

La mancanza di certificazione di qualità, abolita, non è causa di esclusione dalla gara

di Licia Grassucci

Data di pubblicazione: 18-10-2023

È illegittima la esclusione da una gara di appalto per la fornitura di servizi di una società non in possesso di una certificazione di qualità non più vigente. Tale clausola del disciplinare, in quanto riferita ad una certificazione abolita e/o inoperante, deve intendersi nulla per impossibilità dell'oggetto, con conseguente configurazione di una nullità parziale (*vitiatur sed non vitiat*).

La mancanza del possesso di una certificazione di qualità, non più vigente dopo la pubblicazione del bando, non comporta la esclusione di una società dalla gara di appalto per la fornitura di servizi.

La clausola del disciplinare, in quanto riferita ad una certificazione abolita e/o inoperante, non può intendersi automaticamente emendata ex art. 1419, comma 2, c.c. con riferimento alla nuova certificazione. Piuttosto, la stessa è nulla per impossibilità dell'oggetto, con conseguente configurazione di una nullità parziale (*vitiatur sed non vitiat*)[\[1\]](#).

Una diversa interpretazione comporterebbe la violazione del principio di tassatività delle clausole di esclusione, codificato dall'art. 83, comma 8, d.l.gs.n. 50/2016, avuto riguardo alla diversità delle due certificazioni; con la ulteriore conseguenza della non conformità a legge della esclusione dalla gara, in quanto disposta in forza di una clausola della *lex specialis* priva di valenza giuridica.

Pubblicato il 13/10/2023

N. 08966/2023REG.PROV.COLL.

N. 00930/2023 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 numero di registro generale 930 del 2023, proposto da Service One S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG 9089248CB8, rappresentata e difesa dall'avvocato Luigi Pianesi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Ancona, via Marsala n. 12;

contro

Cvm Cilifrese Vincenzo Multiservizi S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Campanile, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Comune di Grottaglie, C.U.C. – c/o Unione dei Comuni Montedoro, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia sezione staccata di Lecce (Sezione Seconda) n. 00034/2023, resa tra le parti,

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Cvm Cilifrese Vincenzo Multiservizi S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 giugno 2023 il Cons. Diana Caminiti e uditi e viste le conclusioni delle parti come da verbal.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con atto notificato in data 2 febbraio 2023 e depositato in pari data ServiceOne S.r.l. (d'ora in poi per brevità semplicemente ServiceOne) ha interposto appello avverso la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sezione staccata di Lecce (Sezione Seconda) n. 34/2023 che in accoglimento del ricorso proposto da C.V.M. Cilifrese Vincenzo Multiservizi S.r.l. (d'ora in poi per brevità C.V.M.) seconda graduata nella "Procedura aperta per la gestione dei servizi cimiteriali e delle lampade votive presso il cimitero di Grottaglie (TA) CIG 9089248CB8" ha annullato la Determinazione Dirigenziale del 9.8.2022, n. 740, assunta dal Comune di Grottaglie (TA), con cui era stata aggiudicata la gara all'odierna appellante.

2. Segnatamente il giudice di *prime cure* ha ritenuto fondate le doglianze attoree sulla base del rilievo che alla data di scadenza del termine per la partecipazione alla gara ServiceOne fosse dichiaratamente non in possesso della certificazione di qualità ISO 45001 espressamente richiesta, a pena di esclusione, dall'art. 11 della *lex specialis di gara*.

3. Con l'atto di appello ServiceOne ha formulato, in due motivi, le seguenti censure avverso la sentenza di *prime cure*:

I) *Error in iudicando*. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 83, comma 8 e 87 del d.lgs. n. 50/2016 – degli artt. 1418 e 1419, comma 2 c.c. – dell'art. 11 del Disciplinare – dei principi di *favor participationis*, ragionevolezza, logicità – Illogicità e contraddittorietà della motivazione – Travisamento dei fatti ed erroneità nei presupposti – Eccesso di potere giurisdizionale.

II) *Error in iudicando*. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 83, comma 8 e 87 del d.lgs. n. 50/2016 – dell'art. 11 del Disciplinare – dei principi di *favor participationis*, ragionevolezza, logicità – Illogicità e contraddittorietà della motivazione – Travisamento dei fatti ed erroneità nei presupposti – Eccesso di potere giurisdizionale.

