

A proposito delle regole d'interpretazione del disciplinare di gara

di Licia Grassucci

Data di pubblicazione: 10-6-2022

Secondo il consolidato indirizzo giurisprudenziale, ai fini dell'interpretazione della *lex specialis* della procedura di gara, trovano applicazione le norme in materia di interpretazione dei contratti

La sentenza affronta la questione dell'interpretazione del disciplinare di gara. Nello specifico, si pone il problema, in relazione ai requisiti tecnico – professionali richiesti dal disciplinare al progettista, se siano diversi a seconda che questi sia stato meramente indicato dal concorrente ovvero inserito all'interno del raggruppamento poiché, solo in questo secondo caso sarebbero richiesti altri requisiti che non lo riguardano direttamente ma solo in quanto componente del raggruppamento. Infatti, con la partecipazione al raggruppamento temporaneo, il progettista acquisirebbe la qualifica di parte del contratto stipulato con l'amministrazione, obbligandosi all'esecuzione della prestazione dalla stessa commissionata.

L'adito giudice ricorda che, ai fini dell'interpretazione della *lex specialis* della procedura di gara, trovano applicazione le norme in materia di interpretazione dei contratti secondo il consolidato indirizzo giurisprudenziale [\[1\]](#).

L'art. 1362, comma 1, cod. civ. impone di ricercare la “*comune intenzione delle parti*” senza limitarsi al senso letterale delle parole; il significato letterale costituisce criterio prioritario dell'operazione interpretativa cui vanno affiancati gli altri criteri – tra cui, in particolare, il criterio logico – sistematico di cui all'art. 1363 cod. civ. – se il testo dell'accordo è chiaro ma incoerente con altri indici rivelatori di una diversa volontà dei contraenti [\[2\]](#).

La giurisprudenza amministrativa ha poi enucleato un autonomo criterio interpretativo, di derivazione euro – unitaria, della *lex specialis* delle procedure di gara: il criterio del *favor participationis*, per il quale a fronte di più possibili interpretazioni di una clausola contenute in un bando o in un disciplinare di gara, va sempre preferita la scelta ermeneutica che consenta la più ampia partecipazione dei concorrenti, declinato in altre pronunce come necessità di applicare i criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, con la finalità di escludere soluzioni interpretative eccessivamente restrittive ed anticoncorrenziali, per cui, in caso di dubbi interpretativi, deve essere sempre preferita la soluzione che consenta la massima partecipazione alla gara.

Qualora, invece, si ritenesse di dare prevalenza ad un criterio di mera interpretazione letterale della clausola del disciplinare si dovrebbe ritenere che i requisiti di capacità tecnico – professionale richiesti al progettista siano differenti a seconda che questi sia stato meramente indicato dal concorrente ovvero inserito all'interno del raggruppamento. Ma si tratta di un

approdo interpretativo che non appare ragionevole considerato che il progettista è chiamato ad eseguire la medesima prestazione contrattuale quale che sia la modalità con la quale si associ alle altre imprese L'interpretazione accolta, rispetto a quest'ultima di tipo letterale, garantisce piena simmetria tra le situazioni descritte.

LEGGI LA SENTENZA

Publicato il 30/05/2022

N. 04365/2022REG.PROV.COLL.

N. 07354/2021 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 7354 del 2021, proposto da S.E.T.I. s.n.c. in proprio e quale mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese con Consorzio Nazionale Sicurezza s.c.a r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Enrico Soprano, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

contro

S.M.A. - Sistemi per la Meteorologia e l'Ambiente - Campania s.p.A., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Marcello Russo, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

nei confronti

Almaviva - The Italian Innovation Company s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Tommaso Di Nitto e Gianpaolo Ruggiero, con domicilio eletto presso lo studio Tommaso Di Nitto in Roma, via Antonio Gramsci, 24;

