

Publicato il 14/07/2022

N. 05992/2022REG.PROV.COLL.  
N. 06369/2021 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 6369 del 2021, proposto da Italcantieri F.Lli Mirante S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Pullano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*contro*

Comune di San Pietro Apostolo, non costituito in giudizio;

*nei confronti*

Ditta Edilstrade Italiane di Tomaselli Agrotecnico Domenico, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Achille Morcavallo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Arno n. 6;

*per la riforma*

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima) n. 714/2021.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio della Ditta Edilstrade Italiane di Tomaselli Agrotecnico Domenico, in persona del legale rappresentante *pro tempore*;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 marzo 2022 il Cons. Gianluca Rovelli e udito l'avvocato Morcavallo e vista la richiesta in atti di passaggio in decisione senza discussione depositata dall'avvocato Pullano in data 1° marzo 2022;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO

1. Il Comune di San Pietro Apostolo ha indetto una procedura aperta interamente telematica ai sensi dell'articolo 58 del d.lgs. 50/2016, con aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'adeguamento sismico dell'edificio scuola dell'infanzia.

2. In esito ad una prima aggiudicazione la società Edilstrade ha proposto, innanzi al TAR Calabria, ricorso (R.g. 1481/2020) con il quale ha chiesto l'annullamento *“del verbale di gara n. 3 del 28 ottobre 2020 del Comune di San Pietro Apostolo relativo alla procedura aperta per i lavori di adeguamento sismico della scuola dell'infanzia ubicata in San Pietro Apostolo alla Via P. Celli. Importo finanziamento € 400.000,00 – CUP: F83b18000160002 – CIG: 82998764F5 che ha assegnato alla Ditta Edil DO.MA di Marchio Domenico l'aggiudicazione dell'appalto”* nonché degli altri provvedimenti consequenziali.

3. Il ricorso è stato deciso con sentenza n. 2091 del 21 dicembre 2020 che ha statuito sull'inammissibilità dello stesso.

4. La stazione appaltante, sia alla luce del ricorso formulato dalla Edilstrade che in esito a specifiche istanze - tra le quali quella dell'Italcantieri s.r.l. (che contestavano la regolarità delle ammissioni di molti concorrenti) - ha effettuato un'analisi delle domande di partecipazione e del possesso in capo alle ditte partecipanti dei requisiti di partecipazione.

5. All'esito di detta verifica, con determinazione n. 17 del 27 gennaio 2021 la società Edilstrade Italiane di Tomaselli Agrotecnico Domenico è stata esclusa perché:

- a) nel DGUE la concorrente Edilstrade Italiane pur avendo prodotto un contratto di avvalimento per tutte le categorie previste dal bando di gara, ha espressamente dichiarato di utilizzare l'avvalimento solo per la categoria OG1 classifica I, così risultando priva di qualificazione per le restanti categorie scorporabili previste come necessarie nel bando di gara;
- b) sempre nel DGUE la concorrente Edilstrade Italiane ha dichiarato di non intendere subappaltare parte dei lavori scorporabili;
- c) infine la medesima concorrente non ha reso le dichiarazioni previste dall'art. 80, comma 2 e comma 5, lett. f), g), h), i) l), e m), del Codice degli appalti e dall'art. 53, comma 16 *ter*, del d.lgs. 165/2001, dichiarando espressamente altresì di non essere iscritta ai registri professionali e commerciali, requisito questo espressamente previsto a pena di esclusione dal punto III.2.1.1 del bando di gara.

6. La Edilstrade Italiane di Tomaselli Agrotecnico Domenico ha quindi proposto ricorso con il quale ha impugnato i seguenti provvedimenti:

- a) la determinazione del comune di San Pietro Apostolo n. 17 del 27 gennaio 2021;
- b) la nota n. 386 del 12 febbraio 2021 del RUP del comune di San Pietro Apostolo;
- c) la nota n. 490 del 22 febbraio 2021 del RUP del comune di San Pietro Apostolo;
- d) la determinazione n. 47 del 26 febbraio 2021 di approvazione del verbale di gara n. 4 e di aggiudicazione all'Italcantieri;
- e) il verbale di gara n. 4 dell'11 febbraio 2021 di valutazione delle offerte rimaste in gara.

Il tutto al fine di ottenere la riammissione in gara, l'aggiudicazione ed il subentro nel contratto eventualmente stipulato.

7. Il Tar Calabria Catanzaro, con la sentenza 714/2021 ha accolto in parte il ricorso e, per l'effetto, ha annullato gli atti impugnati, disponendo che la stazione appaltante provvedesse a nuova aggiudicazione.

