

Numero 1/2022

Gennaio-Aprile



In collaborazione con



L&C Consulting s.r.l.

Rassegna di giurisprudenza

INDICE

Giurisprudenza nazionale

Consiglio di Stato – Sentenza del 02/03/2022 n. 1474

La Sentenza affronta il tema delle clausole escludenti e, in particolare, della legittimità dell'inserimento, quale requisito di partecipazione, della certificazione EMAS in un affidamento avente ad oggetto il servizio di raccolta integrata di rifiuti urbani

EMAS; clausola escludente; requisito di partecipazione; pertinenza; Criteri Ambientali Minimi (CAM)

5

Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana (CGARS) – Sentenza del 23/03/2022 n. 358

La Corte Siciliana si pronuncia in relazione ad una gara avente ad oggetto l'appalto, tra l'altro, dei servizi di prove di laboratorio e controllo qualità dei materiali. La CGARS affronta il tema del punteggio premiale assegnato ai Laboratori in possesso dell'accreditamento.

prove di laboratorio; accreditamento; certificazione di qualità; punteggio premiale; ricorso incidentale; soccorso istruttorio

6

TAR Lazio Roma – sentenza del 12/04/2022 n. 4449

Il Tribunale Amministrativo della Capitale si pronuncia in tema di esperibilità del soccorso istruttorio nel caso di erronea allegazione di una certificazione di qualità scaduta, ai fini dell'attribuzione del punteggio premiale previsto dal bando di gara. I giudici toccano anche il tema della proroga *ex lege* del termine di validità delle certificazioni accreditate per effetto della legislazione emergenziale e, conseguentemente, quello della natura di "atti amministrativi" o meno delle stesse.

Soccorso istruttorio; legislazione emergenziale; atto amministrativo

9

TAR Lazio Roma – Sentenza del 15/02/2022 n. 1843

La pronuncia affronta la questione della legittimità della *lex specialis* di gara nella parte in cui assegna un punteggio premiale sia al possesso della Registrazione EMAS che a quello della certificazione ISO 14001, stante l'asserita sostanziale equipollenza tra le due, sostenuta dal ricorrente.

Viene anche trattato il tema della discrezionalità amministrativa nella configurazione della gara, in termini di requisiti di capacità finanziaria e tecnica, comunque nel rispetto di principi di ragionevolezza.

Punteggio premiale; Registrazione EMAS; ISO 14001

11

TAR Lazio Roma – Sentenza dell’11/03/2022 n. 3230

Il TAR si pronuncia in relazione alla validazione straordinaria da parte dell’INAIL dei dispositivi di protezione individuale, d’ora in poi denominati DPI, per la gestione dell’emergenza epidemiologica da COVID-19.

Nel caso di specie, il dispositivo era di produzione cinese, corredato da un test report, redatto da un laboratorio accreditato in Cina e da un ulteriore test report rilasciato dall’Ente di accreditamento cinese. Lo standard in vigore nella Repubblica Popolare Cinese per la classificazione delle mascherine è il GB 2626-2006 che specifica i requisiti tecnici, i metodi di prova e la marcatura di questi dispositivi.

DPI; mascherine; INAIL: validazione; laboratorio accreditato; ente di accreditamento 12

TAR Lombardia Brescia – Sentenza del 11/01/2022 n. 18

Viene sottoposta all’esame del Tribunale Lombardo la correttezza dell’attribuzione dei punteggi premiali collegati alle certificazioni di qualità dei sistemi aziendali.

Le doglianze del ricorrente erano relative alla presunta modifica delle previsioni della legge di gara operata attraverso i chiarimenti forniti durante lo svolgimento della procedura.

UNI EN ISO 22000; UNI EN ISO 22005; UNI EN ISO 14001; Registrazione EMAS 13

Tar Sicilia Catania – Sentenza del 15/02/2022 n. 467

Il TAR Catania esamina la questione del campo di applicazione del sistema di gestione e, dunque, dello scopo per il quale la certificazione UNI EN ISO 45001 è rilasciata, al fine di verificarne la rilevanza nell’ambito delle procedure di gestione delle gare di appalto pubblico

UNI EN ISO 45001; scopo della certificazione; campo di applicazione 14

Tar Lazio Roma – Sentenza del 03/03/2022 n. 2571

Il TAR Capitolino affronta il tema della distinzione tra la richiesta di certificazioni accreditate quali requisiti di partecipazione, da un lato, e al fine dell’attribuzione dei punteggi premiali, dall’altro. Viene, altresì esaminata la questione del c.d. “cumulo alla rinfusa” nella qualificazione dei consorzi stabili e la sua applicazione al caso di richiesta di certificazione del sistema di qualità aziendale quale requisito di partecipazione.

UNI EN ISO 45001; UNI EN ISO 9001; campo di applicazione; consorzi stabili; cumulo alla rinfusa 16

Tar Liguria – Sentenza del 31/01/2022 n. 4267

I Giudici liguri affrontano la delicata questione del conflitto di interessi, applicato a diverse società del medesimo gruppo, impegnate in fasi differenti della realizzazione di uno stesso intervento.

Una delle attività affidate alle predette società consisteva nella verifica del progetto ai sensi dell'art. 26 del Codice Contratti.

Organismo di ispezione; ISO/IEC 17020; Conflitto di interessi

18



Consiglio di Stato

Sentenza del 02/03/2022 n. 1474

Registrazione EMAS

Il ricorrente aveva censurato l'operato della stazione appaltante sotto svariati profili, uno dei quali relativo alla asserita non pertinenza della registrazione EMAS (erroneamente definita come "certificazione di qualità"), richiesta dalla documentazione di gara ai fini della partecipazione alla gara per l'affidamento di servizi di igiene urbana e, specificamente, per il servizio di raccolta integrata dei rifiuti urbani.