Servizi di Informazione Territoriale s.r.l., New Technology Engineering Italia s.r.l., non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania (Sezione Prima) n. 04791/2021, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di S.M.A. - Sistemi per la Meteorologia e l'Ambiente - Campania s.p.a. e di Almviva - The Italian Innovation Company s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 31 marzo 2022 il Cons. Federico Di Matteo e uditi per le parti gli avvocati Enrico Soprano, Marcello Russo e Tommaso Di Nitto;;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando pubblicato in Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana l'8 aprile 2020 S.M.A. Campania s.p.a. indiceva una procedura di gara, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento della *“progettazione di dettaglio, fornitura, posa e gestione di un sistema integrato di sorveglianza tecnologicamente avanzato per il rilevamento ed il riconoscimento di persone e veicoli in aree ristrette d'interesse all'interno della zona nota come “Terra dei Fuochi” – Azione 2.1. – Videosorveglianza”*, per un importo complessivo a base di asta di € 4.510.000,00.

1.1. Ai fini del presente giudizio rileva l'art. 7.3. (*Requisiti di capacità tecnica e professionale*) lett. b) del disciplinare che richiedeva quale requisito di capacità tecnico – professionale per la partecipazione alla gara, il *“possesso di una valutazione di conformità del proprio sistema di gestione della qualità alla norma UNI EN ISO 9001:2015 idonea, pertinente e in corso di validità”*, da provare mediante *“certificato di conformità del sistema di gestione della qualità alla norma UNI EN ISO 9001:2015 nel settore EA di attività “33 (Tecnologia dell'informazione)”*.

1.2. Al termine delle operazioni di gara, con provvedimento del 10 febbraio 2021 n. 25/2021 S.M.A. Campania s.p.a. aggiudicava la procedura di gara al r.t.i. – raggruppamento temporaneo di imprese con Almviva s.p.a. come mandante e Servizi di informazione territoriale s.r.l. e N.T.E. - New Technology Engineering Italia s.r.l. come mandanti.

2. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per la Campania, integrato da motivi aggiunti, S.E.T.I. s.n.c., in proprio e in qualità di mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese con C.N.S. s.c. a r.l. come mandante impugnava il provvedimento di aggiudicazione sulla base di tre motivi.

Con il primo motivo, la ricorrente sosteneva che la stazione appaltante avrebbe dovuto escludere il r.t.i. Almaviva dalla procedura di gara per carenza in capo alla mandante New Technology Engineering Italia s.r.l. del requisito di capacità tecnico – professionale previsto dall'art. 7.3. lett. b) del disciplinare di gara (possesso di certificazione ISO 9001/EA 33).

Con il secondo motivo lamentava la mancata verifica dell'anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria sebbene questa avesse destinato in offerta ad oneri della sicurezza un importo manifestamente irrisorio (di € 4.800,00).

Con il terzo motivo aggiunto, assumeva illegittima l'aggiudicazione al r.t.i. Almaviva per mancata comprova, con le modalità richieste dal disciplinare di gara, dei requisiti di capacità – tecnico professionale previsti dall'art. 7.3. del disciplinare (avendo Almaviva trasmesso, a comprova del proprio "*requisito di punta*" semplici fatture della Guardia di Finanza del 2018 e non, invece, i certificati rilasciati dai committenti, e N.T.E., a comprova della qualificazione di progettista, ed anche numerosi accordi quadro con diversi committenti, ma non certificati di buona esecuzione rilasciati dagli enti indicati dal disciplinare).

2.1. Resistenti S.M.A. Campania s.p.a. e Almaviva s.p.a., il giudice di primo grado, con la sentenza della prima sezione, 12 luglio 2021, n. 4791 respingeva il ricorso:

- quanto al primo motivo, per aver il disciplinare di gara previsto quale requisito di capacità tecnico – professionale il possesso della certificazione (di conformità del sistema di gestione della qualità alla norma) UNI ISO 9001/EA 33 solo per i componenti del raggruppamento incaricati dell'attività di "*fornitura e servizio di gestione integrata del sistema di video sorveglianza*" e non anche per quelli incaricati di svolgere l'altra attività di "*progettazione di dettaglio della gestione integrata del sistema di video sorveglianza*", come era, nel caso di specie, la mandante N.E.T. s.r.l.;