8. Di tale sentenza, asseritamente ingiusta ed illegittima, Italcantieri FLli Mirante S.r.l., ha chiesto la riforma con rituale e tempestivo atto di appello alla stregua di due articolati motivi, rubricati: *“I - ERRONEITA' DELLA SENTENZA NELLA PARTE IN CUI HA RITENUTO APPLICABILE L'ISTITUTO DEL SOCCORSO ISTRUTTORIO; VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 83 COMMA 9 DEL D.LGS. N. 50/2016. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 12, COMMA II, LETTERA b) DELLA L. 80/2012 - ECCESSO DI POTERE PER TRAVISAMENTO; B.- ERRATA VALUTAZIONE DELLA DOCUMENTAZIONE ALLEGATA AL RICORSO INTRODUTTIVO – ECCESSO DI POTERE PER TRAVISAMENTO DEI FATTI”*.

9. Ha resistito al gravame, chiedendone il rigetto, Edilstrade Italiane di Tomaselli Agrotecnico Domenico.

10. Alla udienza pubblica del 3 marzo 2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

11. L'appello è affidato a due motivi che possono essere di seguito sintetizzati.

12. Con il primo motivo l'appellante afferma che la sentenza del TAR sarebbe erronea in quanto la concorrente Edilstrade ha dichiarato per tre volte in tre diversi atti di gara di utilizzare l'avvalimento solo per la categoria OG1 classifica I, e, ciò è avvenuto:

a) nella domanda di partecipazione; b) nella dichiarazione di sussistenza requisiti di gara; c) nel DGUE.

12.1. Contestualmente, il medesimo operatore economico, nel DGUE ha formulato la dichiarazione sul subappalto inserendo l'annotazione NO; per questo ha espressamente dichiarato di non voler procedere o di non volersi avvalere del subappalto.

12.2. Il TAR ha ritenuto superata la problematica, secondo il principio della tassatività delle clausole di esclusione contenuto nell'art. 83 del codice dei contratti; in particolare ha ritenuto possibile la sanatoria attraverso l'applicazione dell'art. 83, comma 9.

12.3. Il TAR ha ritenuto legittima ed ammissibile la scelta dell'operatore economico di non avvalersi del subappalto in quanto esso è strumento esecutivo necessario solo in ipotesi di lavorazioni relative a categorie c.d. scorporabili a qualificazione obbligatoria.

12.4. Tale ricostruzione sarebbe però viziata dall'errata applicazione, da parte del TAR dell'art. 12 della L. 80/2014. Le categorie OS 28 e OS 30 sono ad "alta specializzazione" e, per questo, le stesse sono per legge a qualificazione obbligatoria, contrariamente a quanto erroneamente ritenuto dalla sentenza impugnata. Per tali categorie è indispensabile, in difetto del possesso della qualificazione, il subappalto ad imprese in possesso delle relative qualificazioni ovvero è fatta salva la possibilità di scorporare tali opere ai fini della costituzione di associazioni temporanee di tipo verticale.

12.5. Nel caso di specie, ciò non è avvenuto alla luce:

- a) del mancato possesso in capo ad Edilstrade della necessaria qualificazione professionale per le opere a qualificazione obbligatoria OS28 e OS30;
- b) dell'aver espressamente specificato la Edilstrade, per tre volte, di non voler utilizzare l'avvalimento;
- c) dell'aver ommesso di voler subappaltare tali opere a qualificazione obbligatoria.

13. Con il secondo motivo l'appellante afferma che Edilstrade Italiane ha formulato espressa dichiarazione di non essere iscritta ai registri professionali e commerciali contenuta nel DGUE prevista dall'art. 80, comma 2 e comma 5, lett. f), g), h), i) l), e m), del Codice degli appalti e dall'art. 53, comma 16 *ter*, del d.lgs. 165/2001.

13.1. Con la sentenza impugnata il TAR ha preso atto che la Edilstrade Italiane aveva formulato la propria dichiarazione sul possesso del requisito

nella domanda di partecipazione e, quindi, ha ritenuto sufficiente quella indicazione.

13.2. Non è ammissibile il soccorso istruttorio perché ciò significherebbe autorizzare a cambiare totalmente la dichiarazione resa in ordine alla mancanza dei requisiti di idoneità professionale di cui all'art. 83, comma 2 del d.lgs. 50/20106 espressamente previsti dal punto III.2.1.1 del bando di gara.

13.3. Erroneamente il TAR ha ritenuto che la Stazione appaltante avrebbe assunto una conferma correttiva che avrebbe onerato la Italcantieri alla formulazione di ricorso incidentale; tale specificazione contenuta nella sentenza sarebbe destituita di fondamento; ed infatti:

a) la Edilstrade Italiane, con due separate istanze di autotutela del 05.2.2021 e del 12.2.2021 ha richiesto la revoca dell'esclusione;

b) il Comune di San Pietro Apostolo con note prot. 386 del 12.2.2021 ha preso atto dell'avvenuta specificazione della sussistenza della dichiarazione nella domanda di partecipazione ma non ha revocato la sua esclusione confermandola integralmente;

c) con ulteriore nota prot. 490 del 22.2.2021 ha integralmente confermato il provvedimento di esclusione.