Clausola escludente

La società ricorrente non aveva partecipato alla gara, ritenendo che le clausole del bando impugnate – incluso il possesso della registrazione EMAS – avessero carattere immediatamente escludente. Il TAR Napoli, giudice di primo grado, aveva tuttavia ritenuto inammissibile il ricorso, negando la natura immediatamente escludente delle clausole del bando censurate.

Contro la sentenza è stato proposto l'appello oggetto della pronuncia in commento, che ha confermato la sentenza di primo grado.

Pertinenza del requisito

Per quanto specificamente concerne il tema della registrazione EMAS, il Consiglio di Stato osserva che la doglianza della società ricorrente – ovvero la pretesa non pertinenza ed eccessiva onerosità del requisito richiesto rispetto all'oggetto dell'affidamento – era sfornita di qualsiasi supporto probatorio, non essendo stato chiarito per quale motivo il requisito in questione non avrebbe potuto essere indicato dalla stazione appaltante ai fini della partecipazione alla gara.

Criteri Ambientali Minimi

Benché la censura fosse generica, il Consiglio di Stato ha comunque ritenuto opportuno chiarire che la registrazione EMAS è richiamata espressamente dal DM 13 febbraio 2014.

Si tratta del Decreto Ministeriale 13 febbraio 2014, recante "Criteri ambientali minimi per «Affidamento del servizio di gestione dei rifiuti urbani», che prevede espressamente che le stazioni appaltanti, in sede di selezione dei candidati alle procedure di affidamento dei servizi in questione, richiedano come mezzi di prova della capacità di eseguire il contratto con il minore impatto possibile sull'ambiente attuando misure di gestione ambientale conformi ad uno schema riconosciuto in sede internazionale, la registrazione EMAS e la certificazione ISO14001, ammettendo peraltro che la prova richiesta possa essere fornita anche con mezzi alternativi.

E' evidente, quindi, che la richiesta della stazione appaltante fosse legittima.

Approfondimento

Le **clausole immediatamente escludenti** contenute nel bando di gara devono essere impugnate nel termine di legge (30 giorni) decorrente dalla data di pubblicazione dello stesso.

Al contrario, quelle non immediatamente escludenti vanno impugnate unitamente al provvedimento di aggiudicazione ad altro operatore economico e possono essere impugnate solo da coloro che hanno partecipato alla gara.

Pertanto, un'impresa che non ha partecipato alla gara non può impugnare delle clausole che non sono immediatamente escludenti e, se lo fa, il ricorso è inammissibile per carenza di interesse.

Possono avere portata escludente le clausole: i) relative ai requisiti di partecipazione; ii) che impongano, ai fini della partecipazione, oneri assolutamente incomprensibili o manifestamente sproporzionati rispetto ai caratteri della procedura di gara; iii) impositive di obblighi *contra ius*; iv) caratterizzate da gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta tecnica o economica.



Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana (CGARS)

Sentenza del 23/03/2022 n. 358

Prove di laboratorio

La Corte Siciliana, che è organo di appello delle sentenze dei Tribunali Amministrativi della Regione a statuto speciale, si è pronunciata in relazione all'aggiudicazione di un appalto avente ad oggetto, tra l'altro, servizi di prove di laboratorio.

Accreditamento e certificazione di qualità

Nell'analisi della sentenza si nota una certa confusione – che non è chiaro se derivi direttamente dalla formulazione dei documenti di gara, dalla prospettazione delle argomentazioni dei ricorrenti o dalla medesima pronuncia – tra il concetto di accreditamento dei laboratori e quello di certificazione dei sistemi di qualità.

Si tratta di un errore molto frequente nel quale incappano sia le stazioni appaltanti, nella formulazione della *lex specialis* di gara, sia purtroppo i giudici chiamati a pronunciarsi sull'applicazione di quest'ultima.

Si legge nella sentenza in commento che il disciplinare di gara attribuiva "5 punti per il criterio tabellare del possesso della certificazione di qualità ISO 17025". La norma ISO 17025, tuttavia, concerne l'accREDITAMENTO dei laboratori di prova, e non la certificazione del sistema di qualità aziendale.

Punteggio premiale

L'oggetto del contendere era proprio la modalità con la quale la Commissione di gara aveva attribuito ai concorrenti il punteggio premiale di 5 punti per il possesso del certificato [di accreditamento] ISO 17025.

Il ricorrente contestava l'avvenuta assegnazione del punteggio all'aggiudicatario, il quale non aveva allegato l'elenco delle prove per le quali l'accREDITamento era stato conseguito, ritenuto indispensabile dall'appellante.

In effetti, l'aggiudicatario stesso aveva dato atto di possedere l'accREDITamento solo in relazione ad alcune delle prove oggetto di affidamento e non per tutte, sicché l'attribuzione del punteggio premiale di 5 punti, assegnato con il criterio on/off, non sarebbe stata logica.

Ricorso incidentale

Di contro, l'aggiudicatario aveva a propria volta impugnato incidentalmente l'ammissione alla gara del raggruppamento ricorrente, lamentando che i) il certificato ISO 9001 prodotto da uno dei componenti era relativo al settore EA35 anziché al settore EA34 come richiesto dai documenti di gara; ii) il certificato ISO 9001 prodotto da altro componente era stato rilasciato da organismo certificatore di diritto inglese, non accREDITato da Accredia per il settore EA34 e, infine iii) i certificati ISO 14001 prodotti da tutti i componenti sarebbero stati rilasciati da organismo certificatore slovacco, accREDITato Accredia solo per il rilascio dei certificati ISO 9001.

