



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 244 del 2021, proposto da Securpol Puglia s.p.a., in proprio e quale mandataria del RTI con Cosmopol s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Gianluigi Pellegrino e Arturo Testa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Autorità di Sistema Portuale del Mare Adriatico Centrale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, presso cui domicilia in Ancona, corso Mazzini, 55;

nei confronti

Suretè s.r.l., in proprio e quale mandataria del costituendo RTI con Vedetta 2 Mondialpol s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Alessandro Lucchetti e Francesca Paoletti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- della delibera del Presidente dell'Autorità di Sistema Portuale del Mare Adriatico Centrale n. 94 dell'8/04/2021, comunicata in pari data, recante aggiudicazione della procedura aperta per l'affidamento del “*servizio di vigilanza, sicurezza sussidiaria, maritime security presso il porto di Ancona e del servizio di monitoraggio accessi mediante servizi fiduciari presso l'area di temporanea custodia doganale denominata Scalo Marotti - Porto di Ancona*” (CIG: 8526745C8F), in favore del costituendo RTI Suretè s.r.l. - Vedetta Mondialpol s.p.a.;

- della nota PAR-002612 dell'8/04/2021 di comunicazione di aggiudicazione al RTI controinteressato;
- di tutti i provvedimenti e verbali di gara (23/12/2020; 9/02/2021; 26/02/2021; 8/03/2021) e, in particolare, del verbale n. 2 del 26/02/2021 con cui è stata erroneamente disposta l'attribuzione dei punteggi dell'offerta tecnica negando alla ricorrente i punteggi dovuti;
- del disciplinare di gara, punto 15), sub criteri C1 e C2 (pag. 24), ove inteso nel senso di imporre, ai fini dell'attribuzione del punteggio previsto dalla *lex specialis*, che le certificazioni richieste fossero prodotte esclusivamente in copia conforme, senza possibilità di autocertificazione o attestazione del possesso delle stesse e comunque eventuale soccorso istruttorio sulle modalità di esibizione;
- del disciplinare di gara, punto 14), ove inteso nel senso di non consentire il soccorso istruttorio in parola;
- di ogni altro atto connesso, presupposto o consequenziale nonché per l'accertamento e la declaratoria dell'invalidità e/o inefficacia del contratto eventualmente nelle more stipulato con il controinteressato con espressa dichiarazione di voler subentrare;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Autorità di Sistema Portuale del Mare Adriatico Centrale e di Surete s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Vista l'ordinanza cautelare n. 146 del 12 maggio 2021;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Visto l'art. 25 del D.L. n. 137 del 2020;

Relatore nella pubblica udienza del giorno 23 giugno 2021 la dott.ssa Simona De Mattia e rilevato che la stessa si è svolta mediante collegamento da remoto con l'utilizzo della piattaforma "Microsoft Teams";

FATTO e DIRITTO

1. Con il presente ricorso la ricorrente impugna gli atti indicati in epigrafe, dolendosi dell'illegittimità dell'aggiudicazione della gara per l'affidamento del servizio di vigilanza e di monitoraggio degli accessi dell'area di temporanea custodia doganale denominata Scalo Marotti presso il porto di Ancona, disposta dall'Autorità di Sistema Portuale (di seguito anche AdSP) in favore del costituendo RTI Sureté s.r.l. – Vedetta 2 Mondialpol s.p.a. Ciò in quanto la stazione appaltante non ha attribuito alla ricorrente il punteggio che la stessa assume spettante per i sub criteri C.1 e C.2 del paragrafo n. 15 del disciplinare di gara

(rispettivamente, “numero di addetti da destinare ai servizi in possesso di conoscenza certificata della lingua inglese” e “numero di addetti da destinare ai servizi in possesso di attestazione per la prevenzione incendi e lotta antincendio (rischio medio) di evacuazione dei luoghi in caso di emergenza”), essendo i relativi certificati stati allegati non in copia conforme (come prescritto dallo stesso disciplinare), bensì in copia semplice.

