

N. 01632/2023 REG.PROV.COLL.

N. 00724/2023 REG.RIC.



**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 la Calabria**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 724 del 2023, proposto da 2C Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG 9528964DD7, rappresentato e difeso dagli avvocati Paolo Clarizia, Giovanni La Fauci, Pier Paolo Nocito, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Paolo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

***contro***

Comune di Sellia Marina, Centrale Unica di Committenza: Sersale – Cropani – Sellia Marina – Botricello, non costituiti in giudizio;

***nei confronti***

PF Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Pierluigi Piselli, Daniele Bracci, Patrizio Giordano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*per l'annullamento*

della Determinazione n. 98 del 27.3.2023, successivamente comunicata, con la quale il Comune di Sellia Marina ha disposto l'aggiudicazione definitiva della procedura di gara avente ad oggetto la realizzazione di lavori di “Adeguamento sismico ed ampliamento della scuola primaria di Viale Calabricata” (CIG 9528964DD7) alla PF Costruzioni S.r.l, nonché della relativa nota di comunicazione n. prot. 5644 del 31.03.2023;

- dei verbali di gara di seduta pubblica e riservata, nelle parti nelle quali la PF Costruzioni S.r.l. è stata ammessa o non è stata esclusa e/o la cui offerta è stata assoggettata a valutazione ed attribuzione di punteggio;

- di ogni atto e provvedimento presupposto, connesso e consequenziale, ivi compresi la proposta di aggiudicazione e, all'occorrenza, i chiarimenti di gara, il bando, il disciplinare, il capitolato di appalto e qualsiasi documento facente parte della lex specialis

NONCHÉ

per il conseguimento dell'aggiudicazione e per il subentro nel contratto di appalto eventualmente stipulato, previa declaratoria di nullità, invalidità ed inefficacia dello stesso.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Pf Costruzioni S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 dicembre 2023 il dott. Domenico Gaglioti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1- Con atto ritualmente notificato il 16.5.2023 e 17.5.2023 e depositato il 17.5.2023 la 2C Costruzioni srl (di seguito anche “2C”) ha esposto:

- ) essa aveva partecipato alla gara per l’affidamento dei lavori di “*Adeguamento sismico ed ampliamento della scuola primaria di Viale Calabricata*” (CIG 9528964DD7), per un importo a base d’asta di € 1.082.118,41, da aggiudicare con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa indetta dalla Centrale Unica di Committenza Sersale–Cropani–Sellia Marina–Botricello per conto del Comune di Sellia Marina;
  - ) espletate le operazioni di gara essa si è classificata al secondo posto con 81,14 punti (70,483 punti per l’offerta tecnica e 10,657 punti per l’offerta economica) dietro alla PF Costruzioni srl (di seguito anche “PF Costruzioni”) con 95,687 punti (75,687 per l’offerta tecnica e 20 per l’offerta economica);
  - ) con nota del 31.3.2023, la Stazione Appaltante ha comunicato l’adozione della determina n. 98 del 27.3.2023 di aggiudicazione definitiva alla predetta PF Costruzioni;
  - ) il 7.4.2023 essa ha chiesto accesso all’offerta dell’aggiudicataria in data 7.04.2023, consentito il 18.4.2023 e all’esito del quale ha ritenuto contestare la mancata esclusione della PF Costruzioni dalla gara o comunque l’aggiudicazione alla stessa.
- 2- Con il presente ricorso la 2C Costruzioni deduce i seguenti motivi:

*I) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 4.5 E 12 DEL BANDO E 1.3., 11 E 12 DEL DISCIPLINARE. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL’ART. 12 D.L. 47/2014, DEGLI ARTT. 59 E 105 D.LGS. 50/2016. ECCESSO DI POTERE; DIFETTO DI ISTRUTTORIA; ILLOGICITÀ MANIFESTA; CONTRADDITTORIETÀ; PERPLESSITÀ.*

Viene contestata la mancata esclusione della PF Costruzioni per carenza dei requisiti di qualificazione prescritti dalla *lex specialis*, nel senso che questa, quantunque priva di attestazione SOA per le categorie richieste dal disciplinare di gara, ha per un verso fatto ricorso all'avvalimento dalla società Greco srl, per la sola categoria prevalente OG1, non essendo ricorsa all'avvalimento o al subappalto cd. "necessario" per la categoria scorporabile a qualificazione obbligatoria OG11, sebbene ne fosse del tutto fornita.