La decisione sul ricorso principale

In relazione al ricorso principale e, in particolare, alla illegittima assegnazione del punteggio premiale on/off pari a 5 punti a fronte dell'accREDITamento solo di alcune delle prove oggetto dell'appalto e non di tutte, la Corte Siciliana, ha ritenuto che la clausola del disciplinare di gara che prevedeva l'attribuzione del predetto punteggio premiale non era chiara e, pertanto, la stessa avrebbe necessariamente dovuto interpretarsi nel senso più favorevole per i partecipanti.

I Giudici siciliani non negano che la prospettazione del ricorrente (secondo cui il punteggio premiale avrebbe potuto riconoscersi solo se tutte le prove fossero state accREDITate) è *"in teoria, in parte ragionevole"* in quanto *"ritenere che sia sufficiente il possesso di un certificato [i.e. di accREDITamento] indipendentemente dalla tipologia e numero di prove potrebbe condurre a risultati aberranti, perché su un complesso di prove di laboratorio chimiche, fisiche e meccaniche poste a base di gara, per un totale di circa un migliaio, ad una concorrente basterebbe essere certificata per una sola prova per ottenere il punteggio, appiattendo quindi il risultato rispetto aziende che invece fossero in possesso di una certificazione di qualità riferita a centinaia di prove"* ma ciò nondimeno ritengono che, ai sensi della legge di gara, si debba comunque ritenere che il punteggio vada assegnato indipendentemente dal numero di prove accREDITate.

Tuttavia, considerando che il certificato di accREDITamento prodotto dall'aggiudicatario senza la specifica elencazione delle prove cui si riferiva indicava espressamente *"l'accREDITamento attesta la competenza tecnica del laboratorio relativamente al campo di accREDITamento riportato nell'elenco prove allegato al presente certificato di accREDITamento. Il presente*

*certificato non è da ritenersi valido se non accompagnato dagli elenchi prove che possono variare nel tempo”, i Giudici siciliani accolgono uno dei motivi del ricorso principale, affermando che la commissione di gara avrebbe dovuto senz’altro escludere qualunque attribuzione di punteggio, ritenendo il certificato prodotto *tamquam non esset*. Conseguentemente, la Corte annulla l’aggiudicazione che era stata conseguita proprio grazie al vantaggio ottenuto con l’attribuzione del punteggio premiale di cui si è detto.*

La Corte nega, peraltro, l’attivabilità del soccorso istruttorio nel caso di specie, atteso che il certificato di accreditamento e l’elenco delle prove allegato costituivano documenti a corredo dell’offerta tecnica e, come tali, non integrabili successivamente alla presentazione.

...e su quello incidentale

Il Collegio esamina anche il ricorso incidentale con il quale, invece, l’aggiudicataria chiedeva l’estromissione dalla gara della ricorrente per la mancata allegazione della certificazione del sistema di qualità aziendale ai sensi della norma UNI EN ISO 9001:2015 settore EA34. In questo caso, tuttavia, i giudici ritengono che il soccorso istruttorio sia attivabile e che, dunque, i componenti del raggruppamento non possano essere esclusi ma debbano essere ammessi a produrre i documenti attestanti il possesso del requisito dai medesimi dichiarato.

In sostanza, dunque, per effetto dell’accoglimento parziale dei ricorsi principale ed incidentale la gara regredisce al momento precedente l’attribuzione dei punteggi per consentire le verifiche amministrative del caso.

Commento

Non vi è dubbio che il caso affrontato dalla Corte fosse complesso e il fatto che tutti i motivi di ricorso, sia principali che incidentali, avessero comunque attinenza con l’accreditamento e le valutazioni di conformità accreditate testimonia quanto sia importante e delicata la formazione delle stazioni appaltanti (ma anche degli operatori economici e degli stessi magistrati) su questi temi.

Ancora una volta emerge, dalla sentenza in commento, un deficit sia nella formulazione dei documenti di gara che nell’applicazione degli stessi durante lo svolgimento della procedura che dovrebbe far riflettere sulla necessità di incrementare – anche nell’ottica del futuro sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti – lo studio e la comprensione del sistema introdotto dal Regolamento 2008/765/CE, così utile, se ben padroneggiato, al elevare la qualità degli affidamenti in modo oggettivo e semplice.

Va salutato con favore il riconoscimento, da parte della Corte siciliana, dell’invalidità, ai fini della partecipazione alla gara e/o del conseguimento del punteggio premiale, del certificato di accreditamento ai sensi della norma UNI EN ISO 17025 privo dell’indicazione delle prove cui si riferisce, non essendo possibile evidentemente comprenderne l’attinenza all’oggetto dell’affidamento, ma desta perplessità il riferimento costante, all’interno della pronuncia, a tale certificato come ad una “certificazione di qualità”.

Approfondimento

Il **ricorso incidentale** è lo strumento processuale con il quale si consente alle parti resistenti ed ai controinteressati in giudizio, di proporre domande, il cui interesse sorge in dipendenza della domanda proposta in via principale.

Nel caso dei ricorsi in materia di appalti pubblici, è frequente che l'aggiudicatario – il quale è controinteressato rispetto alla domanda di annullamento degli atti di gara – a propria volta ricorra incidentalmente allo scopo di far estromettere dalla gara il ricorrente principale

Il ricorso incidentale è disciplinato dall'art. 42 del Codice del Processo Amministrativo.



