

Publicato il 01/07/2022

N. 05491/2022REG.PROV.COLL.
N. 06690/2021 REG.RIC.
N. 07321/2021 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 in appello numero di registro generale 6690 del 2021, proposto da Simeone s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Michele Dionigi, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

contro

Pangea Consorzio Stabile s.c. a r.l., Apulia Technology s.r.l., in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli avvocati Dover Scalera e Gabriele Di Paolo, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

nei confronti

Acquedotto Pugliese s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Gianluca Angelini e Ada Carabba, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

Faver s.p.a., non costituita in giudizio;

sul ricorso in appello numero di registro generale 7321 del 2021, proposto da Acquedotto Pugliese s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Gianluca Angelini e Ada Carabba, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

contro

Pangea Consorzio Stabile s.c. a r.l. e Apulia Technology s.r.l., in persona dei legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dagli avvocati Dover Scalera e Gabriele Di Paolo, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

nei confronti

Faver s.p.a., non costituita in giudizio;

Simeone s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Michele Dionigi, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

per la riforma

quanto a entrambi gli appelli

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia (Sezione terza) n. 978/2021, resa tra le parti.

Visto il ricorso in appello di Simeone s.p.a. n. 6690/2021;

Visto il ricorso in appello di Acquedotto Pugliese s.p.a. n. 7321/2021;

Visto l'atto di costituzione in entrambi gli appelli di Pangea Consorzio Stabile s.c. a r.l. e Apulia Technology;

Visto l'atto di costituzione di Acquedotto Pugliese s.p.a. nell'appello n. 6690/2021;

Visto l'atto di costituzione di Simeone s.p.a. nell'appello n. 7321/2021;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del 24 marzo 2022 il Cons. Anna Bottiglieri e uditi per le parti gli avvocati Dionigi, Scalera, Di Paolo e Angelini;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

I. Con lettera di invito 13 gennaio 2020 inoltrata agli operatori economici iscritti nel suo sistema di qualificazione Acquedotto Pugliese s.p.a. avviava una procedura negoziata per l'affidamento, con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, della progettazione esecutiva e dell'esecuzione dei lavori di completamento del servizio idrico e fognante delle aree afferenti ai quartieri periferici del Comune di Bari.

Concluse le operazioni di gara, accadeva che:

- all'esito positivo della verifica di congruità dell'offerta, la procedura era aggiudicata con atto n. 54874 del 2 settembre 2020 alla prima classificata in graduatoria Faver s.p.a.;
- il costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con mandataria Pangea Consorzio Stabile s.c. a r.l. e mandante Apulia Technology s.r.l., secondo classificato, impugnava l'aggiudicazione con ricorso proposto innanzi al Tribunale amministrativo per la regione Puglia, contestando tra altro la carenza dei requisiti richiesti dalla legge di gara in capo al progettista esterno indicato da Faver;
- Faver, a sua volta, segnalava alla stazione appaltante che il RTI Pangea/Apulia Technology avrebbe dovuto essere escluso dalla gara, poiché le due società erano entrambe carenti di uno dei requisiti di partecipazione prescritti a pena di esclusione dall'art. 4 della lettera di invito, costituito dall'iscrizione all'Albo delle imprese specializzate per l'attività di bonifica bellica (BOB) di cui al d.m. Difesa 82/2015, art. 2 comma 1, e non avevano espressamente dichiarato, come pure ivi consentito, di voler subappaltare la relativa attività ad altra impresa iscritta;
- Acquedotto Pugliese, espletate le verifiche, constatava la sussistenza di entrambe le irregolarità di cui alle predette contestazioni incrociate. Pertanto escludeva dalla procedura, in via di autotutela, sia l'aggiudicataria Faver (atto n. 67388 del 23 ottobre 2020, consolidatosi per mancata impugnazione) che il secondo classificato RTI Pangea/Apulia Technology (atto n. 68751 del 29

ottobre 2020, confermato con atto n. 71141 del 9 novembre 2020), e con atto n. 80320 del 18 dicembre 2020, dopo la verifica di congruità, aggiudicava la gara a Simeone s.p.a., originaria terza classificata divenuta prima per effetto delle predette esclusioni;

- il RTI Pangea/Apulia Technology, che come detto aveva già impugnato innanzi al Tar Puglia la prima aggiudicazione della gara a Faver, integrava il gravame pendente formulando due atti di motivi aggiunti, diretti, il primo, avverso la sua esclusione, di cui sosteneva l'illegittimità per vari motivi, il secondo, avverso la nuova aggiudicazione della procedura a Simeone, di cui affermava l'illegittimità in via derivata;

- nel giudizio così instaurato si costituivano in resistenza Acquedotto Pugliese e Simeone.