Quanto, nello specifico, al subappalto, rileva l'invalidità della dichiarazione resa nel DGUE in quanto avente carattere non qualificante, inerente solo alla fase esecutiva dei lavori, senza spendita di requisiti di capacità provenienti dal subappaltatore.

*II) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 4.5 E 12 DEL BANDO E 1.3., 11, 12 E 14 8 DEL DISCIPLINARE. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 83, 84 E 89 D.LGS. 50/2016. ECCESSO DI POTERE; DIFETTO DI ISTRUTTORIA; ILLOGICITÀ MANIFESTA; CONTRADDITTORIETÀ; PERPLESSITÀ.*

Viene contestata la validità dell'avvalimento, atteso che dalla documentazione di gara risulterebbe carente la dichiarazione di impegno dell'ausiliaria Greco srl nei confronti della Stazione appaltante, né potrebbe essere la dichiarazione ricavabile *aliunde* dal contenuto del contratto di avvalimento o risolvibile mediante il soccorso istruttorio, peraltro neanche andato a buon fine.

*III) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 14 E 15 DEL DISCIPLINARE. VIOLAZIONE DELL'ART. 97 COST.. VIOLAZIONE DI OGNI NORMA E PRINCIPIO IN TEMA DI PRESENTAZIONE DELLE OFFERTE E DI PAR CONDICIO. ECCESSO DI POTERE; DIFETTO DI*

*ISTRUTTORIA; ILLOGICITÀ MANIFESTA; CONTRADDITTORIETÀ; PERPLESSITÀ.*

In via subordinata parte ricorrente contesta l'attribuzione dei punteggi per l'offerta economica rilevando che la PF avrebbe dovuto conseguire 18,5 punti in meno, in ragione di due punteggi attribuiti alla stessa in carenza di qualsiasi proposta afferente ai criteri di valutazione di riferimento.

3- Con atto depositato il 23.5.2023 si è costituita la PF Costruzioni per resistere al ricorso.

4- Alla camera di consiglio del 7.6.2023, con ordinanza n. 279 del 9.6.2023 è stata rigettata l'istanza cautelare.

5- Con ordinanza n. 2819 del 7.7.2023 è stato accolto l'appello cautelare, con sospensione del provvedimento impugnato.

6- In vista della trattazione del merito, con memoria del 27.11.2023 la controinteressata PF Costruzioni ha rilevato l'improcedibilità del ricorso per sopravvenuto difetto di interesse dalla ricorrente, per essere più recentemente interessata da vicende, apprese da organi di stampa, che renderebbero impossibile conseguire l'aggiudicazione e, nel merito, ha ribadito l'inconsistenza delle censure *ex adverso* formulate.

7- Con memoria del 27.11.2023 la ricorrente ha ribadito le censure prospettate.

8- In data 1.12.2023 la PF Costruzioni ha replicato alle deduzioni di parte avversa.

9- Con memoria dell'1.12.2023 la 2C Costruzioni ha replicato alle deduzioni di parte avversa sia contestando la prospettata sopravvenuta carenza di interesse sia ribadendo le contestazioni di merito.

10- Il Comune di Sellia Marina, ritualmente evocato in giudizio, non si è costituito.

11- All'udienza pubblica del 13.12.2023 il ricorso è stato spedito in decisione.

## DIRITTO

12- Preliminarmente deve essere delibata l'eccezione di improcedibilità del ricorso formulata dalla controinteressata in sede di memoria del 27.11.2023, la quale è infondata per l'assoluta genericità degli elementi evidenziati dalla stessa, i quali, peraltro, finiscono per impingere con valutazioni neanche svolte dall'Amministrazione resistente.

13- Nel merito il Collegio rileva che, quantunque nella fase cautelare era stata prospettata una prognosi infausta per il ricorrente, adesso, all'esito di un'approfondita disamina della controversia, propria della fase di merito, ritiene il ricorso fondato.

14- Viene scrutinato il primo motivo.