Tar Lazio Roma

Sentenza del 12/04/2022 n. 4449

Soccorso istruttorio

Il caso esaminato dal Giudici Capitolini ruota principalmente attorno alla questione della sanabilità o meno, attraverso l'istituto del soccorso istruttorio, dell'erronea allegazione di certificazioni di qualità scadute da parte del concorrente che, in effetti, sia in possesso delle medesime certificazioni in corso di validità.

Nel caso di specie le predette certificazioni accreditate erano state richieste a corredo dell'offerta tecnica, ai fini dell'attribuzione di un punteggio premiale ai soggetti che ne fossero in possesso.

La stazione appaltante, su specifica istanza in autotutela proposta da alcuni concorrenti, aveva richiesto alla commissione giudicatrice, facendo leva su un orientamento di tipo sostanzialista che avrebbe consentito alle stazioni appaltanti di accedere direttamente al sito dell'ente unico di accreditamento Accredia, per verificare la validità delle certificazioni possedute dai concorrenti, di valutare l'opportunità di procedere nel senso richiesto dagli operatori economici.

Il ricorrente aveva, di contro, rappresentato alla stazione appaltante che il soccorso istruttorio non poteva essere attivato, in quanto le certificazioni erano state prodotte dai *competitors* anche a corredo dell'offerta tecnica, per l'attribuzione dei punteggi premiali, e non soltanto nell'ambito della documentazione presentata ai fini dell'ammissione alla gara.

Ciononostante, la stazione appaltante ha ammesso gli operatori economici instanti alla regolarizzazione delle certificazioni accreditate originariamente prodotte (risultanti scadute), rideterminando la graduatoria che, nel frattempo, era già stata formata.

La scelta di consentire – peraltro solo a due dei partecipanti alla gara – la regolarizzazione delle certificazioni presentate, con conseguente rideterminazione della graduatoria finale è stata ritenuta illegittima dai Giudici capitolini.

Legislazione emergenziale

Nell'ambito del giudizio instauratosi a seguito dell'aggiudicazione intervenuta sulla base della nuova graduatoria, il Collegio ha avuto modo di affrontare anche il tema dell'applicabilità alle certificazioni accreditate delle disposizioni contenute nell'art. 103 del D.L. 18/2020, emanato nell'ambito dei provvedimenti emergenziali conseguenti alla pandemia COVID-19. La norma prevedeva la proroga *ex lege* della validità di tutti gli "atti amministrativi".

Una delle resistenti, difatti, aveva eccepito che la certificazione erroneamente prodotta, riportante la scadenza del 2 luglio 2020, sarebbe stata in ogni caso valida anche al momento dell'esame delle offerte tecniche proprio in virtù della proroga di validità stabilita dalla citata legislazione emergenziale e ciò indipendentemente dal fatto che l'impresa aveva comunque ottenuto anche il rinnovo sino al 2023.

Atti amministrativi

Il TAR non ha condiviso la tesi della proroga *ex lege* delle certificazioni di qualità accreditate osservando che le sezioni unite della Corte di Cassazione – affermando la giurisdizione del giudice ordinario in relazione all'attività di certificazione accreditata – hanno riconosciuto la natura privatistica dell'attività di certificazione (cfr. sentenza 5 aprile 2019, n. 9678) e, dunque, hanno escluso la configurabilità dei certificati rilasciati quali "atti amministrativi".

Nella sentenza citata la Corte di Cassazione ha richiamato un orientamento della Corte di Giustizia Europea, affermando che l'attività posta in essere dagli organismi privati di certificazione, *"sebbene non si limita all'organizzazione di semplici controlli di conformità (...), ma comprende anche il potere di trarre conseguenze da tali controlli"* comunque, *"non costituisce di per sé una partecipazione diretta e specifica all'esercizio dei pubblici poteri, tale che ogni ulteriore attività che partecipi ai pubblici poteri ne sia necessariamente separabile"* (così Corte Giust., 29/11/2007, C-393/05; Corte Giust., 29/11/2007, C-404/05)".

Approfondimento

Il **soccorso istruttorio** è un istituto che trova applicazione in relazione a qualunque procedimento amministrativo, ma, nell'ambito delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, è specificamente disciplinato dall'art. 83 comma 9 del Codice Contratti.

Il soccorso istruttorio può essere attivato per le carenze di qualsiasi elemento formale e, quindi, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del Documento di Gara Unico Europeo, **con esclusione** di quelle afferenti **all'offerta economica e all'offerta tecnica**.

Per ciò è differente, ai fini dell'applicabilità dell'istituto, che, ad esempio, le certificazioni di qualità ai sensi della norma UNI EN ISO 9001 siano richieste ai fini della partecipazione alla gara oppure a corredo dell'offerta tecnica.

Costituiscono **irregolarità essenziali non sanabili** le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa.

Se il concorrente cui è richiesto non provvede alla regolarizzazione della documentazione prodotta nel termine assegnato, è escluso dalla gara.



Tar Lazio Roma

Sentenza del 15/02/2022 n. 1843

Il TAR Roma si è pronunciato, con la sentenza in commento in ordine alla legittimità dei criteri di valutazione delle offerte definiti dalla stazione appaltante, in particolare in relazione al presunto effetto restrittivo della concorrenza - in particolare in relazione alla possibilità di effettiva partecipazione vittoriosa delle PMI - che tali criteri avrebbero avuto.

Punteggio premiale

In particolare, secondo la ricorrente, risulterebbero illegittime sia la inutile e illogica duplicazione di punteggio di una "certificazione ambientale" EMAS e 14001, "in quanto parimenti espressiva della qualità del servizio", sia l'eccessivo peso (12 punti su 70) attribuito al solo possesso delle certificazioni di qualità rispetto al merito dell'offerta tecnica, con ulteriore illegittima commistione e/o duplicazione tra le certificazioni di qualità richieste ai soli fini partecipativi con quelle richieste ai fini dell'attribuzione del punteggio.