II. L'adito Tar (Sezione terza) definiva l'impugnativa del RTI Pangea/Apulia Technology con sentenza n. 978/2021 che:

A) Dichiarava improcedibile l'atto introduttivo del giudizio per sopravvenuto difetto di interesse, stante l'avvenuto annullamento in sede di autotutela dell'aggiudicazione della gara a Faver con lo stesso impugnata;

B) Accoglieva le principali doglianze dei motivi aggiunti relativi all'esclusione del RTI dalla gara per violazione dell'art. 4 della lettera di invito, che, si rammenta, prescriveva a pena di espulsione, tra altro, l'iscrizione all'Albo delle imprese specializzate per l'attività di bonifica bellica - BOB, o, in difetto, il ricorso al c.d. "subappalto necessario", respingendo l'eccezione delle controparti circa la loro inammissibilità per mancata impugnazione della clausola.

In particolare: a) riteneva che la dichiarazione resa in gara da Pangea di voler subappaltare "*tutte le lavorazioni oggetto del presente appalto nei limiti di legge*", stante la sua ampiezza, comprendesse l'attività di bonifica bellica; b) ne ricavava che la parte ricorrente non avesse alcun interesse a impugnare la predetta clausola; c) affermava che, ove anche la predetta dichiarazione fosse apparsa generica in relazione all'attività di bonifica bellica, la stazione appaltante avrebbe

dovuto esercitare il potere di soccorso istruttorio; d) rilevava che, poiché la *lex specialis* non aveva reso obbligatoria l'indicazione nominativa del subappaltatore, non potesse neanche escludersi che il possesso del requisito in contestazione dovesse essere verificato nella fase di esecuzione e non in quella di partecipazione; e) riteneva in ogni caso rilevante, sul presupposto della spettanza al giudice della verifica del carattere sostanziale o formale della carenza contestata, l'indicazione del subappaltatore iscritto nell'albo speciale in parola effettuata dal RTI in sede giudiziale.

Conseguentemente, il Tar, in accoglimento delle domande formulate dalla parte ricorrente: annullava l'esclusione del RTI Pangea/Apulia Technology e la (seconda) aggiudicazione in favore di Simeone; dichiarava l'inefficacia con effetto *ex nunc* del contratto stipulato dalla stazione appaltante con quest'ultima l'11 febbraio 2021 (ovvero dopo l'ordinanza del medesimo Tar n. 758/2020 che aveva respinto la domanda cautelare avanzata dalla parte ricorrente, confermata da questa Sezione del Consiglio di Stato con ordinanza n. 124/2021); disponeva il subentro del RTI nel contratto stesso, ritenendo la sussistenza delle condizioni di cui all'art. 122 Cod. proc. amm.. Dichiarava quindi improcedibile la domanda di risarcimento del danno per equivalente.

III. Con appello iscritto al n.r.g. 6690/2021 Simeone ha impugnato la sentenza in parola. Ha dedotto: 1) *Error in iudicando*; violazione e falsa applicazione del paragrafo 4 della lettera di invito, dell'art. 5 del capitolato speciale, degli artt. 2 comma 2 (d.m. 82/2015; art 83, comma 1, lett. a), 3 e 9 del d.lgs. 50/2016; erroneo apprezzamento dei presupposti di fatto e diritto considerati e travisamento; difetto di motivazione; 2) *Error in iudicando*; violazione e falsa applicazione del paragrafo 4 della lettera di invito, dell'art. 5 del capitolato speciale, degli artt. 2 comma 2 (d.m. 82/2015; art 83, comma 1, lett. a) e 3 del d.lgs. 50/2016; erroneo apprezzamento dei presupposti di fatto e diritto considerati e travisamento; eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà, nonché per disparità di trattamento; difetto di motivazione;

violazione degli artt. 34, 121 e 122 Cod. proc. amm.. Ha concluso per la riforma della sentenza gravata nei limiti del suo interesse.

Acquedotto Pugliese si è costituito nel giudizio instando per l'accoglimento del gravame.

IV. Con appello autonomo iscritto al n.r.g. 7321/2021 anche Acquedotto Pugliese ha impugnato la stessa sentenza. Ha dedotto con un unico motivo: *error in iudicando*; violazione e falsa applicazione del paragrafo 4 della lettera di invito, dell'art. 5 del capitolato speciale, dell'art. 83 del d.lgs. 50/2016; manifesto travisamento dei fatti e difetto di motivazione. Ha concluso per la riforma della sentenza gravata e la reiezione dell'impugnativa di primo grado.