14.1- Il motivo è fondato per le ragioni di seguito esposte.

14.2- Deve anzitutto essere ricostruita la questione controversa alla luce della giurisprudenza per la quale *“A mente del più volte richiamato art. 12 del d.l. n. 47 del 2014, convertito con legge n. 80 del 2014: "1. Si considerano strutture, impianti e opere speciali ai sensi dell'articolo 37, comma 11, del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, le opere corrispondenti alle categorie individuate nell'allegato A del medesimo decreto con l'acronimo OG o OS di seguito elencate: OG 11, OS 2-A, OS 2-B, OS 4, OS 11, OS 12-A, OS 13, OS 14, OS 18-A, OS 18-B, OS 21, OS 25, OS 30.*

*(...). In tema di affidamento di contratti pubblici di lavori, si applicano altresì le seguenti disposizioni:*

*a) l'affidatario, in possesso della qualificazione nella categoria di opere generali ovvero nella categoria di opere specializzate indicate nel bando di gara o nell'avviso di gara o nella lettera di invito come categoria prevalente può, fatto salvo quanto previsto alla lettera b), eseguire direttamente tutte le lavorazioni di cui si compone l'opera o il lavoro, anche se non è in possesso*

*delle relative qualificazioni, oppure subappaltare dette lavorazioni specializzate esclusivamente ad imprese in possesso delle relative qualificazioni;*

*b) non possono essere eseguite direttamente dall'affidatario in possesso della qualificazione per la sola categoria prevalente, se privo delle relative adeguate qualificazioni, le lavorazioni, indicate nel bando di gara o nell'avviso di gara o nella lettera di invito, di importo superiore ai limiti indicati dall'articolo 108, comma 3, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 5 maggio 2010, n. 207, relative alle categorie di opere generali individuate nell'allegato A al predetto decreto, nonché le categorie individuate nel medesimo allegato A con l'acronimo OS, di seguito elencate: OS 2-A, OS 2-B, OS 3, OS 4, OS 5, OS 8, OS 10, OS 11, OS 12-A, OS 13, OS 14, OS 18-A, OS 18-B, OS 20-A, OS 20-B, OS 21, OS 24, OS 25, OS 28, OS 30, OS 33, OS 34, OS 35. Le predette lavorazioni sono comunque subappaltabili ad imprese in possesso delle relative qualificazioni. Esse sono altresì scorporabili e sono indicate nei bandi di gara ai fini della costituzione di associazioni temporanee di tipo verticale".*

*(...)- Dalla lettura del citato articolo emerge la sussistenza di una distinzione, in termini di modalità di partecipazione alla gara e di esecuzione dei relativi lavori, fra opere specializzate (disciplinate dal comma 2, lettera a) e opere "superspecialistiche" (disciplinate dal comma 2, lettera b). Ed infatti, nelle prime, il concorrente qualificato nella categoria prevalente in una classifica corrispondente all'importo totale dei lavori, in caso di aggiudicazione, potrà eseguire lavorazioni anche relative alle categorie scorporabili, ancorché privo delle relative qualificazioni. Le seconde (tra le quali rientra la categoria OG 11, inclusa nell'allegato A del decreto del Presidente della Repubblica 5 maggio 2010, n. 207) possono invece essere eseguite direttamente dall'aggiudicatario solo se dotato della relativa qualificazione e vengono pertanto anche definite "a qualificazione obbligatoria" con la precisazione che "(...) potendo il concorrente eseguirle anche se privo delle relative qualificazioni "il ricorso al subappalto, ai fini dell'affidamento delle lavorazioni scorporabili come di quelle riconducibili alla categoria prevalente, riveste carattere meramente eventuale e*

*facoltativo, rispondendo a scelte discrezionali, organizzative ed economiche, dell'impresa concorrente"* (Consiglio di Stato, sez. III, Ordinanza 10 giugno 2020, n. 3702); *viceversa "nel caso in cui le categorie indicate come scorporabili rientrano in determinate tipologie di opere "specialistiche", per le quali la normativa di riferimento richiede la c.d. "qualificazione obbligatoria"... Dette opere, ..., non possono essere eseguite direttamente dall'aggiudicatario se privo della relativa qualificazione e, quindi, devono essere necessariamente subappaltate ad un soggetto ad esse abilitato (cfr. art. 12, comma 2, lett. b), D.L. n. 47/2014, convertito con legge n. 80/2014)"* (cit. Consiglio di Stato, sez. III, Ordinanza 10 giugno 2020, n. 3702)" (T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 8.9.2020, n.1099).

