'adempimento delle prescrizioni imposte dalla legge di gara, adottando tutti i necessari accorgimenti che vengono richiesti a ogni operatore economico.

È, dunque, ragionevole attendersi dall'operatore economico un agire consapevole, al fine di poter correttamente gareggiare nel concorrenziale mercato dei contratti pubblici.