Registrazione EMAS

La ricorrente ha sostenuto che la scelta della stazione appaltante di prevedere l'attribuzione di un punteggio premiale al possesso della registrazione EMAS - asseritamente non posseduta dalle PMI ma solo da grandi imprese - avrebbe reso impossibile per le realtà imprenditoriali di minori dimensioni aggiudicarsi la gara, atteso che per recuperare i 3 punti

UNI EN ISO 14001

qualitativi perduti avrebbero dovuto formulare un'offerta economica particolarmente aggressiva e non sostenibile.

Ad avviso della ricorrente, vi sarebbe stata un'illegittimità della *lex specialis* di gara nella parte in cui non considerava alternative la registrazione EMAS e la certificazione di conformità alla UNI EN ISO 14001.

Al contrario, il disciplinare prevedeva l'attribuzione di differenti punteggi per il possesso della certificazione ISO 14001 e per l'avvenuta registrazione EMAS. Si sarebbe dunque duplicato, a tutto vantaggio dei grandi player di mercato, il punteggio attribuito per requisiti ambientali ritenuti dalla ricorrente del tutto equipollenti.

Il Collegio ha ritenuto che il ricorso, ancorché impugnasse clausole non escludenti in senso stretto, fosse comunque ammissibile tenendo conto della prospettazione della ricorrente e della asserita natura ostativa all'utile partecipazione alla gara che, sempre secondo quest'ultima, avrebbero avuto le clausole impuginate.

Il TAR, però, ha innanzitutto chiarito come sia del tutto ragionevole che la pubblica amministrazione, nell'affidare un servizio di ristorazione, che ha un evidente impatto anche sulla salute e sull'igiene, oltre che ecologico – ambientale, privilegi il possesso di certificazioni ambientali, anche al fine di incentivare la partecipazione alle gare di soggetti particolarmente qualificati che garantiscano elevati standard qualitativi.

Detto ciò, il Collegio ha ulteriormente chiarito che, contrariamente agli assunti della ricorrente, la certificazione ISO 14001 e la registrazione EMAS non sono sovrapponibili, atteso che, per l'ottenimento di quest'ultima, occorrono requisiti aggiuntivi non previsti per il rilascio della certificazione ISO 14001



TAR Lazio Roma

Sentenza dell'11/03/2022 n. 3230

La pronuncia concerne la legittimità del diniego di validazione di un dispositivo di protezione individuale (DPI), nella fattispecie una mascherina KN95 ear loop mask, da parte dell'INAIL.

DPI

Durante la pandemia Covid-19, la legislazione emergenziale aveva dettato disposizioni specifiche per far fronte all'improvvisa scarsità di DPI, indotta dal dilagare del virus e dalla conseguente necessità di adottare provvedimenti sempre più stringenti che imponevano l'utilizzo dei predetti dispositivi.

INAIL

L'art. 15 del D.L. 18/2020, nel testo vigente all'epoca del diniego di validazione oggetto di impugnativa, prevedeva la possibilità di produrre, importare e immettere in commercio DPI anche in deroga alla normativa vigente, sempre che i produttori, gli importatori dei dispositivi di protezione individuale e coloro che li immettevano in commercio utilizzando la predetta deroga inviassero all'INAIL una autocertificazione nella quale, sotto la propria esclusiva responsabilità, attestavano le caratteristiche tecniche dei citati dispositivi e dichiarassero che gli stessi rispettavano tutti i requisiti di sicurezza di cui alla vigente normativa, trasmettendo, altresì, all'INAIL ogni elemento utile alla validazione dei dispositivi in questione, che doveva essere attestata dall'Istituto.

Come ricordato dal Collegio, l'INAIL non svolge alcuna prova di laboratorio propedeutica alla validazione, essendo quindi onere del soggetto interessato fornire la prova che il DPI sia di certa provenienza e che sia stato sottoposto da parte di un organismo abilitato ad un corretto test, volto a verificarne le caratteristiche e la reale capacità protettiva.

Mascherina

Nel caso di specie si trattava di una mascherina prodotta in Cina, la cui richiesta di validazione era stata corredata da: un test report, redatto dal laboratorio GTTC (Guangzhou Inspection Testing and Certification Group) e un ulteriore test report rilasciato dall'Ente cinese Huacetong (Shenzhen Huacetong Testing and Certification).

La validazione era stata negata proprio perché dalla stessa documentazione prodotta risultava che il DPI non possedeva i requisiti necessari per la validazione.



TAR Lombardia Brescia

Sentenza dell'11/01/2022 n. 18

Il TAR Brescia affronta, tra gli altri, un motivo di ricorso relativo alla presunta modifica, ad opera dei chiarimenti forniti dalla stazione appaltante, di quanto statuito in materia di certificazioni dalla lex specialis di gara.

Certificazioni

L'affidamento in questione concerneva servizi di refezione scolastica e altri servizi ristorativi comunali. Il Disciplinare aveva previsto l'assegnazione di punteggi tecnici in relazione al possesso delle seguenti certificazioni

1. UNI EN ISO 22000 - Sistemi di gestione per la sicurezza alimentare per le imprese che operano all'interno della filiera alimentare - (1 punto)
2. UNI EN ISO 22005 - Rintracciabilità nelle filiere agroalimentari (1 punto)

3. UNI EN ISO 14000 – Sistemi di gestione ambientale o registrazione EMAS – Sistema comunitario di ecogestione e audit (1 punto)
4. "ogni altra certificazione inerente il servizio" (0,5 punti ciascuna fino a un massimo di 2 punti)

In sede di chiarimenti forniti durante l'espletamento della procedura di affidamento, la stazione appaltante aveva specificato che "le certificazioni erano da riferirsi al centro cottura".