A sostegno del gravame deduce l'illegittimità degli atti impugnati soprattutto in relazione all'omessa attivazione del soccorso istruttorio da parte della Commissione, ritenuto dalla ricorrente possibile sia in virtù dei generali principi che regolano la materia, sia perché non impedito neppure dalle disposizioni di gara, lette in conformità a tali principi. Diversamente ragionando, le previsioni contenute nella *lex specialis* (cfr. artt. 14 e 15 del disciplinare), laddove intese nel senso di non consentire alcuna attribuzione di punteggio anche all'ipotesi in cui un concorrente abbia dichiarato (con firma digitale) il possesso delle certificazioni e abbia prodotto copia delle stesse, e ancora di non consentire l'attivazione del soccorso istruttorio, sarebbero illegittime per plurime violazioni dei principi di concorrenza e di massima partecipazione alle gare pubbliche nonché viziati da irragionevolezza, oltre che affetti dagli ulteriori vizi indicati nella rubrica dell'unico motivo di ricorso.

2. Si sono costituite in giudizio, per resistere, l'Autorità di Sistema Portuale del Mare Adriatico Centrale e la controinteressata Sureté s.r.l.

2.1. Quest'ultima, in particolare, ha preliminarmente eccepito l'inammissibilità del gravame:

- per non essere state immediatamente impuginate dalla ricorrente le clausole del bando ritenute eccessivamente onerose, sussistendo anche rispetto a queste ultime, secondo i principi enunciati dalla più recente giurisprudenza amministrativa (*ex multis*, T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 7 gennaio 2021, n. 89), un onere di immediata e autonoma impugnazione;

- per carenza di interesse, in quanto la ricorrente non potrebbe mai conseguire il punteggio richiesto, non avendo soddisfatto il requisito prescritto dalla legge di gara, la quale chiedeva di produrre i certificati relativi al solo personale da impiegare nel servizio, che avrebbe dovuto essere specificato.

2.2. Sempre la controinteressata, nella memoria di replica depositata in data 12 giugno 2021, ha eccepito l'inammissibilità delle memorie di replica della ricorrente in mancanza del previo deposito, nei termini di legge, di una memoria conclusionale; anche al riguardo, cita giurisprudenza a supporto delle proprie argomentazioni.

2.3. Parte ricorrente ha invece eccepito la tardività di tutte le produzioni della controinteressata, fin dalla memoria di costituzione, chiedendone lo stralcio (cfr., in particolare, verbale di udienza del 23 giugno 2021).

2.4. Tutte le parti, in vista della decisione di merito, hanno replicato, per iscritto e oralmente, alle eccezioni e deduzioni rispettivamente formulate, ribadendo le proprie conclusioni.

3. Alla pubblica udienza del 23 giugno 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

In via preliminare, vanno disattese le eccezioni di inammissibilità sollevate dalla difesa della controinteressata.

3.1. Innanzitutto deve escludersi un onere di immediata e autonoma impugnazione delle prescrizioni della legge di gara oggetto del presente gravame, attesa la natura non escludente delle stesse.

Come, infatti, chiarito dalla giurisprudenza amministrativa, *“il carattere immediatamente escludente ai fini della immediata impugnazione è stato ragionevolmente individuato: a) nelle clausole impositive di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati ai fini della partecipazione; b) nelle regole procedurali che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile (Cons. Stato, Ad. plen. 7 aprile 2011, n. 3); c) nelle disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara oppure prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta (Cons. Stato, sez. V, 24 febbraio 2003, n. 980); d) nelle condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e non conveniente (Cons. Stato, sez. III, 23 gennaio 2015, n. 293); e) nelle clausole impositive di obblighi contra ius; f) nei bandi contenenti gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta oppure che presentino formule matematiche del tutto errate; g) negli atti di gara del tutto mancanti della prescritta indicazione nel bando di gara dei costi della sicurezza "non soggetti a ribasso" (Cons. Stato, sez. III, 3 ottobre 2011, n. 5421); ipotesi tutte accomunate dal fatto di impedire in modo macroscopico ovvero di rendere estremamente ed inutilmente difficoltoso ad un operatore economico di formulare un'offerta corretta, adeguata e consapevole, configurandosi pertanto come una concreta ed effettiva lesione dell'interesse legittimo dell'impresa a concorrere con gli altri operatori per l'aggiudicazione di una commessa pubblica...”* (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 27 novembre 2019, n. 8088).

Sulla scorta dei richiamati principi giurisprudenziali, le clausole contenute nell'art. 14 del disciplinare di gara, nella parte in cui non consente la possibilità di ricorrere al soccorso istruttorio per tutte le mancanze afferenti all'offerta tecnica ed economica, e nell'art. 15 dello stesso, nella parte in cui richiede, ai fini dell'attribuzione del punteggio, la produzione dei certificati in copia conforme all'originale (sub criteri C.1 e C.2), non possono ritenersi immediatamente escludenti, tali cioè da precludere alla ricorrente di presentare l'offerta; le stesse, pertanto, sono state tempestivamente impugunate unitamente agli atti applicativi.

