



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1400 del 2019, proposto da Automazioni Lo Verso S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Rosalia Sissi Gagliardo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Sanitaria Provinciale di Siracusa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Massimiliano Mangano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Catania, piazza Trento, 2;

nei confronti

Ingegneria Costruzioni Colombrita S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Scuderi, Fabrizio Belfiore, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Andrea Scuderi in Catania, via Giuffrida 37;

per l'annullamento

- dell'aggiudicazione dell'appalto dei lavori di ristrutturazione del Pronto Soccorso del P.O. "G. Di Maria" di Avola (SR), CIG 7878836D23, CUP J69J19000070007, disposta con deliberazione del Direttore Generale n. 329/2019 in favore della controinteressata e del relativo avviso pubblicato il 22.07.2019;
- del verbale di gara n. 1 del 04.06.2019 nella parte in cui la Stazione appaltante dispone la verifica dei requisiti su un campione di concorrenti;
- del verbale di gara n. 2 del 26.06.2019 nella parte in cui opera la suddetta verifica;
- delle note del 27.06.2019 con cui la stazione appaltante ha attivato il soccorso istruttorio nei confronti di cinque partecipanti;
- del verbale di gara n. 3 dell'08.07.2019 con cui la Stazione appaltante ha escluso cinque concorrenti, ricalcolato la soglia di anomalia e individuato quale miglior offerente la controinteressata;
- della comunicazione del 10.07.2019 di esclusione dei cinque partecipanti;
- della nota prot. TEC-2975 del 07.08.2019 di diniego di autotutela;
- per quanto occorrer possa, della lex specialis di gara;
- nonché di ogni altro atto e provvedimento comunque presupposto, connesso e/o conseguente, anche non noto;

per la declaratoria ex art. 121 e ss. c.p.a.

di inefficacia dell'eventuale contratto sottoscritto con la controinteressata;

nonché per la condanna ex art.124 c.p.a.

al risarcimento in forma specifica merce' il subentro della ricorrente nel contratto, ovvero, solo in subordine, al risarcimento del danno per equivalente dalla medesima subito.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Provinciale di Siracusa e della Ingegneria Costruzioni Colombrita S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 novembre 2019 la dott.ssa Giuseppina Alessandra Sidoti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Il costituendo RTI Automazioni Lo Verso s.r.l.- Fervi s.r.l. ha partecipato alla procedura aperta, indetta dall'ASP di Siracusa con bando pubblicato il 3 maggio 2019, per l'affidamento dei lavori di ristrutturazione della U. O. Pronto Soccorso del P.O. "G. Di Maria" di Avola (SR), mediante il criterio del prezzo più basso, con un importo a base d'asta di € 1.900.428,39. Detto raggruppamento ha indicato quale mandataria e capogruppo la ricorrente.

Quest'ultima con il ricorso in epigrafe ha esposto che:

- nel disciplinare di gara la stazione appaltante ha optato per la c.d. inversione procedimentale, cioè per l'esame delle offerte economiche prima della verifica della documentazione amministrativa;
- alla seduta pubblica del 4 giugno 2019 la commissione ha proceduto alla totale ammissione delle imprese partecipanti, ha aperto i plichi contenenti l'offerta economica, ha effettuato il calcolo della soglia di anomalia, determinandola nel 25,1300% ed ha individuato quale miglior offerente il costituendo RTI Automazioni Lo Verso – Fervi s.r.l.; ha quindi sorteggiato 14 imprese (10% dei partecipanti) da sottoporre a verifica ed ha riconvocato la commissione a conclusione delle operazioni di verifica;
- alla successiva seduta del 26 giugno 2019 ha rilevato la presunta necessità di richiedere il soccorso istruttorio nei confronti di cinque concorrenti tra quelli del campione previamente sorteggiato, ritenendo che non si evincesse la qualificazione delle mandatarie di alcune ATI come richiesto dal disciplinare di gara (alla seduta

del 4 giugno 2019 aveva ritenuto conformi le attestazioni SOA delle imprese); inoltre, all'ATI Imprefar la stazione appaltante ha comunicato la medesima presunta carenza di cui sopra, nonché l'asserita assenza dell'istanza di ammissione della mandataria e la mancanza della firma digitale del socio di maggioranza nella dichiarazione ex art. 80 d.lgs. n.50/2016;

- la richiesta di regolarizzazione della documentazione è stata riscontrata solo dall'ATI Pampalone con comunicazione dell'1 luglio 2019, nella quale tale concorrente chiariva la qualificazione della mandataria;

- alla seduta dell'08 luglio 2019 la Commissione ha disposto l'esclusione dei cinque concorrenti nei confronti dei quali era stato attivato il soccorso istruttorio; ha ricalcolato la soglia di anomalia alla luce delle disposte esclusioni, determinandola nel 26,5258% ed individuando la controinteressata quale miglior offerente;

- con avviso pubblicato il 22 luglio 2019 la stazione appaltante ha reso nota l'aggiudicazione dell'appalto in favore della controinteressata;

- la ricorrente ha presentato istanza di accesso agli atti (in data 1 agosto 2019) ed ha sollecitato l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione (in data 6 agosto 2019).