- quanto al secondo motivo, perché, avendo ammesso un numero di offerte inferiore a tre, per quanto previsto dall'art. 96, comma 3, del codice dei contratti pubblici, la verifica di anomalia non era obbligatoria, né la scelta della commissione di non procedervi era manifestamente irragionevole o illogica perché la circostanza che gli oneri di sicurezza fossero "eccessivamente bassi" non è di per se sola indice di criticità alla luce del carattere prevalentemente intellettuale del servizio (che, dunque non richiedeva particolari oneri di sicurezza);

- quanto al motivo aggiunto, perché la stazione appaltante aveva giustamente ritenuto la documentazione trasmessa idonea a comprovare i requisiti dichiarati, dimostrando le fatture della Guardia di Finanza la regolare esecuzione del contratto con questa intervenuto e il *file excel* (con indicate in doppia colonna le singole fatture emesse) unitamente ai contratti con Open Fiber, Ericsson, Framework e TIM (non qualificabile come accordi – quadro) utili a

ritenere regolarmente eseguito l'incarico.

3. Propone appello S.E.T.I. s.n.c. nella qualità indicata in epigrafe; si sono costituite S.M.A. Campania s.p.a. e Almaviva s.p.a..

Le parti hanno depositato memorie ex art. 73, comma 1, cod. proc. amm., cui sono seguite rituali repliche di S.E.T.I. s.n.c. e di Almaviva s.p.a..

All'udienza del 31 marzo 2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Con il primo motivo di appello S.E.T.I. censura la sentenza di primo grado per: “*Errores in iudicando in relazione al primo motivo di ricorso – difetto di motivazione – violazione e falsa applicazione della lex specialis – violazione degli artt. 7.3 e 7.4 del disciplinare di gara – violazione degli artt. 41 e 97 Cost. – violazione dei principi eurounitari in materia di pubbliche gare – eccesso di potere per assenza dei presupposti*”; il giudice di primo grado avrebbe disatteso la chiara prescrizione dell'art. 7.4. del disciplinare di gara per cui “*il requisito di cui al punto 7.3. lett. b) (ISO 9001) deve essere posseduto da ciascuno dei soggetti facenti parte del Raggruppamento*”, a prescindere, quindi, dalla tipologia prestazione da svolgere, principale o secondaria, prevalente o scorporabile; nei due paragrafi § e §§ dell'art. 7.3. erano sì richiesti requisiti distinti per (l'attività di) progettista e (quella di) esecutore, ma a condizione che questi avessero partecipato in forma singola (come progettista indicato dal raggruppamento concorrente) e non in caso di partecipazione in forma associata o plurisoggettiva, per il quale caso riprendeva vigore la regola generale (di cui all'art. 7.4.) che imponeva il possesso del requisito da parte di tutti i componenti del raggruppamento; scelta, poi, giustificata dal fatto che solo qualora il progettista sia componente del raggruppamento temporaneo acquisisce la qualifica di parte del contratto stipulato con l'amministrazione, obbligandosi all'esecuzione della prestazione dalla stessa commissionata.

2. Il motivo è infondato.

2.1. L'appello ripropone la questione dell'interpretazione del disciplinare di gara in relazione ai requisiti tecnico – professionali richiesti al progettista che abbia partecipato alla gara quale componente di un raggruppamento temporaneo di imprese.

Essendo pacifico tra le parti che N.T.E. s.r.l., mandante del raggruppamento aggiudicataria non fosse in possesso della certificazione ISO 9001 EA 33, se tale requisito fosse richiesto anche al progettista, la sua mancanza comporterebbe l'esclusione dalla procedura del raggruppamento.

2.2. Preliminarmente occorre rammentare il consolidato indirizzo giurisprudenziale secondo cui ai fini dell'interpretazione della *lex specialis* della procedura di gara trovano applicazione le norme in materia di interpretazione dei contratti (cfr. Cons. Stato, sez. V, 1° ottobre 2021, n. 6598).