3.2. Neppure sussiste la lamentata carenza di interesse al ricorso, dal momento che quest'ultimo è volto a contestare l'omessa attribuzione del punteggio in relazione ai sub criteri C.1 e C.2, che è stata motivata dalla Commissione esclusivamente sul rilievo che i

certificati atti a dimostrare il requisito non fossero in copia conforme. In altri termini, come pure si ricava dalla lettura della pagina 5 del verbale di gara del 26 febbraio 2021, i certificati prodotti dalla ricorrente non sono stati presi in esame perché privi del requisito formale richiesto dalla legge di gara; nulla ha invece eccepito la stazione appaltante in ordine al numero degli addetti da assegnare al servizio e quindi alla riferibilità a questi ultimi dei certificati richiesti, sicché, non essendovi stato l'esercizio di alcun potere valutativo su tali aspetti da parte della Commissione, non può negarsi l'interesse della ricorrente all'annullamento anche in vista di una rivalutazione da parte dell'Amministrazione.

Ad ogni modo, l'introduzione di ulteriori ragioni di non valutabilità dell'offerta tecnica della ricorrente in relazione ai sub criteri in questione sarebbe dovuta avvenire mediante la proposizione di un ricorso incidentale contenente specifiche censure al riguardo, inammissibile essendo la proposizione del motivo inerente all'indicazione del numero degli addetti da assegnare al servizio con la memoria non notificata alle controparti.

3.3. Occorre ancora trattare l'eccezione, dedotta dalla controinteressata, di inammissibilità della memoria di replica depositata dalla ricorrente in data 11 giugno 2021 poiché non preceduta dal deposito della memoria conclusionale.

L'eccezione è infondata.

La giurisprudenza più recente si è attestata, in maniera pressoché univoca, su una posizione "meno rigida" rispetto al passato, affermando in più occasioni che la memoria di replica deve essere presa in considerazione dal giudice indipendentemente dalla circostanza che la stessa parte abbia in precedenza depositato una propria comparsa conclusionale, dal momento che, in sede di replica, si esercita il diritto al contraddittorio avverso le difese presentate dalle parti avverse. Tuttavia, perché questo stesso principio non si traduca in un esercizio del diritto di difesa contrastante con le regole del contraddittorio, è necessario che la replica si limiti a sviluppare considerazioni di risposta alle deduzioni contenute nella memoria conclusionale avversaria; le repliche devono, quindi, restare contenute nei limiti della funzione di contrasto alle difese svolte nella memoria conclusionale avversaria, onde evitare che il deposito della memoria di replica si traduca in un mezzo per eludere il termine di legge per il deposito delle memorie conclusive (*ex multis*, Consiglio di Stato, sez. II, 15 ottobre 2020, n. 6261).

Sulla stessa scia si è posta la giurisprudenza di questo Tribunale che, uniformatosi alla giurisprudenza ormai prevalente, ha precisato che *"la memoria di replica può essere proposta in funzione di nuovi documenti e di nuove memorie depositate in vista dell'udienza (cfr. art. 73, comma 1, c.p.a.). Per ragioni che paiono evidenti, la replica non può tuttavia essere rivolta contro se stessi (cioè contro proprie memorie e documenti) ma deve necessariamente essere rivolta contro l'attività difensiva di*

controparte. Non emerge pertanto alcuna ragione logica affinché possa sostenersi che la memoria di replica di una parte presupponga che la stessa parte abbia presentato una precedente memoria conclusiva, poiché, in assenza di attività difensive di controparte, la replica servirebbe soltanto ad aggiungere considerazioni a quelle già dedotte, quindi ripetitive e in contrasto con il principio di sinteticità degli atti processuali ex art. 3, comma 2, c.p.a.” (cfr., TAR Marche, 30 maggio 2018, n. 398).

4. Nel merito, il ricorso è fondato e va accolto per quanto si va ad esporre (il che esime il Collegio dal prendere in esame l'eccezione di tardività, con richiesta di stralcio, di tutte le produzioni della controparte, fin dalla memoria di costituzione, sollevata dalla difesa della parte ricorrente).