4. Si è costituita l'appellata C.V.M., instando per il rigetto dell'appello e dell'istanza di sospensiva.

5. L'istanza cautelare è stata accolta da questa Sezione all'esito dell'udienza camerale del 17 febbraio 2023 con ordinanza n. 695/2023, con fissazione dell'udienza pubblica per la data del 15 giugno 2023.

6. Nelle more della celebrazione di tale udienza, ServiceOne ha prodotto memoria di discussione diretta e di replica, ex art. 73 comma 1 c.p.a., insistendo per l'accoglimento dell'appello, mentre C.V.M. ha prodotto la sola memoria di discussione diretta, avversando la pretesa di parte appellante, sulla base del rilievo della correttezza della statuizione di *prime cure*.

7. La causa è stata trattenuta in decisione sui soli scritti difensivi all'esito dell'udienza pubblica del 15 giugno 2023.

DIRITTO

8. Viene in decisione l'appello avverso la sentenza del Tar per la Puglia, Lecce, in epigrafe indicata, con cui, in accoglimento del ricorso proposto dalla seconda graduata C.V.M., è stato annullato il provvedimento di aggiudicazione intervenuto in favore di ServiceOne, odierna appellante, della *“Procedura aperta per la gestione dei servizi cimiteriali e delle lampade votive presso il cimitero di Grottaglie (TA) CIG 9089248CB8”* sulla base del rilievo del mancato possesso da parte della stessa, alla data di scadenza del termine per la presentazione della domanda di partecipazione, della certificazione di qualità ISO 45001 che secondo la prospettazione attorea era richiesta a pena di esclusione della *lex specialis* di gara.

9. Segnatamente il giudice di *prime cure* ha accolto le censure di cui al primo ed al quarto motivo di ricorso, con cui veniva denunciata la violazione della clausola di esclusione contenuta nell'art. 11.C.2) del disciplinare, nonché dei principi di *par condicio* ed imparzialità, per avere la P.A. attivato il soccorso istruttorio pur in presenza della dichiarazione della società ServiceOne di non aver ancora conseguito un requisito tecnico-professionale previsto a pena di esclusione dalla legge di gara; in particolare, la difesa attorea aveva stigmatizzato la circostanza che la controinteressata, nel dichiarare a pag. 3 del Modello B che *“la certificazione OHSAS 18001 (ora ISO 41001:2018) è in corso di rilascio”*, aveva palesato il mancato possesso del requisito al momento della presentazione dell'offerta.

9.1. La sentenza gravata ha pertanto affermato che la P.A. avesse illegittimamente ammesso l'aggiudicataria alla procedura, sebbene la stessa – alla data di scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione alla gara – fosse dichiaratamente non in possesso della certificazione di qualità ISO 45001, certificazione espressamente richiesta, a pena di esclusione, dall'art. 11 della *lex specialis* di gara, sulla base del rilievo che *“Deve infatti ritenersi affetto da illegittimità il provvedimento di ammissione alla gara di un concorrente nel caso in cui il requisito di partecipazione venga conseguito in un momento non anteriore al termine di presentazione delle offerte, in quanto, diversamente opinando, si arrecherebbe un grave vulnus al principio di par condicio, dal punto di vista dell'elusione a titolo particolare del termine perentorio di partecipazione”*.

9.1.1. Il primo giudice ha al riguardo evidenziato che soltanto in data 26 aprile 2022, ben oltre il termine di scadenza delle offerte fissato al 18 aprile 2022, la ServiceOne S.r.l. aveva ottenuto il rilascio della certificazione richiesta per l'oggetto dell'appalto, ritenendo non rilevante la circostanza che il processo di certificazione fosse stato avviato in data 14 aprile 2022, quindi prima del termine di scadenza delle offerte, in quanto la relativa attestazione aveva acquistato efficacia al momento del suo effettivo rilascio, e quindi a far data dal 26 aprile 2022.

9.2. Parimenti irrilevante, secondo il primo giudice, sarebbe la circostanza che con il chiarimento di cui alla nota n. 1743 dell'11 aprile 2022 la stazione appaltante avesse precisato che fosse sufficiente il pre-certificato di rilascio della certificazione ISO 45001 (*“Considerato che a conclusione di un periodo di transizione di tre anni dalla pubblicazione, la norma UNI ISO 45001 sostituisce la BS OHSAS 18001 come unico riferimento per la certificazione dei sistemi di gestione per la salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, ai fini dell'ammissione alla gara l'operatore economico che al momento della pubblicazione del bando di gara in fase di certificazione potrà presentare il pre certificato di rilascio della certificazione ISO 45001”*) non potendo, per costante giurisprudenza, i chiarimenti comportare una modifica della *lex*

specialis di gara.