L'art. 1362, comma 1, cod. civ. impone di ricercare la “*comune intenzione delle parti*” senza limitarsi al senso letterale delle parole; la giurisprudenza ha chiarito che il significato letterale costituisce criterio prioritario dell'operazione interpretativa cui vanno affiancati gli altri criteri – tra cui, in particolare, il criterio logico – sistematico di cui all'art. 1363 cod. civ. – se il testo dell'accordo era chiaro ma incoerente con altri indici rivelatori di una diversa volontà dei contraenti (cfr. Cass. civ., sez. 1, 2 luglio 2020, n. 13595; sez. 3, 26 luglio 2019, n. 20294; aggiungendo, peraltro, che qualora il criterio letterale risulti sufficiente a dire il risultato che le parti intendevano conseguire, l'operazione ermeneutica deve ritenersi utilmente, quanto definitivamente, conclusa, cfr. Cass. civ, sez. 3, 11 marzo 2014, n. 5595).

La giurisprudenza amministrativa ha poi enucleato un autonomo criterio interpretativo (che si vuole di derivazione euro – unitaria) della *lex specialis* delle procedure di gara: il criterio del *favor participationis*, per il quale a fronte di più possibili interpretazioni di una clausola contenute in un bando o in un disciplinare di gara, va sempre preferita la scelta ermeneutica che consenta la più ampia partecipazione dei concorrenti (cfr. Cons. Stato, sez. III, 9 marzo 2022, n. 1698; V, 23 agosto 2019, n. 5828; declinato in altre pronunce come necessità di applicare i criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, con la finalità di escludere soluzioni interpretative eccessivamente restrittive ed anticoncorrenziali, per cui, in caso di dubbi interpretativi, deve essere sempre preferita la soluzione che consenta la massima partecipazione alla gara, così Cons. Stato, sez. V, 17 febbraio 2022, n. 1186; V, 25 marzo 2020, n. 2090).

2.3. La sentenza di primo grado merita conferma, in quanto, a fronte di indicazioni non univoche, il giudice di primo grado ha interpretato il disciplinare della gara *de qua* in conformità ai criteri logico – sistematico e di *favor participationis* prima indicati.

Come si ricava dall'ultimo periodo del par. §§ dell'art. 7.3. ai concorrenti era consentito organizzarsi per l'esecuzione dell'attività di progettazione di dettaglio del sistema di videosorveglianza in forme diverse: a) se concorrente in forma di singolo operatore economico, dando prova di possedere (al proprio interno) una struttura di progettazione; b) con l'indicazione di un progettista esterno ovvero c) come raggruppamento temporaneo di imprese composto anche da un progettista.

L'ultima parte dell'art. 7.4. specificava poi che per il caso in cui “[...] *il concorrente si affidi, nelle forme della indicazione ovvero del R.T.I. a progettisti esterni...*” – vale a dire quando fosse stata scelta la modalità organizzativa indicata *sub b)* o *sub c)*, prevedendo quella *sub a)* la presenza di un progettista interno alla struttura – i progettisti erano tenuti alla redazione di un proprio DGUE con l'indicazione, oltre che dei requisiti generali di cui all'art. 80 d.lgs. n. 50 del 2016, “*dei requisiti speciali siccome meglio descritti al paragrafo §§*”, con ciò intendendosi quelli propri del progettista, vale a dire un certo “*fatturato di progettazione negli ultimi 3 esercizi*” e i servizi analoghi di progettazione di valore non inferiore ad un certo importo.

In conclusione, al progettista era richiesto il possesso di requisiti tecnico – professionali diversi rispetto all'impresa che avrebbe fornito (e posato in opera) le apparecchiature e, tra questi, non v'era la certificazione di qualità ISO 9001 EA 33.

2.4. L'interpretazione esposta è preferibile, oltre che per essere rispondente al citato principio di *favor participationis*, anche per altra ragione.