4.1. Il Collegio non ravvisa motivi per discostarsi dalla posizione assunta in sede cautelare e rileva che la produzione di copia semplice dei certificati in possesso del concorrente (nella specie quelli richiesti ai fini dell'attribuzione del punteggio per i sub criteri C.1 e C.2 dell'art. 15 del disciplinare) costituisce una irregolarità relativa alla forma e non a profili sostanziali e contenutistici dei documenti, cui è possibile rimediare mediante l'attivazione del soccorso istruttorio, nonostante la *lex specialis* richieda la produzione dell'originale o della copia autentica.

Tanto lo si ricava innanzitutto dall'art. 14 del disciplinare, che dopo aver affermato che *“le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda, e in particolare, la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del DGUE, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui all'art. 83, comma 9 del Codice”*, ha poi precisato che *“l'irregolarità essenziale è sanabile laddove non si accompagni ad una carenza sostanziale del requisito alla cui dimostrazione la documentazione omessa o irregolarmente prodotta era finalizzata. La successiva correzione o integrazione documentale è ammessa laddove consenta di attestare l'esistenza di circostanze preesistenti, vale a dire requisiti previsti per la partecipazione e documenti/elementi a corredo dell'offerta ...”*.

Inoltre, il successivo art. 15 del disciplinare, punti C.1 e C.2, nel prevedere che ai fini dell'attribuzione del punteggio il requisito sia comprovato dai relativi certificati in copia conforme all'originale, si riferisce evidentemente al possesso sostanziale del requisito medesimo, essendo detti certificati esclusivamente finalizzati alla sua dimostrazione.

Dal combinato disposto degli artt. 14 e 15 anzidetti può dunque affermarsi che non vi era alcun ostacolo all'attivazione del soccorso istruttorio per l'acquisizione dei certificati nella forma richiesta dalla legge di gara.

Quanto appena sostenuto è avvalorato dai principi affermati dalla giurisprudenza amministrativa (anche di questo Tribunale) in tema di corretto utilizzo dei poteri di soccorso istruttorio di cui all'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016, secondo cui *“il*

soccorso istruttorio, ben al di là delle mere operazioni di formale completamento o chiarimento cui aveva riguardo l'art. 46 del d.lgs. n. 163 del 2006, può riguardare le carenze di "qualsiasi elemento formale della domanda", ossia la mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità, quand'anche di tipo "essenziale", purché non involgente l'offerta economica o tecnica in sé considerata (Cons. Giust. Amm. 5 novembre 2018, n. 701, Cons. Stato, III 14 gennaio 2019 n. 348) (...) Tale applicazione ha infatti consentito, in sede di soccorso istruttorio, di sanare un'omissione documentale che si è rivelata formale, in quanto relativa a requisiti di cui non è contestata l'effettiva presenza al momento di scadenza del termine per la presentazione dell'offerta" (cfr., T.A.R. Marche, 18 novembre 2019, n. 703, richiamata da TAR Lombardia Milano, sez. II, 8 marzo 2021, n. 616; in senso analogo, TAR Abruzzo L'Aquila, sez. I, 22 giugno 2019, n. 325 e Consiglio di Stato, sez. V, 4 aprile 2019, n. 2219).

In altri termini, se è vero che i limiti al ricorso del potere di soccorso istruttorio individuati dall'art. 83, comma 9, citato rispondono all'esigenza di mantenere in equilibrio il rapporto tra *favor participationis* e *par condicio*, che può risentire di qualche sbilanciamento ove ad un concorrente sia consentito di rimediare ad errori relativi alla documentazione presentata in fase di gara, soprattutto nel momento di maggior confronto concorrenziale rappresentato dall'esame delle offerte tecnica ed economica, tuttavia occorre "operare una distinzione tra il caso in cui l'offerta tecnica sia in sé costituita da un documento, come ad esempio un'opera d'ingegno, quale un progetto, ed il caso in cui il documento sia solo il mezzo descrittivo di una res che nella sua consistenza e caratteristiche strutturali e funzionali è il vero oggetto dell'offerta, come nel caso di specie la fornitura di un dispositivo. Ebbene, mentre nel primo caso non vi è dubbio che l'integrazione o il chiarimento richiesto al concorrente in sede di soccorso istruttorio finisca in qualche modo per arricchirne l'originaria consistenza o per modificarne il contenuto, nell'ipotesi in cui a mancare sia l'aspetto descrittivo di una res, non vi sarebbe ragione alcuna di far recedere il principio di *favor participationis* a vantaggio di quello di *par condicio* che, nel concreto, non subirebbe alcuna lesione; ciò, perché la caratteristica insufficientemente descritta o magari omessa del tutto dal concorrente nella documentazione di gara o non è affatto posseduta della res, ed allora del concorrente non potrà che disporsi l'esclusione, oppure lo è ed in questo caso l'estromissione si risolverebbe nella assoluta decisività di un mero errore di forma, cioè in una di quelle criticità a cui il soccorso istruttorio, nella sua ratio generale, intende porre rimedio" (cfr., TAR Campania Napoli, sez. I, 10 dicembre 2019, n. 5820).