9.3. Il primo giudice ha altresì evidenziato che, come risultante dagli atti di causa, la certificazione UNI ISO 45001 era entrata in vigore il 12 marzo 2018, sostituendo definitivamente la precedente certificazione OHSAS 18001, dopo un periodo transitorio di durata triennale, sicché l'operatore economico aveva potuto disporre di un tempo più che ragionevole per poter conseguire la certificazione richiesta inderogabilmente dalla *lex specialis*. Pertanto non poteva trovare applicazione il disposto dell'art. 87 del codice dei contratti pubblici invocato da parte controinteressata (odierna appellante) in quanto la disposizione in questione per costante giurisprudenza va interpretata in modo del tutto restrittivo, in quanto le condizioni fissate al riguardo dalla richiamata norma di legge sono rigorose e stringenti; l'inciso "*qualora gli operatori economici interessati non avessero la possibilità di ottenere tali certificati entro i termini richiesti per motivi non imputabili agli stessi operatori economici*" avrebbe infatti ristretto entro i limiti della prova della non imputabilità, ovvero nell'assenza di colpa, la possibilità di comprovare altrimenti l'impiego di misure di garanzia della qualità equivalenti a quelle la cui dimostrazione è, anzitutto, affidata alla produzione in gara di una determinata certificazione, laddove la controinteressata non aveva allegato, né tantomeno dimostrato, le ragioni per cui la certificazione sarebbe stata di difficile ottenimento; al contrario, in sede di dichiarazione resa con il modello DGUE la stessa aveva espressamente riconosciuto di non essere in possesso della prescritta certificazione di qualità unicamente in ragione della pendenza della relativa procedura (e, dunque, della relativa tardiva attivazione).

10. ServiceOne critica la statuizione di *prime cure* lamentando, con il primo motivo, che essa sia fondata sull'erroneo assunto che la *lex specialis* di gara richiedesse, a pena di esclusione, il possesso della certificazione ISO 45001, laddove la stessa richiedeva la certificazione ISO OHSAS 18001 non più esistente; pertanto la *lex specialis* di gara era in *parte qua* nulla per impossibilità dell'oggetto; né il riferimento alla OHSAS 18001, in tesi di parte appellante, potrebbe essere ritenuto implicitamente sostituito da quello alla ISO 45001, attesa la diversità delle due certificazioni, confermata dal fatto che il passaggio dall'una all'altra non era automatico, ma subordinato ad una verifica dell'adeguamento al nuovo *standard* o all'avvio di un nuovo e diverso percorso di certificazione.

La Stazione Appaltante aveva poi consentito la partecipazione anche a chi avesse in corso di rilascio la nuova e diversa certificazione ISO 45001, ma, contrariamente a quanto ritenuto dal primo giudice, quest'ultima certificazione non era richiesta dal bando a pena di esclusione.

Il Tar aveva dunque ritenuto che la sua ammissione fosse illegittima muovendo da un errato presupposto.

In tesi di parte appellante, illegittima sarebbe stata semmai l'esclusione per mancato possesso della ISO 45001 non richiesta, tanto meno a pena di esclusione, non l'ammissione alla gara.

Pertanto il chiarimento reso dalla stazione appaltante non aveva concretizzato un'illegittima modifica della *lex specialis* di gara, trattandosi di un vero e proprio chiarimento circa il

possesso di una nuova e diversa certificazione, peraltro nel senso di un allargamento della possibilità di partecipazione (nell'ottica del *favor participationis*) e non di un suo restringimento.

L'erronea indicazione nella *lex specialis* di una certificazione non più esistente aveva semmai ingenerato confusione ed indotto a ritenere non necessario il requisito ivi richiesto, non consentendo all'appellante di ottenere la certificazione nei termini previsti: se l'indicazione fosse stata corretta, in tesi attorea, si sarebbe avviato ben prima il procedimento di certificazione. In tal senso pertanto si era invocata in *prime cure* l'applicazione dell'art. 87 d.lgs. n. 50/2016.