A voler seguire la diversa interpretazione proposta d'appallante – e dar prevalenza ad un criterio di interpretazione letterale della clausola dell'art. 7.4. in cui è stabilito che il requisito di cui al punto 7.3. lett. b) (ISO 9001) “*deve essere posseduto da ciascuno dei soggetti facenti parte del Raggruppamento*” – si dovrebbe ritenere che i requisiti di capacità tecnico – professionale richiesti al progettista siano differenti a seconda che questi sia stato meramente indicato dal concorrente ovvero inserito all'interno del raggruppamento, poiché, solo in questo secondo caso, sarebbe richiesto anche il possesso della certificazione ISO 9001 EA 33; si tratta di un approdo interpretativo che non appare ragionevole considerato che il progettista è chiamato ad eseguire la medesima prestazione contrattuale quale che sia la modalità con la quale si associ alle altre imprese L'interpretazione accolta, invece, garantisce piena simmetria tra le situazioni descritte.

2.5. Né a conclusioni diverse conduce la sentenza dell'Adunanza plenaria 9 luglio 2020, n. 13, citata dall'appellante a sostegno della sua tesi, che si è occupata della posizione giuridica del professionista incaricato rispetto al concorrente partecipante alla gara, affermando il principio per il quale egli “*deve possedere in proprio i requisiti richiesti per eseguire la prestazione professionale e, per altra via, gli è anche preclusa la possibilità di sopperire ad eventuali lacune utilizzando i requisiti posseduti da altro professionista, singolo o associato, come avvenuto nel caso di specie*”; nel caso di specie non si dubita che il professionista sia in possesso dei requisiti richiesti per eseguire la sua prestazione professionale.

2.6. In conclusione, la sentenza di primo grado merita conferma: sulla base della corretta interpretazione del disciplinare di gara, N.T.E. Italia s.r.l. non era tenuta al possesso del requisito di capacità tecnico – professionale costituito dalla certificazione di qualità ISO 9011 EA 33.

3. Con il secondo motivo di appello, la sentenza è contestata per “*Errori in iudicando in relazione al secondo motivo di ricorso – violazione di legge – violazione dell'art. 97, commi 3, 5 e 6 del D.Lgs. n. 50/2016 – violazione e falsa applicazione dell'art. 95, comma 10, del D.Lgs n. 50/2016 – Eccesso di potere – difetto di istruttoria – carenza di motivazione – sviamento*”: la decisione di non sottoporre l'offerta del r.t.i. Almaviva a verifica di anomalia facoltativa era tutt'altro che ragionevole e logica: la previsione di oneri di sicurezza pari a soli € 4.800,00 faceva sorgere a prima vista significativi sospetti di anomalia tanto più a fronte del corrispettivo dell'appalto (€ 4.510.000,00) e del ribasso offerto (il 14%), e tenendo conto del fatto che in seguito alla pandemia da Covid-19 erano ulteriormente aumentati i costi ricadenti sugli operatori per l'attuazione delle misure previste dai protocolli emergenziali al fine di arginare la diffusione dell'epidemia; neppure era corretto affermare, come fatto dal Tar, che gli importi per oneri per la sicurezza fossero congrui per essere la prestazione di natura intellettuale visto che la fornitura del sistema di videosorveglianza, di natura certamente non intellettuale, era la parte più rilevante della commessa (comprendendo anche l'attività di posa in opera).

4. Il motivo è infondato.

4.1. Le condizioni in presenza delle quali è obbligatoria la verifica di anomalia dell'offerta sono stabilite dall'art. 97 d.lgs. n. 50 del 2016; nel caso di specie si era nella situazione prevista dal comma 3 dell'art. 97 a mente del quale, qualora il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la stazione appaltante è tenuta a valutare la congruità delle offerte *“che presentano sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara”* ma a condizione che *“il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a tre”*.

Come rappresentato dalla stazione appaltante, in seguito all'esclusione del r.t.i. Leonardo s.p.a. restavano in gara due soli concorrenti: la verifica dell'anomalia dell'offerta non era, dunque, obbligatoria.