Avverso gli atti impugnati, la ricorrente ha dedotto i seguenti motivi:

I. Sulle verifiche, sul soccorso istruttorio e sulle esclusioni dei cinque concorrenti: violazione principio di continuità della gara - eccesso di potere per contraddittorietà, difetto di istruttoria, erroneità dei presupposti, travisamento dei fatti e carenza motivazionale - violazione art. 10 l. 241/1990 - falsa applicazione art. 83 cod. contr. pub. - violazione artt. 48 e 89 cod. contr. pub., art. 61 co. 2 dpr 207/2010, art. 58, par. 2, co. 2, direttiva 2014/24/UE e lex specialis - illegittimità derivata degli atti successivi:

a) non sussisteva alcuna carenza nella documentazione amministrativa dei cinque concorrenti (ATI Arcas, ATI Gresy Appalti, Ati Imprefar, ATI Pampalone e ATI Pitagora) che giustificasse il ricorso al soccorso istruttorio e l'esclusione degli stessi;

b) i requisiti di qualificazione della mandatarie delle ATI debbono essere riferiti non all'importo dell'intero appalto, ma alla categoria da eseguire e al relativo importo in applicazione dell'art. 48, comma 6, cod. contr. pub., secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza e dell'ANAC in materia, nonché dell'art.58, par. 2, comma 2 della direttiva europea n. 24 del 2014; c) la stazione appaltante ha probabilmente omesso di considerare l'avvalimento cui sono ricorse alcune delle imprese (Arcas si è avvalsa di Cogemat e Pitagora è ricorsa ad avvalimento infragruppo di Inchingolo), violando così anche l'art. 89 cod. contr. pub.; d) pare altresì che l'amministrazione resistente non abbia considerato la possibilità di incremento di un quinto della qualifica posseduta ex art. 61 DPR 207/2010; e) quanto alle ulteriori richieste avanzate nei confronti dell'Ati Imprefar, quest'ultima e l'associata mandante C.I.C.A.I. SOC. COOP. CONS. P.A. hanno presentato un'istanza congiunta di ammissione, firmata digitalmente da tutti i legali rappresentanti, in conformità a quanto previsto dal Disciplinare a pag. 14; f) in relazione alla dichiarazione ex art. 80 del socio di maggioranza di Imprefar, essa sarebbe stata predisposta ai sensi di quanto previsto a pag. 10 del Disciplinare; infatti, risulta correttamente sottoscritta in forma autografa, vi è allegata copia del documento di identità del firmatario e, in più, è sottoscritta digitalmente dal legale rappresentante di Imprefar per renderla imm modificabile e darvi data certa;

II. *Violazione principio di invarianza ex art. 95, co. 15 e lex specialis - violazione art. 97 e principio di imprevedibilità del calcolo della soglia - violazione principi di semplificazione del procedimento, stabilizzazione della graduatoria, parità di trattamento e libera concorrenza.*

Ove occorrendo, illegittimità comunitaria e incostituzionalità degli art. 36 co. 5 e 95 co. 15 cod. Contr. Pub. e illegittimità degli atti impugnati e della lex specialis ove ne fanno applicazione:

a) per evitare interferenze doveva intendersi cristallizzata la soglia di anomalia calcolata per prima (da cui derivava la prima posizione in graduatoria della ricorrente), al momento della “fase amministrativa di prima ammissione” avvenuta nella

seduta del 4 giugno 2019, in applicazione dell'art.95, co.15 del codice, come riformato dal decreto sblocca cantieri, nonché dal principio di imprevedibilità del calcolo della soglia ex art.97, comma 2, del codice; b) un'interpretazione conforme al diritto dell'Unione Europea e costituzionalmente orientata del combinato disposto degli artt. 36 comma 5, 95 comma 15 e 97 del codice impedirebbe il ricalcolo della soglia di anomalia una volta note le offerte economiche e in presenza di possibili interferenze; c) ove si ritenesse di non poter pervenire a tale approdo interpretativo, la ricorrente chiede disporsi il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea e/o rimettere agli atti alla Corte Costituzionale in ragione dell'illegittimità comunitaria e/o dell'incostituzionalità dell'art.36, co.5, terzo periodo seconda parte e quarto periodo (cioè nella parte in cui prevede la verifica a campione e del ricalcolo della soglia di anomalia quando le offerte sono già note) e dell'art.95, co. 15, ove non prevede per il caso di inversione procedimentale che la soglia di anomalia delle offerte si cristallizzi già con la presentazione delle offerte; d) sotto il profilo della rilevanza, il fatto che l'art.36, comma 5, sia stato medio tempore abrogato non determinerebbe la carenza di rilevanza del rinvio pregiudiziale o della questione di legittimità costituzionale in quanto l'abrogazione opera solo per l'avvenire e la norma abrogata continua ad applicarsi alla gara (Cons. St. sez. VI, n. 4624/2014).