14.3- In altri termini, l'art. 12 del d.l. n. 47/2014 consente, in un'ottica concorrenziale, all'operatore economico in possesso della qualificazione per la sola categoria prevalente di partecipare alle gare per l'affidamento di lavori pubblici, anche se privo delle qualificazioni previste dal bando per le categorie scorporabili, alla condizione, però, che affidi le lavorazioni riconducibili alle predette categorie, se a qualificazione obbligatoria, ad imprese in possesso delle necessarie qualificazioni.

Il suddetto istituto presenta tuttavia delle peculiarità rispetto al subappalto c.d. ordinario.

Difatti, mentre nell'ipotesi di subappalto "classico" o "facoltativo" l'affidamento a terzi di una parte delle prestazioni oggetto dell'appalto è frutto di una libera scelta imprenditoriale (essendo il concorrente già in possesso di tutte le qualifiche relative alle lavorazioni oggetto del bando), il subappalto necessario si caratterizza, al contrario, per la circostanza che il concorrente non ha la qualifica per eseguire tutte le lavorazioni; il subappalto si configura allora come "necessario" perché l'affidamento (ad un soggetto in possesso delle pertinenti qualificazioni)



dell'esecuzione delle lavorazioni riconducibili alle categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria è imposto dal difetto di qualifica del concorrente ad eseguire tali tipo di prestazioni.

14.4- Nella fattispecie, quanto al subappalto, il disciplinare di gara ha disposto:

-) *“8. Subappalto. Ai sensi e per gli effetti dell'art. 105, comma 4 del D.Lgs. n. 50/2016 sono subappaltabili le lavorazioni di cui si compone l'opera oggetto d'appalto sono subappaltabili nei limiti stabiliti dal comma 2 della norma sopra richiamata; 8.1 Il concorrente deve indicare all'atto dell'offerta le prestazioni del servizio che intende subappaltare, tra quelle ammesse dalla Stazione Appaltante, secondo quanto previsto dall'art. 105 del D.Lgs. n. 50/2016; in mancanza di tali indicazioni il subappalto è vietato” (§ 8 e § 8.1);*

-) *“Non è ammesso l'avvalimento per la categoria OG11 ai sensi dell'art.89, comma 10 del Codice” (§ 12);*

-) *” Nella busta “A – Documentazione Amministrativa” devono essere contenuti, i seguenti documenti: 1) domanda di partecipazione alla gara (da redigere secondo il modello All. A) (...) La domanda contiene una dichiarazione sostitutiva ai sensi degli artt. 46 e 47 del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445 ovvero, per i concorrenti non residenti in Italia, documentazione idonea equivalente secondo la legislazione dello stato di appartenenza, con la quale il concorrente assumendosene la piena responsabilità: (...) s) indica le lavorazioni che intende, eventualmente, subappaltare o concedere a cottimo” (...) 3) DGUE (documento di gara unico europeo), firmato digitalmente di cui all'art. 85 del D.lgs. n. 50/2016 in attuazione dell'art. 59 direttiva 2014/24/UE (appalti pubblici settori ordinari) (...) 8) [in caso di avvalimento] L'impresa ausiliaria dovrà compilare la corrispondente Parte II sezione C del DGUE con l'indicazione della denominazione degli operatori economici di cui intende avvalersi e dei requisiti oggetto di avvalimento” (§ 14);*

Inoltre, il modello DGUE fornito dalla stazione appaltante, conteneva una sola specifica sezione dedicata al subappalto, quella sub D, nella quale l'operatore era tenuto a barrare "sì" o "no" all'intendimento di subappaltare e a indicare le relative lavorazioni e la relativa quota (espressa in percentuale) sull'importo contrattuale.