Il terzo comma dell'art. 97 rinvia all'ultimo periodo del comma sesto; con il che anche nel caso in cui non v'è obbligo di verifica dell'anomalia, la stazione appaltante *“può valutare la congruità dell'offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa”* (è così prevista la verifica di anomalia facoltativa, cfr. sulle ragioni alla base di tale microsistema, Cons. Stato, sez. V, 13 marzo 2020, n. 1818).

La giurisprudenza ha precisato che la decisione dell'amministrazione di procedere (o meno) a verifica di anomalia dell'offerta nei casi in cui ciò non sia espressamente previsto dalla norma è di natura discrezionale, non soggetta alla sindacabilità del giudice, se non per le ipotesi di manifesta illogicità ed irragionevolezza (cfr. Cons. Stato, sez. III, 9 marzo 2022, n. 1698; V, 15 settembre 2021, n. 6297; III, 20 agosto 2021, n. 5967); affinché si possa censurare la scelta dell'amministrazione è necessario, secondo altre pronunce, che emerga una *“chiara incongruità”* nell'offerta dell'aggiudicatario (cfr. Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giur., 21 giugno 2021, n. 586; Cons. Stato, sez. V, 2 ottobre 2020, n. 5782).

4.2. La decisione di S.M.A. Campania s.p.a. di non sottoporre a verifica di anomalia l'offerta del r.t.i. Almaviva non appare né illogica, né irragionevole.

L'elemento che offre l'appellante in senso contrario non porta a mutar convincimento: la cifra di € 4.800,00 per gli oneri di sicurezza aziendali non è irrisoria per l'attività di progettazione e fornitura di apparecchiature, ma, anche a prescindere da ciò, l'eventuale incongruità degli oneri di sicurezza aziendale dichiarati non può valere di per sé sola ad indurre il sospetto dell'anomalia dell'offerta.

È bene rammentare che la verifica di anomalia è pur sempre diretta ad evitare che siano aggiudicate commesse pubbliche a imprese che non risultino poi in condizione di condurre a termine l'opera o il servizio per aver richiesto un corrispettivo che risulti non remunerativo.

In questo senso va inteso l'art. 97, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016 nella parte in cui precisa che il giudizio di anomalia è un *“giudizio tecnico sulla congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità dell'offerta”*.

Ne segue che, anche ammesso che gli oneri di sicurezza aziendali siano incongrui, per poter

dire anomala l'offerta – o comunque, per poter suggerire un sospetto di anomalia – è pur sempre necessario dimostrare che la loro rideterminazione al rialzo renderebbe irrealizzabile l'offerta nella globalità; in mancanza, il passaggio dall'incongruenza degli oneri di sicurezza aziendali all'anomalia dell'offerta sconta un evidente salto logico.

Ciò vale proprio per la prospettazione dell'appellante che, da un lato, tenta di dimostrare (mediante le formule di calcolo degli oneri di sicurezza aziendale previste dalle Linee guida ITACA) l'incongruità degli oneri di sicurezza dichiarati dall'aggiudicatario, dall'altro, però, nulla dice sull'impatto che gli oneri di sicurezza avrebbero sul corrispettivo richiesto (ed anzi l'appellata ha allegato nella sua memoria che lo scostamento riscontrato dall'appellante potrebbe essere riassorbito nei margini di utile previsti).

Quanto sopra vale a dire irrilevanti anche le altre circostanze allegate quali, in particolare, l'aumento dei costi di sicurezza dovuti alla necessità di prevenire i contagi da Covid – 19.

4.3. In conclusione, anche tale motivo deve essere respinto per aver il giudice di primo grado fatto corretta applicazione degli orientamenti giurisprudenziali relativi alla verifica di anomalia dell'offerta.