11. Con il secondo motivo ServiceOne lamenta l'erroneità della sentenza nel punto in cui aveva ritenuto irrilevante il rilascio della certificazione in corso di gara in quanto avvenuto dopo la scadenza del termine per la presentazione delle domande.

Infatti nel dichiarare nel Mod. B che la certificazione ISO 45001:2018 era in corso di acquisizione la ServiceOne non aveva fatto altro che adeguarsi a quanto indicato dalla Stazione Appaltante, la quale aveva chiarito come la legge di gara consentisse la partecipazione in corso di acquisizione della certificazione, anche in considerazione del periodo di "moratoria" triennale previsto per l'adeguamento/passaggio dalla OHSAS 18001 alla ISO 45001:2018.

L'operato della Stazione Appaltante pertanto sarebbe stato conforme ai generali principi di ragionevolezza, di proporzionalità e di massima partecipazione. Nel caso di specie, infatti, la Service One aveva già avviato la procedura di certificazione ed aveva, poi, ottenuto la certificazione medesima, a riprova del possesso delle qualità richieste, sul piano sostanziale, dalla Stazione Appaltante.

12. I motivi di appello, da scrutinarsi congiuntamente in quanto intimamente connessi, sono fondati nel senso di seguito precisato.

13. Va in primo luogo osservato come colga nel segno la deduzione di parte appellante secondo cui la *lex specialis* di gara non richiedesse a pena di esclusione la certificazione ISO 45001:2018 ma la precedente certificazione di qualità, non più vigente, ovvero la OHSAS 18001.

13.1. Pertanto la clausola di cui all'art. 11.C.2) del disciplinare, in quanto riferita ad una certificazione non più vigente, lungi dall'intendersi automaticamente emendata ex art. 1419 comma 2 c.c. con riferimento alla nuova certificazione ISO 45001:2018, doveva intendersi nulla per impossibilità dell'oggetto, con conseguente configurazione di una nullità parziale (*vitiatur sed non vitiat*), comportando una diversa interpretazione la violazione del principio di tassatività delle clausole di esclusione, codificato dall'art. 83 comma 8 d.lgs. 50/2016, avuto riguardo alla diversità delle due certificazioni.

13.1.1. Ed invero, secondo il noto pronunciamento di cui alla sentenza dell'Adunanza Plenaria 16 ottobre 2020, n. 22, la nullità della clausola ai sensi dell'art. 83, comma 8, del d. lgs. n. 50

del 2016 configura un'ipotesi di nullità parziale limitata alla clausola, da considerare non apposta, che non si estende all'intero provvedimento, il quale conserva natura autoritativa.

13.2. Va al riguardo osservato che la certificazione Ohsas 18001 è l'acronimo di "Occupational Health and Safety Assessment Series". Si trattava dello standard inglese che identificava un preciso sistema di gestione della sicurezza e della salute dei lavoratori, facente riferimento alla norma BS OHSAS 18001:1999, emanata dal BSI (British Standard Institution) nel 1999, rivista nel 2007 (bs ohsas 18001 2007) e sostituita con l'attuale norma UNI ISO 45001:2018.

13.2.1. A seguito della pubblicazione della norma ISO 45001 – "Occupational Health and Safety Management Systems – Requirements with guidance for use" il 12 marzo 2018 la precedente certificazione non è più vigente in quanto sostituita dalla UNI ISO 45001.

Da marzo 2021, a conclusione di un periodo di transizione di tre anni dalla pubblicazione, la norma UNI ISO 45001 sostituisce pertanto la BS OHSAS 18001 come unico riferimento per la certificazione dei sistemi di gestione per la salute e sicurezza sui luoghi di lavoro.

Trattasi della prima norma internazionale volta definire gli *standard* di un sistema di gestione della sicurezza e salute dei lavoratori in tutto il mondo. Sviluppata dall'*International Organization for Standardization* (ISO) e recepita a livello nazionale dall'Ente Italiano di Normazione (UNI), garantisce uniformità tra le varie norme ISO sui sistemi di gestione; infatti la UNI ISO 45001 ne adotta la struttura e le principali novità: la gestione della sicurezza sul lavoro quindi, inserita nella strategia aziendale e integrata con la qualità e le politiche ambientali, migliora le *performance* e proietta verso un nuovo modello di competitività sostenibile. La norma definisce i requisiti di un Sistema di Gestione della Sicurezza e Salute sul luogo di lavoro allo scopo di consentire ad un'organizzazione di controllare i propri rischi e migliorare le proprie prestazioni. Una fondamentale differenza tra la norma Ohsas 18001 e la norma Iso 45001, aspetto che definisce i rischi impattanti dell'intero sistema, è la definizione del contesto dell'organizzazione ed i rischi associati a tutte le parti interessate, queste che siano interne o esterne all'azienda.