Ciò posto, nel caso in esame, non essendo contestata la mancanza della *res* (ovvero del requisito richiesto), bensì del "mezzo descrittivo" della stessa per come richiesto dalla legge di gara, il soccorso istruttorio sarebbe stato possibile, trattandosi di una omissione - quella rilevata dalla Commissione - che attiene a profili formali dell'offerta tecnica, la quale resta pacificamente immodificabile e non integrabile nel suo contenuto sostanziale.

4.2. Per tutto quanto precede, il ricorso va accolto e i provvedimenti impugnati - ad eccezion fatta per le gravate clausole della *lex specialis*, in quanto interpretate come non ostantive all'attivazione del soccorso istruttorio nei sensi innanzi precisati - vanno annullati ai fini di un riesame da parte dell'Amministrazione.

A tal riguardo giova precisare, anche in relazione a quanto esposto a pagina 6 delle note di udienza depositate da AdSP in data 18 giugno 2021, che l'annullamento dei suddetti provvedimenti implica che la gara "regredisca" alla fase in cui si è interrotta, ovvero a quella di esame dell'offerta tecnica, ai soli fini e nei limiti dell'attribuzione del punteggio per i sub criteri C.1 e C.2.

Più in dettaglio, poiché come si evince dal verbale del 26 febbraio 2021 i certificati prodotti in copia semplice non sono stati oggetto di valutazione, avendone la Commissione accertato la non idoneità sotto il profilo formale ai fini dell'attribuzione del punteggio, gli stessi dovranno essere valutati (per la prima volta) all'esito della produzione della dichiarazione di conformità all'originale che perverrà (ove nelle more non già pervenuta) in sede di soccorso istruttorio, sempre che si tratti dei medesimi certificati già prodotti in copia semplice e non di documenti nuovi. In altri termini, la Commissione dovrà procedere alla stessa valutazione di detti documenti che avrebbe effettuato se gli stessi fossero stati già presentati dalla concorrente nella forma richiesta dal disciplinare.

In merito agli ulteriori punti esposti da AdSP sempre a pagina 6 delle citate note di udienza del 18 giugno 2021, si precisa che questo Tribunale non può che pronunciarsi solo sul ricorso e che la sentenza, come è noto, fa stato tra le parti. Ciò non esclude, tuttavia, la facoltà dell'Amministrazione di rivedere in autotutela i propri atti, nei limiti di quanto stabilito dall'art. 21 *nonies* della legge n. 241 del 1990, il che implica anche la facoltà di attivare il soccorso istruttorio nei confronti di tutti i partecipanti alla procedura.

Quanto all'ultimo punto, premesso, come pure evidenziato al precedente paragrafo 3.2 della motivazione, che la questione dell'indicazione del numero degli addetti non è stata fatta oggetto di censura con gravame incidentale, il Collegio, anche al riguardo, non può che ribadire che l'offerta va letta e valutata dalla Commissione "per la prima volta" e in maniera "asettica" ovvero senza condizionamenti, tenendo conto di quanto dichiarato dalle concorrenti nelle rispettive relazioni tecnico-descrittive, da cui è possibile evincere se il numero di addetti da destinare ai servizi sia stato indicato in termini di disponibilità al RTI ovvero in termini di unità materialmente assegnate al servizio in gara. Spetterà poi alla Commissione stabilire se tali indicazioni soddisfino il requisito ai fini dell'attribuzione del punteggio, non potendo questo giudice pronunciarsi su poteri non ancora esercitati.

5. Sussistono i presupposti per disporre la compensazione delle spese del giudizio, avuto riguardo al fatto che la presente controversia si sarebbe potuta verosimilmente evitare se la ricorrente avesse adempiuto sin da subito correttamente alle richieste dalla legge di gara.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi precisati in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 23 giugno 2021 con l'intervento da remoto dei magistrati:

Sergio Conti, Presidente

Tommaso Capitano, Consigliere

Simona De Mattia, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Simona De Mattia

IL PRESIDENTE
Sergio Conti

IL SEGRETARIO