La ricorrente ha quindi impugnato gli atti indicati in epigrafe chiedendone, previa sospensione degli effetti o idonea misura cautelare, l'annullamento nonché la condanna al risarcimento in forma specifica con subentro della stessa nel contratto o, in subordine, il risarcimento del danno per equivalente.

2. Si sono costituite l'amministrazione e la controinteressata.

La controinteressata ha intanto eccepito l'inammissibilità del ricorso per il principio dell'invariabilità della soglia a seguito dell'intervenuta aggiudicazione definitiva in suo favore. Ha controdedotto alle censure del ricorso.

L'Azienda ha sottolineato come il ricorso – per trovare accoglimento – debba essere ritenuto fondato su tutte le censure sollevate, difettando altrimenti l'interesse a ricorrere. Ha resistito alle censure di merito.

3. All'esito della camera di consiglio del 12 settembre 2019 il Collegio con ordinanza n. 590 del 2019 ha fissato la pubblica udienza *“in considerazione della complessità e novità delle questioni dedotte ed in assenza della “estrema gravità ed urgenza” di cui all'art.119, co. 4, del cod. proc. amm.;”*.

4. In vista della pubblica udienza tutte le parti hanno prodotto memoria e memoria di replica.

La controinteressata, in particolare, ha eccepito l'omessa impugnazione della lettera K pagg. 19 e 20 del disciplinare, laddove stabilisce la determinazione definitiva di anomalia solo all'esito delle verifiche sui requisiti e delle eventuali esclusioni.

Parte ricorrente ha insistito nella proprie argomentazioni, chiedendo l'accoglimento del ricorso.

5. Alla pubblica udienza del 21 novembre 2019 il ricorso è stato posto in decisione.

DIRITTO

1. Parte ricorrente impugna l'aggiudicazione in favore della controinteressata e gli altri atti presupposti indicati, ritenendo gli stessi illegittimi per due motivi:

a) la stazione appaltante avrebbe illegittimamente attivato il soccorso istruttorio nei confronti di cinque operatori economici, non sussistendone i presupposti, e poi avrebbe illegittimamente escluso gli stessi;

b) illegittimamente la stazione appaltante avrebbe rideterminato la soglia dopo tali esclusioni anziché mantenere invariata la prima soglia determinata, in base alla quale la ricorrente sarebbe risultata aggiudicataria.

Le altre parti hanno sollevato preliminarmente eccezioni di inammissibilità del ricorso:

- a) in relazione alla carenza di interesse, attesa l'invarianza della soglia di anomalia a seguito dell'aggiudicazione;
- b) per mancata impugnazione delle norme specifiche del disciplinare, che prevedevano il ricalcolo della soglia a seguito della eventuale esclusione dei soggetti sottoposti a verifica;
- c) in relazione al primo motivo (illegittima attivazione del soccorso istruttorio ed illegittima esclusione di cinque operatori economici), con riferimento al quale l'interesse è collegato all'accoglimento delle censure per tutte e cinque le imprese escluse, pena la non aggiudicazione alla ricorrente.

2. In via preliminare, va esaminata l'eccezione con cui il controinteressato sostiene che il ricorso è inammissibile, in quanto con esso la ricorrente mira a conseguire l'aggiudicazione dei lavori attraverso la preliminare riammissione delle cinque concorrenti escluse e la modifica postuma della soglia di anomalia; in tale modo, sarebbero obliterante le previsioni in tema d'invarianza di tale soglia contenute all'articolo 36, quinto comma, del decreto legislativo 50/2016, nel testo applicabile *ratione temporis*, ed al punto K, pagine 19 e 20 del Disciplinare, nella parte in cui consentono e rendono anzi doverosa la modifica della media all'esito della verifica dei requisiti e ne cristallizzano poi i risultati in termini d'invariabilità.

Parte ricorrente sostiene che nella fattispecie la soglia si sia cristallizzata al momento di "prima ammissione" e quindi in favore della stessa, ai sensi dell'art.95, co. 15, del d.lgs. cit. nella versione vigente al momento della gara (ossia sotto la vigenza del D.L. n. 32/2019, prima della conversione in legge con modificazioni).

2.1. Ritiene il Collegio che l'eccezione debba essere disattesa nei termini che seguono.

2.1.1. Innanzitutto, va ritenuto che l'articolo 95, comma 15 cit. - laddove fa riferimento alla controversa "*fase amministrativa di prima ammissione*" (nella versione temporaneamente vigente al momento della gara ed eliminata dal testo attuale con

la conversione del d.l. 32/2019 in legge) -, nel caso di specie, va coordinato con le previsioni speciali dell'articolo 36 citato (allora vigente) e delle norme di gara, le quali prevedono espressamente il ricalcolo della media all'esito della verifica dei requisiti. Pertanto, nella fattispecie, il momento a cui ancorare l'invarianza della soglia è quello successivo alla verifica con la rideterminazione della soglia.