13.2.2. Pertanto la stazione appaltante giammai avrebbe potuto applicare la clausola prevista nella *lex specialis* di gara a pena di esclusione con riferimento ad una distinta certificazione.

Ed invero, per un costante orientamento di questo Consiglio di Stato, ai fini dell'interpretazione delle clausole di una *lex specialis* di gara, vanno applicate le norme in materia di contratti e anzitutto il criterio letterale e quello sistematico, ex artt. 1362 e 1363 Cod. civ..

Conseguentemente, le stesse clausole non possono essere assoggettate a procedimento ermeneutico in una funzione integrativa, diretta a evidenziare in esse pretesi significati impliciti o inespressi, ma vanno interpretate secondo il significato immediatamente evincibile dal tenore letterale delle parole utilizzate e dalla loro connessione.

Come già ritenuto da questa Sezione "Le preminenti esigenze di certezza connesse allo svolgimento delle procedure concorsuali di selezione dei partecipanti impongono pertanto di ritenere di stretta interpretazione le clausole del bando di gara: ne va perciò preclusa qualsiasi

lettura che non sia in sé giustificata da un'obiettiva incertezza del loro significato letterale. Secondo la stessa logica, sono comunque preferibili, a garanzia dell'affidamento dei destinatari, le espressioni letterali delle varie previsioni, affinché la via del procedimento ermeneutico non conduca a un effetto, indebito, di integrazione delle regole di gara aggiungendo significati del bando in realtà non chiaramente e sicuramente rintracciabili nella sua espressione testuale (cfr. Cons. Stato, IV, 5 ottobre 2005, n. 5367; V, 15 aprile 2004, n. 2162)" (Cons. Stato, sez. V, 12 settembre 2017 n. 4307).

Vieppiù, se il dato testuale presenti evidenti ambiguità, l'interprete, in forza del principio di *favor participationis*, deve prescegliere il significato più favorevole al concorrente (*ex multis*, Consiglio di Stato sez. V, 20 luglio 2023 n. n.7113; 29 novembre 2022, n. 10491; 4 ottobre 2022, n. 8481; 2 marzo 2022 n. 1486; 6 agosto 2021, n. 5781; 8 aprile 2021, n. 2844; 8 gennaio 2021, n. 298; III, 24 novembre 2020, n. 7345; 15 febbraio 2021, n. 1322; VI, 6 marzo 2018, n. 1447; V, 27 maggio 2014, n. 2709).

13.2.3. Come innanzi osservato, una diversa interpretazione, comportante l'emendamento automatico della clausola di cui alla *lex specialis* di gara con riferimento alla diversa certificazione UNI ISO 45001 avrebbe comportato la violazione del principio di tassatività delle clausole di esclusione nonché del principio del *favor participationis*.

13.3. Pertanto correttamente la stazione appaltante, in conformità ai predetti principi nonché al principio di leale collaborazione, che sarebbero stati altrimenti vulnerati con una interpretazione estensiva della clausola prevista a pena di esclusione, con il chiarimento reso – in riferimento ad una clausola che interpretata in senso letterale era da intendersi nulla per impossibilità dell'oggetto – ha chiarito che fosse sufficiente il pre-certificato di rilascio della certificazione ISO 45001.

13.3.1. Il collegio non ignora invero che secondo la costante giurisprudenza in materia i chiarimenti della stazione appaltante possono costituire interpretazione autentica con cui l'Amministrazione spiega la propria volontà provvedimento (Cons. St., III, 7 febbraio 2018, n. 781), meglio delucidando le previsioni della *lex specialis* (Cons. St., III, 22 gennaio 2014, n. 290; id., IV, 21 gennaio 2013, n. 341) e che ciò è consentito soltanto nelle ipotesi in cui non sia ravvisabile un conflitto tra le delucidazioni fornite dall'Amministrazione ed il tenore delle clausole chiarite (Cons. St., IV, 14 aprile 2015, n. 1889), in caso di contrasto dovendo darsi prevalenza alle clausole della *lex specialis* e al significato desumibile dal tenore delle stesse, per quello che oggettivamente prescrivono.