Pertinenza

La ricorrente contesta che all'aggiudicataria siano stati attribuiti 2 punti per le "altre certificazioni", sebbene queste non concernessero il centro cottura e, dunque, non fossero pertinenti all'affidamento.

In disparte il fatto che la stazione appaltante non avrebbe comunque potuto fornire dei chiarimenti che modificassero, peraltro in senso più restrittivo, la ragionevole interpretazione da darsi alle previsioni del Disciplinare, il Collegio osserva che mentre per quanto attiene alle certificazioni riportate ai precedenti numeri 1, 2 e 3 è ragionevole ritenere - atteso che la *lex specialis* di gara ne richiedeva il possesso solo all'avvio del servizio - che le stesse fossero riferite al centro cottura, non altrettanto poteva dirsi per le certificazioni sub 4, che ben avrebbero potuto avere attinenza con altri aspetti delle prestazioni affidate e quindi non essere specificamente riferite al centro cottura.

Al fine, comunque, di evitare contenziosi, sarebbe opportuno che le stazioni appaltanti, nell'indicare quali certificazioni accreditate siano richieste ai fini dell'ammissione alla gara o dell'attribuzione di punteggi premiali, fossero maggiormente precise, soprattutto in relazione all'ambito e alla pertinenza delle stesse. E' bene ricordare che i chiarimenti forniti durante lo svolgimento della procedura non sono la sede adeguata per fornire informazioni che avrebbero dovuto essere messe a disposizione dei potenziali concorrenti con la legge speciale di gara.



TAR Sicilia Catania

Sentenza del 15/02/2022 n. 467

Anche in questo caso il Collegio è chiamato a dirimere una questione attinente l'interpretazione della *lex specialis* di gara, l'eventuale illegittima modificazione della stessa ad opera dei chiarimenti forniti da RUP in corso di procedura e la pertinenza, proporzionalità ed idoneità delle certificazioni richieste rispetto all'oggetto dell'appalto.

UNI EN ISO 14001

Nella fattispecie, relativa all'affidamento del "Servizio di presidio antincendio, da svolgersi lungo le tratte in esercizio delle autostrade siciliane A/18 Messina Catania ed A/20 Messina Palermo", la documentazione di gara prevedeva, oltre all'attribuzione di punteggi premiali per il possesso

UNI ISO 39001

UNI EN ISO 45001

delle certificazioni accreditate UNI EN ISO 14001 – Sistemi di gestione ambientale e UNI ISO 39001 – Sistemi di gestione per la sicurezza stradale, prevedeva tra i requisiti di partecipazione alla gara anche il possesso della certificazione accreditata 45001:2018 - Sistemi di gestione per la salute e sicurezza sul lavoro.

Ad avviso della ricorrente, l'aggiudicataria non avrebbe dovuto essere ammessa alla procedura di affidamento in quanto, sarebbe stata in possesso della certificazione di che trattasi solo relativamente ad un più generico campo di applicazione rispetto a quello propriamente richiesto dalla stazione appaltante.

Campo di applicazione

La ricorrente, difatti, evidenzia come le norme UNI EN ISO 45001 richiedano espressamente di determinare quale sia il campo di applicazione del sistema di gestione, ovvero quali siano le attività, tra le molteplici che la società può effettuare, che siano incluse e gestite nel rispetto delle norme in questione. Solo in questo modo è possibile sapere quale sia l'ambito dell'organizzazione effettivamente coperto dalla gestione della salute e sicurezza.

Quello che mancava, ad avviso della ricorrente, nella certificazione prodotta dall'aggiudicataria ai fini dell'ammissione alla gara, era lo specifico ambito di applicazione autostradale, atteso che la certificazione prodotta concerneva unicamente il generico servizio di sorveglianza attrezzata e vigilanza antincendio.

Per la società ricorrente, la menzione espressa dell'ambito autostradale era indispensabile, atteso che i diversi luoghi di svolgimento del servizio in questione (un teatro, un centro commerciale o, per l'appunto, un'autostrada) richiedono competenze e procedure specifiche (oggetto di verifica durante una procedura di certificazione della ISO 14001) e presentano rischi e una gestione degli stessi totalmente diversi (oggetto di verifica durante una procedura di certificazione alla norma ISO 45001).

Chiarimento fornito dal RUP

In sede di gara, il RUP aveva fornito un chiarimento che avrebbe potuto interpretarsi come più permissivo rispetto alla specificità del campo di applicazione indicato dalla *lex specialis* di gara, ma la ricorrente ne aveva comunque contestato l'attitudine a modificare quest'ultima.

Dal canto suo, l'aggiudicataria aveva sostenuto che la propria certificazione si poneva in rapporto di "genere" a "specie" rispetto all'ambito in questione e, dunque, lo comprendeva necessariamente.

La decisione

Il Collegio ha ritenuto di accogliere la doglianza della ricorrente atteso che la *lex specialis* di gara aveva espressamente richiesto che la valutazione di conformità dovesse essere idonea, pertinente e proporzionata al "*servizio di sorveglianza attrezzata e vigilanza antincendio in ambito autostradale*" e quindi

- idonea: volendo sottintendere il possesso delle qualità necessarie per lo svolgimento dello specifico servizio (...ambito autostradale);

- pertinente: volendo evocare ciò che riguarda in modo diretto lo svolgimento dello specifico servizio (...ambito autostradale);
- proporzionata: volendo richiamare ciò che è in debita misura rispetto allo specifico servizio (...ambito autostradale).