Simeone si è costituito nel giudizio instando per l'accoglimento del gravame.

V. Pangea e Apulia Technology si sono costituite in entrambi gli appelli. Hanno sostenuto la correttezza della sentenza impugnata e domandato la reiezione dei gravami, illustrandone l'infondatezza.

VI. Con ordinanze nn. 4956 e 4961 del 2021 questa Sezione del Consiglio di Stato, in accoglimento delle domande cautelari formulate nei due atti di appello, ha sospeso l'esecutività della sentenza gravata.

VII. Nel prosieguo, tutte le parti hanno affidato a memorie lo sviluppo delle proprie tesi difensive.

In tale ambito, tra altro:

- il RTI Pangea/Apulia Technology, a supporto della correttezza della sentenza appellata e della interpretazione che essa ha fornito delle previsioni della lettera di invito, ha evidenziato che il progetto esecutivo di Simeone nelle more approvato dalla stazione appaltante non ha ritenuto necessaria, al fine dell'avvio dei lavori oggetto di appalto, l'attività di bonifica di ordigni bellici. Ha rappresentato il proprio perdurante interesse a subentrare nell'esecuzione dei lavori *ex* art. 122 Cod. proc. amm. e la persistenza di tutte le relative condizioni. In subordine, ha ribadito l'interesse a una pronuncia di accertamento della illegittimità dell'aggiudicazione ai sensi dell'art. 34 comma 3 Cod. proc. amm. ai fini del risarcimento del danno per equivalente, che ha

quantificato in € 1.720.238,38, oltre rivalutazione e interessi, o nella somma maggiore o minore somma ritenuta di giustizia, chiedendo la corrispondente condanna di Acquedotto Pugliese;

- Simeone, nel dare atto che l'attività di progettazione è stata espletata e approvata, ha sostenuto l'obiettiva impossibilità per il RTI di subentrare nel contratto di appalto e realizzare il suo progetto, peraltro in avanzata fase di esecuzione. Ha chiarito che la previsione di non eseguire attività di bonifica bellica ha riguardato solo alcune aree e non già l'intero lavoro;

- la stazione appaltante, nell'evidenziare lo stato di avanzamento dell'affidamento, ha sottolineato come, al di là di ogni questione relativa alla fase esecutiva, il RTI sia risultato carente di un requisito di ammissione, che in quanto tale doveva essere posseduto dal concorrente sin dal termine di presentazione delle offerte. Ha in ogni caso evidenziato le problematiche conseguenti a un eventuale subentro *ex tunc* nel contratto e contestato, voce per voce, la quantificazione del danno siccome effettuata dall'appellata.

I due appelli sono stati indi congiuntamente chiamati e trattenuti in decisione alla pubblica udienza del 24 marzo 2022.

DIRITTO

1. In via preliminare, ai sensi dell'art. 96 comma 1 Cod. proc. amm., che stabilisce che tutte le impugnazioni proposte separatamente contro la stessa sentenza devono essere riunite in un solo processo, va disposta la riunione ai fini della decisione degli appelli autonomi in epigrafe, proposti da Simeone s.p.a. e Acquedotto Pugliese s.p.a..

2. I due appelli autonomi contestano la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia (Sezione terza) n. 978/2021, che, come meglio in fatto, ha accolto l'impugnativa proposta da Pangea Consorzio Stabile s.c. a r.l. e Apulia Technology s.r.l., nelle rispettive qualità di mandataria e mandante del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese partecipante alla procedura negoziata bandita da Acquedotto Pugliese s.p.a. per l'affidamento della progettazione esecutiva e dell'esecuzione dei lavori di completamento

del servizio idrico e fognate di alcune aree del Comune di Bari, avverso i provvedimenti che hanno disposto l'esclusione del RTI dalla procedura, lo scorrimento della relativa graduatoria e l'aggiudicazione della gara a Simeone, disponendo l'inefficacia del contratto nelle more stipulato dalla stazione appaltante con quest'ultima e il subentro del RTI nel contratto stesso.

3. Il RTI Pangea/Apulia Technology è stato escluso dalla procedura in applicazione dell'art. 4 della lettera di invito, norma che, per quanto qui di interesse, stabiliva che i concorrenti, a pena di esclusione, dovessero essere iscritti nell'albo "imprese specializzate in bonifica bellica sistematica", istituito presso il Ministero della difesa ai sensi dell'art. 2 comma 1 del d.m. 82/2015, prevedendo l'intervento l'attività di verifica della eventuale presenza di ordigni bellici, c.d. BOB, da eseguirsi esclusivamente da una impresa specializzata iscritta nel suddetto albo, e, nel ribadire che tale attività poteva essere effettuata solo da un soggetto in possesso della predetta iscrizione, precisava che *"Qualora l'appaltatore direttamente o tramite un'impresa mandante, non possieda i requisiti per la suddetta attività di verifica presenza ordigni bellici, deve obbligatoriamente indicare in sede di gara nel modello DGUE tale attività come subappaltabile, pena la non ammissione alla gara stessa"*.