14.5- Nell'assetto ora descritto, scaturente dalla normativa generale e dalla *lex specialis*, come già evidenziato, la MD Immobiliare si qualificava:

-) per quanto attiene i requisiti di cui alla categoria prevalente OG 1, mediante avvalimento;

-) quanto alla categoria OG 11, nella sezione D del DGUE esprimeva dichiarazione di subappalto (rispondendo "sì" all'apposita domanda) e quindi indicando di seguito, relativamente alle prestazioni che intende subappaltare, "*Tutte le lavorazioni nei limiti consentiti dalla legge (OG11 al 100%)*".

14.6- La questione giuridica che pone l'esame della presente doglianza è se una dichiarazione di tal fatta sia da considerarsi sufficientemente precisa, a prescindere da indicazioni più puntuali in ordine alla circostanza se il subappalto fosse da qualificare "qualificatorio" e/o "necessario".

14.7- La medesima questione sottende, però, un preliminare chiarimento in ordine all'ammissibilità del ricorso al subappalto "necessario", nei termini in cui il concorrente si qualifichi nella categoria prevalente (non in proprio bensì) mediante avvalimento.

Il punto è risolvibile in senso affermativo, nel senso che, in base alla vigente normativa e nell'ambito del contesto euro-unitario, risulta in via generale indifferente -a fini di qualificazione del concorrente nella categoria principale- che essa avvenga in proprio ovvero a mezzo di avvalimento (salve le eventuali eccezioni normative, comunque non ricorrenti nella fattispecie).

In tale ottica, peraltro, depone anche la delibera dell'ANAC n. 406 del 6.9.2022 nella quale, in caso di contestuale qualificazione sulla categoria prevalente mediante avvalimento e di ricorso al subappalto necessario per categoria scorporabile a qualificazione obbligatoria, ha osservato che *“La vigente normativa in materia di lavori pubblici non osta alla possibilità di supplire alla carenza dell’attestazione SOA nella categoria prevalente tramite avvalimento anche in caso di ricorso al subappalto necessario di opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali (SIOS) a qualificazione obbligatoria”*.

Da quanto ora esposto consegue che il fatto che la PF Costruzioni possedesse o meno una SOA in proprio per la categoria prevalente ovvero avesse conseguito detta qualificazione mediante avvalimento è del tutto influente quanto alla (diversa) questione della qualificazione per la categoria prevalente OG 11.

14.8- Rientrando, poi, sul tema della qualificazione nella categoria OG11, il Collegio ritiene anzitutto di richiamare la consolidata giurisprudenza del Consiglio di Stato per la quale *“Questa Sezione ha già esaminato vicende analoghe - in cui, cioè, l'operatore economico non aveva dichiarato di voler ricorrere al subappalto c.d. necessario per acquisire requisiti tecnico - professionali non posseduti, e ha espresso un chiaro convincimento: il concorrente non è tenuto a indicare il nominativo del subappaltatore già in sede di offerta, ma è tenuto senz'altro a dichiarare la volontà di ricorrere al subappalto per supplire al requisito di qualificazione mancante. Detto più chiaramente, l'operatore economico deve dichiarare sin dalla domanda di partecipazione la volontà di avvalersi del subappalto c.d. necessario (in tal senso, Consiglio di Stato, Sez. V, 1° luglio 2022, n. 5491, ove è ben evidenziata la diversità di presupposti e di funzioni delle due dichiarazioni, di ricorrere al subappalto facoltativo oppure a quello necessario, in quanto "...nella dichiarazione di subappalto "necessario" viene in rilievo non una mera esternalizzazione di volontà dell'operatore economico quale è la dichiarazione di subappalto "facoltativo", bensì una delle*

*modalità di attestazione del possesso di un requisito di partecipazione, che non tollera di suo il ricorso a formule generiche o comunque predisposte ad altri fini, pena la violazione dei principi di par condicio e di trasparenza che permeano le gare pubbliche"; cfr. anche Consiglio di Stato, Sez. V, 31 marzo 2022, n. 2365 e, ancora più recentemente, Consiglio di Stato, Sez. V, 29 dicembre 2022, n. 11596)" (Consiglio di Stato, Sez. V, 28.3.2023, n.3180).*

14.9- Inquadrata in detti termini, la questione deve essere poi contestualizzata alla luce del quadro fornito dalla *lex specialis* e dell'effettivo tenore delle dichiarazioni rese dalla controinteressata aggiudicataria.