I Giudici siciliani hanno anche sottolineato come la *lex specialis* abbia aggiunto che detto documento dovesse essere rilasciato "*per lo specifico settore e campo di applicazione/scopo del certificato richiesto*".

Quanto ai chiarimenti forniti dal RUP, il Collegio li ha ritenuti generici e come tali idonei a determinare una [illegittima] modificazione della disciplina di gara.

Approfondimento

I **chiarimenti** non sono idonei a modificare la disciplina di gara ed ad ampliarne il contenuto rispetto alle originarie previsioni. Nelle gare d'appalto le uniche fonti della procedura di gara sono costituite dal bando di gara, dal capitolato e dal disciplinare, unitamente agli eventuali allegati e i chiarimenti auto-interpretativi della stazione appaltante non possono né modificarle, né integrarle, né rappresentarne un'inammissibile interpretazione autentica.

La legge di gara, difatti, prima ancora dei concorrenti vincola la medesima stazione appaltante.

Quindi, i chiarimenti forniti dalla stazione appaltante hanno mera funzione di illustrazione delle regole già formate e predisposte dalla disciplina di gara, senza alcuna incidenza in termini di modificazione o integrazione delle condizioni di gara. Occorre sempre dare prevalenza al significato desumibile dal tenore delle predette disposizioni, a prescindere dagli eventuali chiarimenti contrastanti che siano stati forniti durante lo svolgimento della procedura.



TAR Lazio Roma

Sentenza del 03/03/2022 n. 2571

I Giudici capitolini affrontano, il delicato tema della qualificazione dei consorzi stabili nell'ambito delle gare di servizi nonché quello della pertinenza delle certificazioni richieste ai fini dell'ammissione alla procedura di affidamento.

La gara concerneva l'affidamento del "Servizio di supporto agli impianti industriali: attività di supporto alla produzione per l'IMC Roma Smistamento della Direzione Regionale Lazio di Trenitalia".

La *lex specialis* di gara, accanto ai punteggi premiali attribuiti per il possesso della certificazione UNI EN ISO 14001 e registrazione EMAS, prevedeva come requisiti di partecipazione alla gara il possesso delle certificazioni UNI EN ISO 9001 e UNI EN ISO 45001. In caso di consorzi stabili, i requisiti di ammissione avrebbero dovuto essere posseduti dal consorzio e da ciascuno dei consorziati per i quali il consorzio stesso aveva dichiarato di concorrere.

Il consorzio stabile ricorrente, aveva indicato un'impresa esecutrice per lo svolgimento del 100% del servizio affidato. In sede di gara era stato dichiarato il possesso, in capo alla consorziata designata, dei requisiti di qualificazione predetti.

Campo di applicazione

Tuttavia, in sede di comprova – essendo il consorzio risultato primo in graduatoria – la stazione appaltante aveva accertato che le certificazioni richieste per l'ammissione alla procedura erano state conseguite per un diverso campo di applicazione, non pertinente rispetto al servizio oggetto di affidamento e, in particolare, per l'"Erogazione di servizi di pulizia".

La stazione appaltante aveva quindi richiesto un'integrazione documentale, all'esito della quale era emerso che l'iter per l'ampliamento del campo di applicazione delle certificazioni predette era ancora in corso.

Si deve rammentare, difatti, un principio fondamentale delle gare pubbliche: i requisiti di partecipazione devono essere posseduti senza soluzione di continuità dal momento della presentazione della domanda di partecipazione o dell'offerta (a seconda che si tratti di una procedura ristretta, negoziata o aperta) fino all'aggiudicazione e devono, altresì, permanere per tutta la durata dell'esecuzione delle prestazioni.

Non è, quindi, possibile presentare offerta (o domanda di partecipazione ad una gara) senza possedere i requisiti di ammissione, anche nel caso in cui gli stesso dovessero poi essere conseguiti durante lo svolgimento della procedura e prima dell'aggiudicazione. Nel caso all'esame del Collegio, peraltro, neppure al momento dell'aggiudicazione la consorziata designata aveva ottenuto il richiesto ampliamento del campo di applicazione delle certificazioni possedute.

Cumulo alla rinfusa

Dunque, poiché la consorziata designata era risultata carente dei requisiti di ammissione, il consorzio era stato escluso ed aveva presentato il ricorso deciso con la sentenza in commento.

Il consorzio ricorrente sosteneva che i contestati requisiti, sebbene non posseduti dalla consorziata, erano in ogni caso posseduti dal Consorzio in proprio, per cui dovevano essere ritenuti sussistenti per effetto del principio del c.d. "cumulo alla rinfusa".

Il Collegio, tuttavia, ha respinto il ricorso osservando, da un lato che, dopo la modifica apportata al Codice contratti pubblici dal c.d. "sblocca-cantieri", nelle gare relative a servizi e forniture il c.d. "cumulo alla rinfusa" opera limitatamente alla "*disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo*", i quali sono "*computati cumulativamente*

in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate” e, dall’altro, che quand’anche tale limitazione non fosse stata reintrodotta dal c.d. “sblocca-cantieri”, ugualmente non sarebbe stata applicabile al caso di specie in quanto era la consorziata designata ad essere priva dei requisiti di partecipazione richiesti.



TAR Liguria

Sentenza del 31/01/2022 n. 69

Organismo di Ispezione

ISO/IEC 17020

Il TAR Liguria affronta un caso delicato e complesso, nel quale viene in rilievo il tema del conflitto di interessi, nel cui ambito è peraltro coinvolto un organismo di ispezione di tipo “C”, accreditato ai sensi della norma UNI ISO/IEC 17020.