In particolare, la stazione appaltante ha rilevato che le due società componenti il RTI non avevano reso la dichiarazione circa la propria iscrizione all'albo di cui sopra, non risultavano iscritte allo stesso e non avevano dichiarato di volersi avvalere dell'istituto del subappalto con riferimento all'attività BOB nel DGUE.

4. Nel ritenere l'illegittimità dell'esclusione del RTI, la sentenza impugnata ha sostenuto che la dichiarazione resa in gara dalla mandataria Pangea di voler subappaltare *"tutte le lavorazioni oggetto del presente appalto nei limiti di legge"* ricomprendesse l'attività di bonifica bellica, facendo anche questa parte dell'oggetto dell'appalto. Ha superato ogni questione relativa alla genericità della dichiarazione, ritenendola se del caso rimediabile a mezzo del potere di soccorso istruttorio. Ha dubitato che la clausola introducesse un vero e

proprio requisito di partecipazione, stante la mancata previsione da parte della stessa dell'obbligo di indicazione nominativa del subappaltatore in possesso del requisito. In ogni caso, ha evidenziato come il RTI avesse indicato in sede giudiziale il subappaltatore iscritto nell'albo speciale in parola.

5. I due appelli in esame avversano tale percorso argomentativo sotto tutti i profili di cui si compone.

6. Simeone evidenzia nel primo motivo del suo appello che l'iscrizione nell'albo di cui all'art. 2 comma 1 del d.m. 82/2015 assurge a requisito di idoneità professionale ai sensi degli artt. 83 comma 1 lett. a) e 3 del d.lgs. 50/2016, e che l'art. 4 della lettera di invito in parola ha previsto al riguardo la possibilità di far ricorso al subappalto c.d. "necessario" o "qualificante", che si verifica allorquando un'impresa sia priva di un requisito di qualificazione e intenda supplire alla carenza avvalendosi di un'altra impresa non solo ai fini dell'esecuzione, bensì ai fini della stessa qualificazione per l'ammissione alla gara, sicchè, al di là di ogni questione in ordine all'indicazione nominativa del subappaltatore, l'operatore economico carente del requisito era tenuto a dare espressa indicazione della volontà di ricorrere a tale istituto per avvalersi dello specifico requisito, non rinvenibile nella dichiarazione di Pangea, sia in quanto generica sia perché in ogni caso carente, atteso che il subappalto dei lavori di bonifica bellica non avrebbe potuto essere limitato, come espresso da Pangea, alla percentuale di legge, dovendo invece riguardare, in carenza del requisito dell'iscrizione nel predetto albo, l'intera attività. Contesta inoltre la valorizzazione dell'indicazione del nominativo del subappaltatore indicato dal RTI in sede giudiziale, rilevando come essa sia stata resa a distanza di mesi dalla scadenza del termine per la presentazione delle offerte e sostenendo, contrariamente a quanto ritenuto dal Tar, il carattere non formale della carenza rilevata in sede di esclusione. Contesta altresì la tesi del Tar in ordine alla possibilità di collocare la verifica del possesso del requisito dell'iscrizione al registro BOB nell'ambito della fase esecutiva del contratto, trattandosi di requisito che la legge di gara ha espressamente indicato come di

partecipazione e non di esecuzione, sicchè il provvedimento impugnato non ha costituito altro che attuazione della stessa, non gravata sul punto, da cui anche, in radice, l'inammissibilità dell'impugnativa. Contesta infine, alla luce dell'art. 83 comma 9 del Codice dei contratti pubblici a cui si è uniformata la legge di gara (art. 5.2.1), l'avviso del Tar circa la soccorribilità della dichiarazione di Pangea, trattandosi non di sanare un vizio formale della stessa bensì sostanzialmente di modificare l'offerta per il tramite dell'integrazione di un requisito prescritto dalla legge di gara a pena di esclusione, con alterazione della *par condicio* dei concorrenti.