14.10- Alla luce della suddetta contestualizzazione è da ritenere anzitutto che la dichiarazione di subappalto, resa nell'ambito delle informazioni concernenti i subappaltatori sulle cui capacità l'operatore economico non fa affidamento e dunque nell'ambito del subappalto facoltativo, non presenta il grado di specificità necessaria richiesta in caso di subappalto qualificante, nel senso cioè di non aver sufficientemente specificato la PF Costruzioni di ricorrere al subappalto come modalità di sua qualificazione e non come mero modulo operativo attinente alla semplice esecuzione del contratto.

14.11- La genericità di tale dichiarazione, ad una lettura attenta della fattispecie, non può essere sopperita dagli ulteriori elementi relativi alla dichiarazione di non essere in possesso di propria attestazione SOA per detta categoria e di fare affidamento sulle capacità di altri soggetti per soddisfare i criteri di selezione.

Ciò per le convergenti ragioni costituite dal fatto che:

a) per un verso, il disciplinare di gara prevede un'apposita sede (nell'ambito della domanda di partecipazione) nella quale indicare, senza distinzione di tipologia di subappalto "*le lavorazioni che intende, eventualmente, subappaltare o concedere a cottimo*" (lettera s), di modo che la presenza di una dichiarazione specifica in ordine alla

sussistenza di un subappalto “qualificante” ben avrebbe potuto trovare collocazione in tale sede (e non risulta, dalle allegazioni agli atti, che la PF Costruzioni l’abbia utilizzata);

b) per altro verso, né il disciplinare di gara né il DGUE recavano alcuna prescrizione o vincolo di utilizzo della Sezione D (riferita alle informazioni dei subappaltatori su cui il concorrente *non* fa affidamento e dunque al subappalto “facoltativo”) per qualsivoglia tipologia di subappalto (e dunque anche del subappalto “qualificante”, nel quale, invece, le informazioni attengono ai subappaltatori sulle cui capacità l’operatore economico è invece obbligato a fare affidamento), ragion per cui non può neanche affermarsi, nel caso controverso, che l’esplicitazione resa dal controinteressato in tale Sezione discendesse da una prescrizione della Stazione Appaltante (a differenza di altre ipotesi – su cui v., ad esempio, T.A.R. Lazio, Sez. IV, 13.10.2023 n. 15238– in cui è stata valorizzata, per riconoscere la validità di una dichiarazione ivi inserita, una previsione in tal senso promanante dalla legge di gara).

14.12- D’altronde, la questione non si pone in termini meramente nominalistici (l’inserimento del termine “facoltativo” o “necessario”) bensì, più in generale, sulla sussistenza di elementi idonei a manifestare chiaramente ed incontrovertibilmente che il concorrente ricorra al subappalto per la categoria OG11 all’unico fine di subappaltare a fini di qualificazione (né, si soggiunge, l’ampiezza del subappalto è circostanza di per sé è idonea a far inferire la suddetta finalità), che ad un’attenta analisi delle circostanze di gara non è dato rinvenire.

14.13- Peraltro, in ipotesi di tal fatta viene in evidenza anche il principio di autoresponsabilità dei concorrenti, in forza del quale ogni operatore economico deve sopportare le conseguenze di eventuali errori commessi nella presentazione

della documentazione dell'offerta (T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 20.2.2019, n.304).

14.14- In conclusione, il motivo di doglianza va ritenuto fondato.

15- Sebbene le conclusioni ora esposte sarebbero sufficienti per accogliere il ricorso e pervenire all'annullamento dell'atto impugnato, viene per completezza scrutinato il secondo motivo di ricorso.

15.1- Il motivo è infondato.