Tuttavia, la tesi della controinteressata secondo cui la cristallizzazione della soglia definitiva renderebbe inammissibile la domanda di parte ricorrente finalizzata all'aggiudicazione dell'appalto, nel caso non convince e ciò per varie ragioni.

2.1.2. Va ricordato, conformemente a quanto ritenuto dalla giurisprudenza di appello, che il principio di invarianza della soglia di anomalia ha la funzione di assicurare stabilità agli esiti finali della procedura di gara. Con tale norma la legge intende evitare che, nel caso di esclusione dell'aggiudicatario o di un concorrente dalla procedura di gara per mancata dimostrazione dei requisiti dichiarati, la stazione appaltante debba retrocedere la procedura fino alla determinazione della soglia di anomalia delle offerte, con l'inconveniente del conseguente prolungamento dei tempi della gara e del dispendio di risorse umane ed economiche (Cons. St., sez. V, 22 gennaio 2019, n. 572; C.G.A. n. 604/2019).

Orbene, nel caso in questione, parte ricorrente non mira alla rideterminazione della soglia di anomalia (adducendo un "nuovo" motivo di esclusione o di illegittima ammissione), ma ritiene che la cristallizzazione vada riferita alla prima soglia, in base alla quale la stessa sarebbe risultata aggiudicataria; ritiene in particolare, con il primo motivo, che il soccorso istruttorio non sia stato legittimamente attivato e che la mancata integrazione documentale da parte delle imprese (quantomeno non più interessate alla integrazione una volta noti i ribassi) non poteva condurre all'esclusione, non venendo in considerazione carenze essenziali previste dalla legge a pena di esclusione.

Va poi notato che l'invarianza della soglia, portata alle sue estreme conseguenze, impedirebbe di fatto, specie in una procedura quale quella in questione caratterizzata dall'inversione procedimentale e dal ricalcolo della soglia successivamente al soccorso istruttorio, la valutazione delle censure relative a "variazioni" intervenute nella fase che precede l'aggiudicazione aventi ad oggetto proprio le stesse, quasi che il legislatore abbia inteso cristallizzare (e quindi rendere insindacabile) ogni attività della stazione appaltante, comprese la contestata attivazione del soccorso istruttorio e la conseguente esclusione, che incidono, nella procedura in questione, sul "ricalcolo" della soglia.

La ratio della disposizione legislativa è, però, come sopra chiarito, del tutto diversa, essendo essa rivolta esclusivamente ad evitare che i procedimenti per gli affidamenti si protraggano eccessivamente e che i provvedimenti di aggiudicazione possano venire 'ribaltati' più volte - finanche dopo l'esaurimento della fase preordinata al raggiungimento di un assetto definitivo - generando incertezza ed inefficienza, con conseguenti effetti pregiudizievoli per le ditte, per il mercato e per la stessa collettività (così CGARS, 11 gennaio 2017 n.14 e CGARS N. 230/2018).

Il principio dell'invarianza in questione, insomma, non può essere invocato per cristallizzare soluzioni incoerenti (per non dire illegittime) laddove venga censurata la sussistenza dei presupposti per l'attivazione del soccorso, il cui mancato riscontro sia stato determinante ai fini della rideterminazione della soglia di anomalia, senza che ciò risulti di oggettivo presidio ad altri e di pari rango valori giuridici, rispetto al diritto di difesa e al "diritto alla giusta aggiudicazione" (C.G.A.R.S. n. 230/2018).

Precludere il chiesto controllo sulla legittimità (o meno) dell'attivazione del soccorso istruttorio in nome dell'invarianza della soglia di anomalia significherebbe, specie nella ipotesi di inversione procedimentale in esame (caratterizzata dall'esame delle offerte economiche prima della verifica della

documentazione amministrativa) sottrarre al sindacato del giudice l'azione dell'Amministrazione e la sua conformità (o meno) all'intero complesso delle norme concernenti i requisiti di ordine generale per la partecipazione alle gare d'appalto; significherebbe precludere ogni forma di tutela ripristinatoria e/o reintegratoria a chi ritenga di essere stato leso da tale attività amministrativa, asseritamente illegittima, che ha portato al ricalcolo della soglia e, secondo un orientamento giurisprudenziale, financo a precludere, in tali ipotesi, l'esercizio dell'azione risarcitoria (C.S., sez. V, n.2609/2015): il che non appare conforme ai principi costituzionali ed eurounitari, oltre che alla stessa ratio del detto principio di invarianza, per come sopra esposto.