5. Con l'ultimo motivo di appello la sentenza di primo grado è detta erronea per "*Errores in iudicando in relazione ai motivi aggiunti di ricorso – difetto di motivazione – violazione di legge – violazione dell'art. 59, comma 4, lett. b) del D.Lgs. n. 50/2016 – violazione dell'art. 80, comma 5, lett. f-Bis) del D.lgs. n. 50/2016 – violazione della lex specialis – violazione dell'art. 7.3. del disciplinare di gara – Eccesso di potere – difetto di istruttoria – difetto di motivazione – travisamento*": il Tar avrebbe ingiustamente ritenuto la documentazione trasmessa da N.T.E. alla stazione appaltante idonea a comprovare il requisito professionale dello svolgimento di servizi analoghi sebbene alle numerose convenzioni – quadro (con le quali le parti non si erano vincolate all'esecuzione di un determinato quantum di prestazione) non fossero stati allegati i relativi strumenti negoziali attuativi idonei a dimostrare l'esecuzione della prestazione (ben potendo accadere che il committente di un accordo quadro non richieda al prestatore alcuna attività o richieda attività per un valore molto inferiore a quello complessivo dell'accordo), né, d'altra parte, potesse dirsi "debitamente certificata" (come richiesto dal disciplinare di gara) l'attività esecutiva attraverso la sola elaborazione (e successiva trasmissione) di un *file excel* contenente un prospetto delle fatture emesse dai committenti, in quanto documento sfornito di qualunque carattere di autenticità, e privo dell'allegazione di copia delle fatture richiamate o di qualunque altro atto contabile della società che dia conto della reale esistenza dei pagamenti.

6. Il motivo è infondato.

6.1. Il requisito di capacità tecnico professionale cui è fatto riferimento nel motivo di appello è quello, cui si è in precedenza accennato, della "*progettazione, debitamente certificata, di forniture e/o servizi analoghi a quelli oggetto del presente appalto e, nello specifico, rientrante nel cod. T.02 dell'Allegato al D.M. 17.6.2016 nell'ultimo triennio solare antecedente la data di pubblicazione del Bando del valore non inferiore a 451.000,00 euro (pari a 0,1 volte il valore della commessa)*".

Come risulta dalla lettura della clausola riportata, la stazione appaltante richiedeva che i servizi di progettazione analoghi fossero “*debitamente certificati*”, così lasciando ai concorrenti ampia facoltà di scelta in relazione alla documentazione ritenuta più idonea a dar prova dell’avvenuto svolgimento dei predetti servizi.

Come già ritenuto dal giudice di primo grado, la documentazione trasmessa dalla N.T.E. Italia s.r.l. alla stazione appaltante – di cui è dato conto nella nota del 20 gennaio 2021 nella quale figurano anche come oggetto di allegazione anche le “*fatture emesse*” in relazione ai contratti stipulati e agli ordini di acquisto ricevuti – è stata a giusta ragione considerata valida dimostrazione dell’avvenuta esecuzione dei servizi.

I contratti (con EDS s.p.a., Open Fiber s.p.a., Ericsson telecomunicazioni s.p.a., ZTE Italia Servizi s.r.l. e TIM s.p.a.) sottoscritti da N.T.E. s.r.l., gli ordini da acquisto, le relative fatture (riepilogate nel file *excel* elaborato dalla società), considerate in maniera unitaria così da cogliere la relazione dell’uno con gli altri, danno piena prova degli incarichi di progettazione ricevuti dalla società, e, dunque, possono essere considerati valido elemento probatorio dell’avvenuta esecuzione delle prestazioni.

7. L’appello va, dunque, respinto e la sentenza di primo grado integralmente confermata.

8. La peculiarità della vicenda giustifica la compensazione delle spese del presente grado del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull’appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa tra tutte le parti in causa le spese del presente grado del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 31 marzo 2022 con l’intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere, Estensore

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

[1] Cons. Stato, sez. V, 1° ottobre 2021, n. 6598.

[\[2\]](#) Cass. civ., sez. I, 2 luglio 2020, n. 13595; Id., sez. 3, 26 luglio 2019, n. 20294. Peraltro, qualora il criterio letterale risulti sufficiente ad individuare il risultato che le parti intendevano conseguire, l'operazione ermeneutica deve ritenersi utilmente, quanto definitivamente, conclusa, (Cass. civ, sez. 3, 11 marzo 2014, n. 5595).