15.2- Il disciplinare di gara, al § 14.8 punto 8, concernente la documentazione amministrativa da presentare in gara per l'utile ricorso all'avvalimento, stabilisce che, in caso di avvalimento: “ (...) *L'impresa ausiliaria dovrà compilare la corrispondente Parte II sezione C del DGUE con l'indicazione della denominazione degli operatori economici di cui intende avvalersi e dei requisiti oggetto di avvalimento. Le imprese ausiliarie dovranno invece compilare un DGUE distinto con le informazioni richieste dalla sezione A e B della Parte II, parte III, IV e VI.*

*Dovrà inoltre essere prodotta tutta la documentazione prevista dall'art. 89, comma 1, del D.Lgs. n. 50/2016 e nello specifico:*

*a) dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente; [...]*

*- la domanda, le dichiarazioni e le documentazioni di cui al punto 13 comma 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8 e 9 a pena di esclusione, devono contenere quanto previsto nei predetti punti”.*

15.3- Nella fattispecie è contestato all'ausiliaria (e di rimbalzo alla controinteressata) di non aver prodotto la suddetta dichiarazione di impegno, stabilita a pena di esclusione.

15.4- Vi è però da considerare che l'art. 2 del contratto di avvalimento, stipulato tra la PF Costruzioni e l'ausiliaria Greco srl recante riferimento alla gara "Adeguamento sismico ed ampliamento della scuola primaria di Viale Calabricata - CIG : 9528964DD7 CUP : D22E20000590003" contiene espressamente la previsione per cui "2) *L'impresa ausiliaria si obbliga verso l'impresa ausiliata e nei confronti della stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente l'impresa ausiliata, Art. 89 comma 1) D.lgs. 50/2016, come di seguito indicativamente elencate: (...)*", mentre il successivo punto 3 precisa che "L'impegno, di cui al punto precedente, decorre dalla data del presente contratto ed è assunto per l'intera durata del contratto d'appalto; detto impegno diviene inefficace in caso di mancata aggiudicazione della gara all'impresa ausiliata".

15.5- Orbene, come è stato di recente chiarito in giurisprudenza "7.4. *Come già chiarito dalla giurisprudenza di questo Consiglio di Stato- che nei precedenti richiamati dall'appellante ha in effetti già affrontato la tematica con dovizia di argomentazioni alle quali si rimanda ai sensi e per gli effetti dell'art. 88, comma 2, lett. d) c.p.a. – induce a tale conclusione, opposta a quella raggiunta dalla sentenza appellata, innanzitutto il dato letterale: la "specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria" è richiesta dal legislatore (all'ultimo periodo dell'art. 89, comma 1) a pena di nullità per il solo contratto di avvalimento, mentre, per la dichiarazione di impegno è richiesto solo che l'ausiliaria assuma l'obbligo di porre a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse di cui il concorrente è carente.*

7.4.1. *Il diverso tenore letterale delle disposizioni è coerente con la diversa natura e finalità dei due atti negoziali: il primo è un contratto riconducibile, sia pur con sue peculiarità, alla tipologia dei contratti c.d. di prestito, con il quale i contraenti si obbligano reciprocamente e che necessita della specificazione del contenuto delle rispettive prestazioni per non incorrere nella indeterminatezza dell'oggetto (e, dunque, nella causa di nullità di cui all'art. 1418, comma 2, cod. civ.); il secondo è una promessa unilaterale resa dall'ausiliaria alla stazione appaltante con l'impegno al rispetto delle*

*obbligazioni assunte nel contratto di avalimento (ed in particolare a non sottrarre le risorse messe a disposizione del concorrente per la durata dell'esecuzione del contratto di appalto). (...)*

*Di recente la giurisprudenza ha ribadito tale indirizzo, giungendo a respingere la doglianza concernente la mancata presentazione da parte della controinteressata aggiudicataria della dichiarazione d'impegno dovuta dall'ausiliaria ai sensi dell'art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016 che, secondo l'appellante, non sarebbe stata surrogabile dalle previsioni del contratto di avalimento e dall'impegno ivi contenuto (perché vincolante solo inter partes, non coercibile dall'amministrazione nei medesimi termini della dichiarazione diretta nei suoi confronti e, quindi, insufficiente a soddisfare le prescrizioni in materia di avalimento).*