Ne consegue che una lettura della norma in esame (art. 95, co.15, cit., coordinata nel caso con l'art.36, co. 5, cit) orientata ai suddetti principi non può condurre a ritenere inammissibile il ricorso laddove esso, come nel caso, non miri a “*variare*” la soglia di anomalia e a procedere ad una sua nuova “*determinazione*”, quanto piuttosto a dimostrare che, nella procedura in esame, non sussistevano i presupposti per il “*ricalcolo*” della soglia (previsto dall'art.36 quinto comma del d.lgs. n. 50/2016 *illo tempore* vigente e dalla *lex specialis*), che pertanto doveva rimanere quella iniziale, con conseguente aggiudicazione in favore della ricorrente.

3. Viene sollevata ulteriore eccezione di inammissibilità in quanto parte ricorrente non avrebbe impugnato specificamente la norma del disciplinare che prevedeva il meccanismo del ricalcolo della soglia solo all'esito delle verifiche sui requisiti e delle eventuali esclusioni nel procedimento in questione caratterizzato dall'inversione procedimentale (lettera K, pagine 19 e 20, numeri 6 e 7 del disciplinare).

3.1. L'eccezione non merita accoglimento.

Infatti, come osservato dalla ricorrente, sia nell'elenco degli atti impugnati, sia nell'epigrafe del secondo motivo (ove si impugna la *lex specialis* ove fa applicazione

degli artt. 36, comma 5 e 95, comma 15, d.lgs. n.50/2016), sia nel corpo del secondo motivo di ricorso, la stessa ha censurato la *lex specialis*.

Comunque, dal tenore complessivo del ricorso e dal contenuto delle censure dedotte appare chiara la volontà della ricorrente di censurare il meccanismo di cui alla normativa in questione, recepito nel disciplinare, con riferimento a cui prospetta anche possibili questioni di illegittimità costituzionale e comunitaria; la mancata specifica indicazione della lett. k del disciplinare, a fronte del chiaro tenore della censura e della circostanza che, come dimostrato dagli atti difensivi delle altre parti, ciò non ha apportato alcuna lesione concreta all'altrui diritto di difesa, rende l'eccezione priva di consistenza sostanziale (T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, n. 930/2018; T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. III, n. 2650/2016).

4. Con riferimento al primo motivo, parte ricorrente si duole delle seguenti circostanze: a) è stato attivato il soccorso istruttorio nei confronti delle cinque imprese indicate sull'erroneo presupposto che le stesse non avessero i requisiti di partecipazione e in particolare che le mandatarie non avessero il 60% dei requisiti con riferimento all'intero importo dell'appalto, piuttosto che alla categoria prevalente, come richiesto dalla legge e dalla giurisprudenza; b) il raggruppamento facente capo ad Intrafer ha prodotto tutta la documentazione richiesta dal disciplinare (non integrabile con allegati); c) l'Ati Pampalone (una delle Ati interessate) ha risposto al soccorso istruttorio, senza che di ciò abbia tenuto conto la stazione appaltante.

Come osservato dalle altre parti, l'interesse al motivo per la ricorrente sussiste solo se tutte le censure con esso mosse sono fondate, altrimenti la ricorrente non sarebbe l'aggiudicataria e pertanto non avrebbe interesse al motivo di ricorso.

4.1. Il motivo è fondato.

4.2. Va dato atto che il soccorso istruttorio è stato attivato intanto perché i cinque raggruppamenti in questione non avevano specificato che la mandataria aveva il

possesso del 60% dei requisiti, come richiesto dal disciplinare, ai sensi del quale “*ai sensi dell’art.83, comma 8, del D. Lgs. n. 50/2016 (e smi) per i soggetti di cui all’articolo 45, comma 2, lettere d) e) f) e g), la mandataria deve possedere i requisiti nella misura del 60% mentre le mandanti devono possedere ciascuna almeno il 20% dei requisiti, la mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria*”; con riferimento al raggruppamento Intrafer, è stato altresì attivato per ragioni concernenti la mancata presentazione della dichiarazione di ammissione della Intrafer e la mancata sottoscrizione digitale del socio di maggioranza della società nella dichiarazione ex art.80 d.lgs. n. 50/2016.

4.3. La prima questione verte sui requisiti che deve possedere il raggruppamento verticale.

La stazione appaltante, nell’attivare il soccorso istruttorio nei confronti delle cinque imprese, ha indicato che “*non si vince la qualificazione della mandataria richiesta dal disciplinare ... che recita ... la mandataria deve possedere i requisiti nella misura del 60% mentre le mandanti devono possedere ciascuna almeno il 20 % dei requisiti. La mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria*”.