Costituisce pertanto *ius receptum* che i chiarimenti non sono invece ammissibili allorquando, mediante l'attività interpretativa, si giunga ad attribuire a una disposizione del bando un significato e una portata diversa o maggiore rispetto a quella che risulta dal testo, in quanto in tema di gare pubbliche le uniche fonti della procedura sono costituite dal bando di gara, dal capitolato e dal disciplinare, unitamente agli eventuali allegati: ne consegue che i chiarimenti auto-interpretativi della stazione appaltante non possono né modificarle né integrarle, assumendo le previsioni della legge di gara carattere vincolante (Cons. St., sez. V, 23 settembre 2015, sent. n. 4441). Dette fonti devono essere interpretate e applicate per quello che oggettivamente prescrivono, senza che possano acquisire rilevanza atti interpretativi

postumi dell'amministrazione aggiudicatrice.

Con i chiarimenti, quindi, non sono possibili operazioni manipolative, potendo essi solo contribuire, con un'operazione di interpretazione del testo, a renderne chiaro e comprensibile il significato o la ratio. (Cons. Stato, sez. V, 2 settembre 2019, n. 6026).

13.3.2. Peraltro la sentenza di *prime cure* ha applicato alla fattispecie *de qua* tali principi senza avvedersi come la clausola del disciplinare dovesse intendersi nulla e pertanto non apposta per impossibilità dell'oggetto e come l'interpretazione estensiva della medesima clausola sarebbe stata in contrasto con il principio di tassatività delle clausole di esclusione.

13.3.3. Da ciò la correttezza dell'operato della stazione appaltante in quanto sarebbero stati per contro illegittimi i chiarimenti resi nel senso di un'automatica interpretazione estensiva della clausola prevista a pena di esclusione, senza la possibilità di ammissione degli operatori che avessero comunque già avviato il procedimento per il rilascio della nuova certificazione.

13.3.4. Peraltro, per quanto i chiarimenti della Stazione appaltante non assurgano a fonte della disciplina di gara (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 28 maggio 2015, n. 2671), vale il principio della necessaria salvaguardia dell'affidamento indotto negli interessati di buona fede (cfr. Sez. V, 5 settembre 2011, n. 4981), in coerenza con i canoni della leale cooperazione e del *favor* per la più ampia partecipazione alle gare pubbliche (principi sui quali si veda, più ampiamente, Sez. V, 26 settembre 2013, n. 4760; 8 novembre 2012 n. 5692, nel senso, appunto, che l'esigenza di apprestare tutela all'affidamento inibisce alla Stazione appaltante di escludere dalla gara un'impresa che abbia compilato l'offerta in conformità alle previsioni della legge di gara o al facsimile di offerta da essa stessa approntato, potendo eventuali parziali difformità costituire oggetto di richiesta d'integrazione; 26 gennaio 2011, n. 550, nel senso che l'applicazione dei principi di tutela dell'affidamento e di correttezza dell'azione amministrativa, in una con la generale clausola di buona fede, impedisce che le conseguenze di una condotta colposa della Stazione appaltante possano essere traslate a carico del soggetto partecipante con la comminatoria dell'esclusione dalla procedura, così come non è ammissibile l'iscrizione in capo al concorrente delle conseguenze negative di un errore indotto dalla disciplina di gara o dal comportamento tenuto dall'Amministrazione appaltante; nello stesso senso v. infine 18 dicembre 2008, n. 6316).

14. A ciò consegue pertanto la fondatezza anche del secondo motivo di appello in quanto, nel dichiarare nel Mod. B che la certificazione ISO 45001:2018 era in corso di acquisizione, la ServiceOne non aveva fatto altro che adeguarsi a quanto indicato dalla Stazione Appaltante, la quale aveva chiarito come la legge di gara consentisse la partecipazione in corso di acquisizione della certificazione, anche in considerazione del periodo di "*moratoria*" triennale previsto per l'adeguamento/passaggio dalla OHSAS 18001 alla ISO 45001:2018, non rilevando - avuto riguardo all'erronea indicazione contenuta nella *lex specialis* di gara alla certificazione non più vigente - la circostanza, posta a base del pronunciamento di *prime cure*, che alla data di scadenza del termine per la presentazione della domande di partecipazione il termine triennale fosse già venuto a scadenza.