*Al riguardo, è stato infatti osservato che “se è vero che dichiarazione d'impegno e contratto di avalimento costituiscono atti distinti muniti di diversa funzione, la loro distinzione attiene invero al contenuto e significato (e conseguenti effetti giuridici) degli atti, non anche al supporto materiale (o “corpus physicum”) che li reca: la dichiarazione d'impegno, se provvista dei necessari requisiti e destinata alla stazione appaltante, può infatti ben essere incorporata anche in un supporto coincidente con il contratto di avalimento; ciò che rileva, come chiarito dalla giurisprudenza, è l'assunzione delle obbligazioni da parte dell'ausiliaria direttamente nei confronti della stazione appaltante, non già il supporto redazionale che ne racchiude la fonte” (così Cons. Stato, V, 1 luglio 2022, n. 5497).*

*Pertanto, una siffatta assunzione di obbligazioni ben può ritenersi integrata dalla dichiarazione impegnativa dell'ausiliaria, direttamente nei confronti della stazione appaltante, contenuta nel contratto di avalimento presentato dall'operatore economico, con cui l'ausiliaria assume la responsabilità solidale con l'impresa avvalente “e” nei confronti della stazione appaltante, cioè direttamente nei riguardi di questa: ciò vale di per sé a ritenere integrata la prescritta dichiarazione dell'ausiliaria di cui all'art. 89, comma 1, cit.; infatti, l'impegno dell'ausiliaria ha rilevanza sostanziale e non meramente formale e ben può estrinsecarsi non in documento distinto, ma*



*all'interno dello stesso contratto di avvalimento (in tal senso, Cons. Stato, n. 5497/2022 cit.)”*  
(Consiglio di Stato, sez. V, 02.05.2023 n. 4370),

16- Le conclusioni ora rassegnate esimono il Collegio dallo scrutinio del terzo motivo, dichiaratamente formulato dal ricorrente in via subordinata.

17- In conclusione, per le ragioni evidenziate con riferimento al primo motivo, il ricorso va accolto con annullamento degli atti impugnati.

18- L'annullamento dell'aggiudicazione si riflette, a sua volta, sul contratto stipulato, che va dichiarato inefficace ai sensi dell'art. 122 c.p.a., tenuto conto del fatto che:

-) il contratto ha ad oggetto l'adeguamento sismico ed ampliamento della scuola primaria di Viale Calabricata e prevede un termine di esecuzione di giorni 365 dalla consegna dei lavori;

-) la ricorrente si è classificata al secondo posto nella graduatoria finale, subito dopo la controinteressata originaria aggiudicataria, e ha manifestato richiesta di subentro nel contratto;

-) il contratto risulta essere stato stipulato il 21.6.2023, con consegna dei lavori il successivo 3.7.2023, e successiva sospensione disposta il 10.7.2023 in conseguenza della pronuncia dell'appello cautelare fino alla pronuncia della sentenza di merito dell'odierno contenzioso.

Pertanto, considerata la natura dei lavori e la suindicata tempistica, in particolare la sospensione avvenuta giusto una settimana dopo la consegna dei lavori, nulla osta a disporre l'integrale subentro della ricorrente 2C Costruzioni nel contratto relativo all'intervento in questione, subordinato alle verifiche di cui all'art. 32 d.lgs. n. 50/2016 e del § 21 del disciplinare di gara, a cura dell'Amministrazione.

Si rileva infine che *“Il subentro nel contratto di appalto del ricorrente vittorioso, retroattivamente privato di efficacia, a seguito dell'annullamento del provvedimento di aggiudicazione della gara,*

*determina il risarcimento in forma specifica del danno patito" (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 1.7.2021, n.7786).*

19- Le circostanze e la complessità della controversia inducono il Collegio alla compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto:

- ) annulla il provvedimento di aggiudicazione impugnato come da epigrafe;
- ) dispone, in via retroattiva, la cessazione di efficacia del contratto stipulato con l'aggiudicataria PF Costruzioni;
- ) accoglie la domanda risarcitoria in forma specifica mediante subentro della ricorrente nel contratto, per come disposto in parte motiva (§ 18).

Spese compensate.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 13 dicembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Pennetti, Presidente

Arturo Levato, Primo Referendario

Domenico Gaglioti, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Domenico Gaglioti**

**IL PRESIDENTE**  
**Giancarlo Pennetti**

IL SEGRETARIO

LAVORI PUBBLICI