Orbene, dalla normativa vigente, dalla giurisprudenza prevalente e dalle indicazioni ANAC al riguardo emerge che:

- l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sentenza 13 giugno 2012 n. 22) ha chiarito che “*La distinzione tra a.t.i. orizzontali e a.t.i. verticali poggia sul contenuto delle competenze portate da ciascuna impresa raggruppata ai fini della qualificazione a una determinata gara: in linea generale, l’a.t.i. orizzontale è caratterizzata dal fatto che le imprese associate (o associande) sono portatrici delle medesime competenze per l’esecuzione delle prestazioni costituenti l’oggetto dell’appalto, mentre l’a.t.i. verticale è connotata dalla circostanza che l’impresa mandataria apporta competenze incentrate sulla prestazione prevalente, diverse da quelle delle mandanti, le quali possono avere competenze differenziate anche tra di loro, sicché nell’a.t.i. di*

tipo verticale un'impresa, ordinariamente capace per la prestazione prevalente, si associa ad altre imprese provviste della capacità per le prestazioni secondarie scorporabili?;

- nel raggruppamento verticale, i requisiti devono essere posseduti da mandataria e mandanti in relazione alle attività di competenza ai sensi dell'art. 48, comma 6, del d.lgs. n. 50/2016 (6. *Nel caso di lavori, per i raggruppamenti temporanei di tipo verticale, i requisiti di cui all'articolo 84, sempre che siano frazionabili, devono essere posseduti dal mandatario per i lavori della categoria prevalente e per il relativo importo; per i lavori scorporati ciascun mandante deve possedere i requisiti previsti per l'importo della categoria dei lavori che intende assumere e nella misura indicata per il concorrente singolo. I lavori riconducibili alla categoria prevalente ovvero alle categorie scorporate possono essere assunti anche da imprenditori riuniti in raggruppamento temporaneo di tipo orizzontale);*

- la mandataria del raggruppamento di tipo verticale deve svolgere i servizi della categoria prevalente, ai sensi dell'art. 48, comma 1 (*“nel caso di lavori, per raggruppamento temporaneo di tipo verticale si intende una riunione di operatori economici nell'ambito della quale uno di essi realizza i lavori della categoria prevalente; per lavori scorporabili si intendono i lavori come definiti all'articolo 3, comma 1m lettera oo-ter), assumibili da uno dei mandanti; per raggruppamento di tipo orizzontale si intende una riunione di operatori economici finalizzata a realizzare i lavori della stessa categoria”*);

- l'Anac ha chiarito che *“il possesso dei requisiti in misura maggioritaria in capo alla mandataria si applica solo nel caso di raggruppamento di tipo orizzontale o misto (per la subassociazione orizzontale), mentre, nel caso di raggruppamento verticale puro è sufficiente che ogni concorrente possieda i requisiti per la parte della progettazione [o dei lavori] che intende eseguire”* (parere Anac n. 12/2016; determinazione 10 ottobre 2012 n. 49);

- le imprese partecipanti alla gara in A.T.I. hanno l'obbligo di indicare in sede di presentazione dell'offerta le parti dei lavori imputate a ciascun operatore raggruppato, e ciò persegue, in primo luogo, la finalità di consentire alla stazione appaltante l'accertamento dell'impegno e dell'idoneità delle imprese, indicate quali

esecutrici delle prestazioni di servizio/lavori in caso di aggiudicazione, a svolgere effettivamente le parti indicate, in particolare consentendo la verifica della coerenza dell'offerta con i requisiti di qualificazione, e dunque della serietà e dell'affidabilità dell'offerta stessa (ex multis, T.A.R. Puglia Lecce, sez. III, 09 agosto 2017, n. 1384; Consiglio di Stato, sez. V, 07 dicembre 2017, n. 5772; Consiglio di Stato, sez. VI, 22 luglio 2014, n. 3900).

Tanto premesso, la clausola del bando, ove interpretata nel senso di riferirsi anche ai raggruppamenti verticali, oltre che a quelli orizzontali, come rilevato dalla ricorrente, impediva (o comunque ostacolava) la partecipazione alla gara dei raggruppamenti verticali (che infatti sono stati esclusi insieme a quelli misti); i raggruppamenti verticali peraltro erano ammissibili nel caso di specie, in quanto il disciplinare distingueva tra attività principale e attività secondaria (prevalente OG1 classifica III [1.064.886,29] e scorporabile subappaltabile OG11 classifica III [865.564,47]), consentendone così la partecipazione.

Ne consegue che non era legittimo escludere le Ati in questione in quanto le mandatarie erano in possesso dei requisiti al 100% per le lavorazioni della categoria prevalente; la norma della *lex specialis* doveva intendersi riferita solo ai raggruppamenti orizzontali, conformemente alla normativa vigente ed al principio secondo cui i requisiti vanno interpretati nel senso di favorire la maggiore partecipazione possibile. In caso contrario, la disposizione del bando è da considerarsi affetta da nullità; infatti, tale clausola – ove intesa nel senso di applicarsi anche ai raggruppamenti verticali – contiene una limitazione alla partecipazione dei raggruppamenti verticali non prevista dalla legge, in quanto tale nulla, ai sensi del comma 8 dell'art.83 del d.lgs. n.50/2016.