La gara oggetto di impugnativa era relativa all’affidamento dell’incarico di coordinamento progettuale, controllo qualità, direzione lavori, coordinamento della sicurezza e supporto tecnico (attività di *project managemet consultant*, o P.M.C.) nell’ambito dell’appalto integrato (progettazione + esecuzione) dei lavori per la realizzazione della nuova diga foranea del Porto di Genova.

A monte della procedura in questione si collocava l’affidamento della verifica del progetto di fattibilità tecnico economica dell’intervento (PFTE), che avrebbe per l’appunto costituito la base del futuro appalto integrato.

Conflitto di interessi

Il ricorso del raggruppamento secondo classificato si appunta sul presunto conflitto di interessi nel quale si sarebbe trovata l’aggiudicataria, nonché sulla posizione di vantaggio competitivo che la stessa avrebbe avuto per essere controllata dalla medesima holding controllante l’impresa risultata aggiudicataria nella gara a monte, sulla verifica del PFTE, peraltro ancora in corso al momento della celebrazione della procedura oggetto di ricorso.

Il RTI ricorrente reclamava l’esclusione dell’aggiudicataria in quanto i rapporti intrattenuti con la società consorella, incaricata della verifica del PFTE, avrebbero minato i requisiti di indipendenza richiesti dalla legge di gara e dal Codice contratti, atteso che la vincitrice dell’appalto si sarebbe trovata a controllare, gestire e approvare un progetto verificato dalla propria collegata.

Inoltre, vi sarebbe stata un’asimmetria informativa tra l’aggiudicataria e gli altri partecipanti alla procedura di gara, in considerazione della possibilità di accedere all’istruttoria tecnica effettuata sul progetto da altra società del medesimo gruppo e di conseguire, per ciò, un vantaggio competitivo tale da averle garantito la vittoria.

Il RTI ricorrente, inoltre, ipotizza che vi sia stato, da parte della stazione appaltante un vero e proprio "aggiramento" della normativa ISO/IEC 17020 e del divieto di cui all'art. 26, commi 6 e 7, D.Lgs. n. 50/2016, consentendo ad una impresa lo svolgimento di un servizio di verifica, in qualità di organismo di ispezione, su cui poi sarà svolta un'attività di Project Management Consulting (compreso il supporto al RUP ai fini della validazione del progetto) da parte di un operatore economico strettamente connesso dal punto di vista societario.

Ad avviso del RTI ricorrente, l'aggiudicataria non avrebbe dovuto essere ammessa alla procedura di affidamento in quanto, sarebbe stata in possesso della certificazione di che trattasi solo relativamente ad un più generico campo di applicazione rispetto a quello propriamente richiesto dalla stazione appaltante.

La decisione

I Giudici liguri hanno respinto i motivi di ricorso che facevano leva sul presunto conflitto di interessi e sulla dedotta asimmetria informativa e conseguente vantaggio competitivo dell'aggiudicataria.

In particolare, il Collegio ha osservato che non sussisteva alcuna incompatibilità ai sensi dell'art. 26 del codice contratti, atteso che ai sensi dell'art. 26 comma 7 del D.Lgs. n. 50/2016, *"lo svolgimento dell'attività di verifica è incompatibile con lo svolgimento, per il medesimo progetto, dell'attività di progettazione, del coordinamento della sicurezza della stessa, della direzione lavori e del collaudo"*,

Trattandosi di una norma limitativa della possibilità di partecipare alle procedure di affidamento, la stessa deve essere interpretata restrittivamente, anche in conformità al principio di tipicità e tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 83 comma 8 del D.Lgs. n. 50/2016.

La norma considera infatti incompatibili, "per il medesimo progetto", le attività di verifica della progettazione, da un lato, e quelle di progettazione, di coordinamento della sicurezza della progettazione, di direzione lavori e di collaudo, dall'altro: laddove, nel caso di specie, il servizio affidato con l'atto impugnato non è quello di progettazione, bensì quello di consulenza e supporto al R.U.P. ai fini della validazione ed approvazione del progetto di fattibilità tecnico economica elaborato da un soggetto terzo.

Il provvedimento impugnato non concerne ancora l'attività di direzione lavori la quale, in ogni caso, avrà ad oggetto non già il medesimo progetto preliminare (PFTE) verificato dalla collegata all'aggiudicataria, ma il diverso progetto esecutivo da elaborarsi da colui che, all'esito delle future fasi dell'iniziativa, risulterà aggiudicatario dell'appalto integrato.

Tuttavia, nonostante i motivi di ricorso di cui si è detto siano stati respinti, ugualmente l'aggiudicazione è stata annullata in accoglimento di altri e diversi motivi che avevano attinenza con il mancato possesso, da parte dell'impresa risultata aggiudicataria, dei requisiti di fatturato per servizi analoghi e contratto di punta richiesti dal bando di gara.

Approfondimento

Gli organismi di ispezione, accreditati sulla base della norma ISO/IEC 17020 possono essere di 3 tipi:

Tipo A: l'organismo di ispezione che svolge esclusivamente attività di valutazione della conformità ed è pertanto organismo di terza parte;

Tipo B: l'organismo di ispezione è una parte separata e identificabile di un'organizzazione, e opera solamente per questa organizzazione madre.

Tipo C: l'organismo di ispezione è una parte identificabile, ma non necessariamente separata, di un'organizzazione, e può svolgere attività sia per l'organizzazione madre, sia per altre organizzazioni.