13.4. Errato in fatto, ancor prima che in diritto è che vi sia quindi stato da parte della Stazione appaltante un parziale accoglimento delle istanze formulate da Edilstrade con provvedimento che avrebbe dovuto essere impugnato con ricorso incidentale dalla difesa di Italcantieri s.r.l.

14. Nessuna delle censure dell'appellante può essere condivisa e la sentenza gravata merita conferma. Può prescindersi dall'esame dell'eccezione in rito formulata da Edilstrade Italiane di Tomaselli Agrotecnico Domenico, vista la manifesta infondatezza nel merito delle censure proposte.

15. Edilstrade ha prodotto, insieme alla domanda di partecipazione alla gara, il contratto di avvalimento stipulato con il Consorzio KREA S.r.l. che include le categorie scorporabili OS 28, OS 30 e OG 09. E' quindi pacifico che

Edilstrade sia in possesso di tutti requisiti di partecipazione richiesti dalla *lex specialis*.

15.1. La giurisprudenza costante di questa Sezione è nel senso di affermare che l'inesatta compilazione del DGUE che rende ambigua la dichiarazione legittima l'esercizio del soccorso istruttorio (Consiglio di Stato, Sez. V, 14 febbraio 2022, n. 1039). Risponde, infatti, al principio costituzionale di buon andamento dell'azione amministrativa, la regola secondo cui l'amministrazione, in sede di procedura evidenziale, è tenuta ad attivarsi, a mezzo soccorso istruttorio ovvero richiedendo appositi chiarimenti, per evitare l'esclusione dalla gara di un operatore economico dovuta al solo fatto di aver prodotto una documentazione incompleta od irregolare sotto il profilo formale, in conformità al principio del *favor participationis*.

La pacifica sussistenza dei requisiti di qualificazione risultante direttamente dal contratto di avvalimento (documento 16 della ricorrente in primo grado) rende meritevole di conferma la sentenza gravata.

15.2. La circostanza, da un lato dirime la controversia, dall'altro rende inconferenti tutte le argomentazioni spese per sostenere che le Categorie OS 28, OS 30 e OG 09 siano a qualificazione obbligatoria dato che la qualificazione è stata dimostrata mediante il contratto di avvalimento e che, pertanto, tutta la lunga dissertazione sul subappalto qualificante, e i relativi richiami giurisprudenziali, non rilevano in questa sede.

15.3. Edilstrade ha poi dichiarato di essere iscritta alla Camera di Commercio di Catanzaro nell'istanza di partecipazione alla gara.

16. In definitiva, la sentenza gravata merita conferma per avere fatto corretta applicazione di pacifici orientamenti giurisprudenziali in base ai quali:

a) il DGUE risultato incompleto in alcune parti è integrabile mediante il soccorso istruttorio (*ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. V, 2 settembre 2019, n. 6066);

b) chiarimenti possono essere richiesti dalle stazioni appaltanti, trattando i candidati “*in maniera uguale e leale*” (cfr. C.G.U.E. 10 maggio 2017, in C-

131/16) in conformità all'art. 56, comma 3, della direttiva 2014/24/UE, per il quale *“se le informazioni o la documentazione che gli operatori economici devono presentare sono o sembrano essere incomplete o non corrette, o se mancano documenti specifici, le amministrazioni aggiudicatrici possono chiedere, salvo disposizione contraria del diritto nazionale che attua la presente direttiva, agli operatori economici interessati di presentare, integrare, chiarire o completare le informazioni o la documentazione in questione entro un termine adeguato, a condizione che tale richiesta sia effettuata nella piena osservanza dei principi di parità di trattamento e trasparenza”*.

17. Per tutto quanto sopra detto, il Collegio ritiene che l'appello debba essere respinto, con conseguente conferma della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima) n. 714/2021.

18. Le spese del grado di giudizio seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima) n. 714/2021.

Condanna Italcantieri F.Lli Mirante S.r.l. alle spese del grado di giudizio che liquida in € 3.000 (tremila) oltre accessori e spese di legge in favore di Edilstrade Italiane di Tomaselli Agrotecnico Domenico.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 marzo 2022 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere, Estensore



**L'ESTENSORE**  
**Gianluca Rovelli**

**IL PRESIDENTE**  
**Francesco Caringella**

IL SEGRETARIO