4.4. Occorre, inoltre, dare atto, come evidenziato dalla ricorrente in memoria, che sono rimasti incontestati il possesso da parte delle cinque ATI delle attestazioni SOA indicate in ricorso, il fatto che Arcas e Pitagora siano ricorse ad avvalimento,

nonché il fatto che alcune delle imprese delle ATI sottoposte a soccorso istruttorio abbiano beneficiato dell'incremento della propria classifica di un quinto, fermo restando che la nota inviata ai raggruppamenti interessati relativa all'attivazione del soccorso istruttorio faceva genericamente riferimento alla circostanza che dalla documentazione non si evinceva “*la qualificazione dell'impresa mandataria richiesta dal disciplinare di gara ...*”.

4.5. L'amministrazione resistente e la controinteressata ritengono che, comunque, il soccorso istruttorio andava attivato per il raggruppamento Imprefar/CICAI in quanto:

- il file allegato dalla Imprefar, anziché contenere l'istanza di partecipazione, conteneva il PASSOE; mancava quindi l'istanza di partecipazione della mandataria (è stata presentata istanza dalla mandante, con i dati di quest'ultima, ed essa non potrebbe intendersi come istanza congiunta, anche se sottoscritta digitalmente dalla mandante e dalla mandataria);
- la dichiarazione ex art.80 d.lgs. n.50/2016 del socio di maggioranza della Imprefar sui requisiti reca la sua sottoscrizione autografa con documento di identità e non quella digitale, che era richiesta dall'allegato (la firma in digitale è quella del legale rappresentante).

Sostiene invece parte ricorrente che, con riferimento alla Imprefar/Cicai, non sussistevano i presupposti per l'attivazione del soccorso istruttorio in quanto:

- la detta ATI ha presentato un'istanza unica di ammissione proprio come previsto dal Disciplinare di gara a pag. 14;
- in ordine alla dichiarazione ex art. 80 del socio di maggioranza di Imprefar, detta dichiarazione è stata correttamente predisposta e presentata secondo quanto previsto a pag. 10 del Disciplinare;
- irrilevanti sarebbero i modelli allegati alla *lex specialis*, in quanto non integrativi della stessa.

4.6. Ritiene il Collegio che entrambe le questioni su cui si fonda il detto soccorso istruttorio non pertengono a irregolarità essenziali. Dalla documentazione prodotta si evince la volontà della mandataria di partecipare alla gara e di costituire il raggruppamento verticale con la qualifica di mandataria; si evince altresì che, in caso di aggiudicazione, la stessa avrà una percentuale di partecipazione all'appalto nella categoria prevalente pari al 100%.

In particolare, risulta presentata la dichiarazione di impegno a costituire associazione temporanea di imprese e contestuale dichiarazione congiunta di subappalto, la dichiarazione della Imprefar circa il possesso di attestazione di qualificazione e circa il possesso dei requisiti e tutte le dichiarazioni richieste debitamente sottoscritte; è vero che il modello 1 (*“Istanza di ammissione – dichiarazione unica e integrazione DGUE”*) reca le indicazioni della C.I.C.A.I., ma è pur vero che esso è sottoscritto digitalmente anche dal legale rappresentante della Imprefar e che reca l'indicazione che, in caso di aggiudicazione, sarà conferito mandato con funzioni di capogruppo alla Imprefar, dimodoché non è dato sapere perché, a fronte della previsione del disciplinare di un'istanza congiunta, nel caso sottoscritta digitalmente da entrambe le imprese, la Imprefar avrebbe dovuto produrre ulteriore dichiarazione di ammissione, a pena di esclusione; né ancora è chiarito quali siano gli elementi carenti in tale dichiarazione con riferimento alla Imprefar, che non siano contenuti negli ulteriori documenti prodotti.

Quanto alla dichiarazione ex art.80 del socio di maggioranza Imprefar, essa è conforme alle previsioni del disciplinare (*“dichiarazione resa e sottoscritta ai sensi del d.p.r. n. 445/3000 (e smi), dal legale rappresentante dell'operatore economico, corredata dal documento di identità del dichiarante”*); è vero che il modello 2 prevedeva la firma digitale, ma l'esclusione per mancata sottoscrizione digitale non era prevista per la gara in questione dalla *lex specialis*, a fronte di sottoscrizione autografa del dichiarante corredata da documento di identità e di dichiarazione inoltre

sottoscritta digitalmente dal legale rappresentante della Imprefar; i modelli allegati alla *lex specialis*, comunque, non possono “prevedere altro” rispetto ad essa a pena di esclusione.

4.6.1. Insomma, con riferimento al raggruppamento Imprefar/CICAI, le finalità della contestata documentazione – ossia dell’istanza di ammissione (unica in base al disciplinare e sottoscritta da entrambe le imprese) e della sottoscrizione autografa corredata da copia del documento d’identità per la dichiarazione ex art.80 cit. del socio di maggioranza - risultano in concreto conseguite, con salvaguardia del sotteso interesse dell’amministrazione; ne consegue che non vi è spazio per interpretazioni formali delle prescrizioni di gara e non può essere disposta, per esse, l’esclusione dalla gara del raggruppamento interessato (Cons. St., sez. V, n. 1687/2016; Cons. St. Sez. VI, n. 8933/2010; T.A.R. Calabria Catanzaro sez. I n. 1903/2019).