15. Peraltro, come evidenziato da parte appellante, alla fattispecie *de qua*, data la sua

peculiarità ben può applicarsi il principio espresso dalla giurisprudenza, invero relativo alla scadenza delle certificazioni in corso di gara e al successivo rilascio del certificato di rinnovo, secondo cui ciò che rileva è la titolarità della certificazione che assicura alla stazione appaltante la qualità del servizio assegnato, a prescindere dalle vicende di ordine “*burocratico relative ai tempi necessari per ottenere il suo rinnovo da parte dell’organismo competente*” (Cons. Stato, Sez. III, 3 maggio 2017, n. 2022), principio a cui evidentemente si è ispirata la stazione appaltante nel consentire la partecipazione alle imprese che fossero in possesso del precertificato di qualificazione.

15.1. Va pertanto condivisa la prospettazione di parte appellante secondo la quale tale sarebbe applicabile non solo in caso di rinnovo di certificazioni scadute ma, in un’ottica sostanzialista, anche alla fattispecie *de qua*, avuto tra l’altro riguardo all’erroneità della clausola della *lex specialis* di gara, al fine di superare una lettura incentrata sul mero possesso formale del documento, che attesta il possesso di requisiti e caratteristiche dell’operatore economico chiaramente già presenti al momento della richiesta del documento medesimo, in funzione peraltro del principio di *favor participationis*. Che la Service One fosse, sul piano sostanziale, in possesso dei requisiti richiesti, sarebbe infatti dimostrato dal rilascio della certificazione pochi giorni dopo la scadenza del termine per la presentazione delle domande, all’esito del procedimento già avviato prima della scadenza di detto termine.

16. Né può essere condivisa la prospettazione di C.V.M. secondo cui sarebbe stato onere di ServiceOne impugnare immediatamente la clausola della *lex specialis* di gara, che prevedeva il possesso della qualificazione a pena di esclusione; ciò in quanto la clausola, interpretata letteralmente, con riferimento peraltro ad una certificazione non più vigente, oltre ad essere nulla per impossibilità dell’oggetto, non era lesiva della posizione di ServiceOne.

16.1. Né si imponeva una sua impugnativa immediata, ove interpretata in senso estensivo, in violazione del principio di tassatività delle clausole di esclusione, in quanto secondo il noto arresto di cui alla sentenza dell’Adunanza Plenaria n. 22 del 2020 sono solo i provvedimenti successivi adottati dall’amministrazione, che facciano applicazione o comunque si fondino sulla clausola nulla, ivi compresi il provvedimento di esclusione dalla gara o la sua aggiudicazione, che vanno impugnati nell’ordinario termine di decadenza, anche per far valere l’illegittimità derivante dall’applicazione della clausola nulla. Né tantomeno, venendo in rilievo una clausola nulla, ServiceOne, ammessa alla procedura di gara e aggiudicataria della stessa, era onerata dal proporre ricorso incidentale in *prime cure*.

17. Alla stregua dei superiori rilievi l’appello va accolto e pertanto, in riforma della sentenza appellata, va rigettato il ricorso di primo grado.

18. Sussistono tuttavia, ad avviso del collegio, i presupposti per compensare le spese di lite del doppio grado ai sensi del combinato disposto dell’art. 26 c.p.c. e dell’art. 92 comma 2 c.p.c. avuto riguardo alla peculiarità della fattispecie.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando

sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto in riforma della sentenza appellata, rigetta il ricorso di primo grado.

Compensa le spese di lite del doppio grado.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 giugno 2023 con l'intervento dei magistrati:

Rosanna De Nictolis, Presidente

Alberto Urso, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

Diana Caminiti, Consigliere, Estensore

[\[1\]](#) Adunanza Plenaria, 16 ottobre 2020, n. 22, secondo cui la nullità della clausola ai sensi dell'art. 83, comma 8, del d.l.gs.n. 50/2016 configura un'ipotesi di nullità parziale limitata alla clausola, da considerare non apposta, che non si estende all'intero provvedimento, il quale conserva natura autoritativa.