4.7. Conclusivamente, ritiene il Collegio che non sussistevano i presupposti per l’attivazione del soccorso istruttorio e per l’esclusione dei cinque raggruppamenti in questione e ciò in quanto:

- con riferimento ai raggruppamenti verticali, la normativa vigente non richiede il possesso in capo alla mandataria dei requisiti di qualificazione sull’intero appalto, ma in relazione alla prestazione principale da eseguire; nel caso, le mandatarie erano in possesso dei requisiti al 100% per le prestazioni di competenza;
- il raggruppamento Imprefar non poteva essere escluso per questioni meramente formali, a fronte della chiara volontà di partecipare alla gara e della sottoscrizione autografa (e non digitale) del socio di maggioranza, ove quella digitale non era richiesta dal disciplinare a pena di esclusione.

4.8. L’amministrazione resistente e la controinteressata sostengono però che, comunque, l’esclusione sarebbe stata necessaria in conseguenza del mancato riscontro al soccorso istruttorio, piuttosto che per la carenza dei requisiti.

La ricorrente replica che il soccorso istruttorio si può disporre solo se l'informazione richiesta sia davvero mancante o poco chiara e la sua assenza sia davvero essenziale e prevista a pena di esclusione.

4.9. Le deduzioni al riguardo di parte ricorrente sono condivisibili.

Va premesso che l'eccezione dell'amministrazione e della controinteressata - secondo cui l'esclusione degli operatori economici è conseguenza del mancato riscontro al soccorso istruttorio indipendentemente dal possesso o meno del requisito - viene meno sol che si consideri che parte ricorrente ha sostenuto l'illegittimità del ricorso al soccorso istruttorio, di guisa che, ove tale censura risulti fondata (così come è nel caso di specie), la procedura deve essere cristallizzata alla fase antecedente; in altri termini, non è concepibile l'esclusione di una partecipante alla gara per il solo fatto del mancato riscontro al soccorso istruttorio, laddove parte ricorrente abbia censurato (fondatamente) la legittimità del ricorso a tale strumento procedimentale.

Ciò posto, nel merito va riaffermato che il soccorso istruttorio può essere attivato solo se si riscontra un'effettiva carenza e non può trasformarsi in un modo per esigere, a pena di esclusione, requisiti non previsti dalla *lex specialis* o comunque previsti da disposizioni della *lex specialis* nulle, in quanto non conformi alle previsioni di legge. Come premesso, ove ciò avvenga, va annullato il provvedimento che ponga a suo presupposto un esercizio illegittimo del soccorso istruttorio.

La violazione di adempimenti non previsti (né sanzionati con l'esclusione) dal bando non è sanzionabile con l'esclusione (C.G.A.R.S. 24.03.2015, n. 305). Né peraltro può comportare l'esclusione il mancato rispetto di formalità che non incidano sulla conoscenza dei fatti da parte dell'amministrazione e che non facciano sorgere dubbi sulla paternità, veridicità e consistenza dell'offerta (Cons. Stato, V, 04.04.2002, n. 1857 e Cons. Stato, V, 04.11.1996, n. 1312).

Nel caso di specie, non vi erano carenze da sanare nella documentazione delle cinque ATI (poi escluse) e pertanto non poteva disporsi il soccorso istruttorio e, in assenza di riscontro - a cui dette ATI, con la conoscenza dei ribassi, potevano non avere interesse -, l'esclusione delle stesse.

5. Va quindi accolto il ricorso per la fondatezza del primo motivo, con assorbimento delle ulteriori questioni dedotte con il secondo motivo.

Ne consegue l'illegittimità dell'aggiudicazione a favore della controinteressata e la declaratoria di inefficacia dell'eventuale contratto concluso tra quest'ultima e la stazione appaltante. Ne consegue, altresì, come chiarito, che la procedura regredisce alla fase antecedente a quella illegittima e quindi alla determinazione della prima soglia di anomalia, con conseguente aggiudicazione e affidamento dell'appalto in favore della ricorrente, previo espletamento dei dovuti accertamenti di pertinenza dell'amministrazione e salve le valutazioni consequenziali.

6. Le spese, in considerazione della novità e complessità delle questioni esaminate, possono essere, in via d'eccezione, compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei modi e termini di cui in parte motiva.

Spese compensate.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 21 novembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Pancrazio Maria Savasta, Presidente

Maria Stella Boscarino, Consigliere

Giuseppina Alessandra Sidoti, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Giuseppina Alessandra Sidoti

IL PRESIDENTE
Pancrazio Maria Savasta

IL SEGRETARIO

WWW.LAVORIPUBBLICI.IT