Con il secondo motivo Simeone attacca le motivazioni con cui il Tar ha dichiarato inefficace *ex nunc* il contratto di affidamento stipulato tra la stazione appaltante e la società e autorizzato il subentro nello stesso del RTI ricorrente. Evidenzia al riguardo la legittimità dell'esclusione del medesimo RTI, l'inconferenza dei precedenti giurisdizionali richiamati al riguardo e la sussistenza delle condizioni che secondo il Codice del processo amministrativo consentono al giudice di disporre il subentro della ricorrente nel contratto già stipulato. Evidenzia al riguardo la specificità delle attività oggetto del bando di gara quanto ai lavori "BOB", non eseguibili dal RTI perché privo dello specifico e necessario requisito di qualificazione costituito dall'iscrizione al ridetto albo.

7. Nella stessa linea argomentativa, Acquedotto Pugliese sottolinea nel suo atto di appello come l'iscrizione al ridetto albo fosse per la stringente disciplina adottata sul punto dalla legge di gara (art. 4 lettera invito; art. 5 capitolato speciale) un requisito di idoneità professionale necessario per la qualificazione e per l'ammissione, e come il mancato possesso dello stesso dovesse essere indicato in sede di partecipazione e colmato con una specifica dichiarazione, non equiparabile a quella resa da Pangea, sia perché generica sia in quanto riferita ai limiti di legge che regolano il subappalto "facoltativo" e pertanto inidonea a integrare un requisito di qualificazione che andava coperto per l'intero. Espone, con ampi richiami alla giurisprudenza

amministrativa, che la dichiarazione in esame, in quanto relativa a un requisito prescritto a pena di esclusione, non poteva essere sanata, pena la lesione della *par condicio*, con il soccorso istruttorio, anche per come regolato dall'art. 5.2.1 della lettera di invito, che correlava il rimedio, come per legge, alle sole carenze di elementi formali della domanda di partecipazione. Stigmatizza l'indicazione degli estremi del subappaltatore effettuata dal RTI in sede giudiziale. Esclude qualsiasi dubbio circa l'identificazione del requisito di cui trattasi come di ammissione, ed evidenzia che, a fronte del consolidamento della relativa clausola per mancata impugnativa, non può esservi margine di sindacato sul provvedimento di esclusione, che si è limitato a farne applicazione.

8. Il primo motivo di appello di Simeone e l'appello di Acquedotto Pugliese, di valenza assorbente, sono fondati.

9. Le questioni da affrontare in questo giudizio a fronte delle doglianze formulate dalle appellanti, in ordine logico, sono: se l'art. 4 della lettera di invito della procedura di cui trattasi afferiva a un requisito di ammissione alla gara; in caso positivo, se la dichiarazione resa da Pangea e valorizzata dal Tar abbia soddisfatto la relativa prescrizione; se l'eventuale incompletezza della stessa era soccorribile ai sensi dell'art. 83 comma 9 del Codice dei contratti pubblici e dell'art. 5.2.1 della lettera di invito o in forza del c.d. "soccorso istruttorio processuale".

10. Al primo quesito deve darsi risposta positiva.

Per consolidato indirizzo giurisprudenziale, ai fini dell'interpretazione delle clausole di una *lex specialis* trovano applicazione le norme in materia di contratti e anzitutto il criterio letterale e quello sistematico, *ex* artt. 1362 e 1363 Cod. civ. (da ultimo, Cons. Stato, V, 6 agosto 2021, n. 5781; 8 aprile 2021, n. 2844; 8 gennaio 2021, n. 298; III, 24 novembre 2020, n. 7345; 15 febbraio 2021, n. 1322): conseguentemente, le stesse clausole non possono essere assoggettate a procedimento ermeneutico in una funzione integrativa, diretta a evidenziare in esse pretesi significati impliciti o inespressi, ma vanno

interpretate secondo il significato immediatamente evincibile dal tenore letterale delle parole utilizzate e dalla loro connessione. Soltanto ove il dato testuale presenti evidenti ambiguità, deve essere prescelto dall'interprete il significato più favorevole al privato (Cons. Stato, VI, 6 marzo 2018, n. 1447; V, 27 maggio 2014, n. 2709).

Ciò posto, non occorrono molte parole per rilevare che la sentenza impugnata, nel porre il dubbio che la clausola qui in esame introducesse un requisito di ammissione, non ha fatto buon governo degli anzidetti principi: ha invero palesemente disatteso il criterio letterale, pur essendo la clausola scevra da qualsiasi ambiguità testuale, e poi, sulla base di una pretesa omissione regolatoria, ne ha ricostruito la *ratio* pervenendo a un risultato che stride con ogni evidenza con il contenuto oggettivo della prescrizione.

In particolare, non può esservi dubbio circa il chiaro intento dell'art. 4 della lettera di invito di imporre che gli operatori economici, per partecipare alla gara, e a pena di esclusione, dovessero essere iscritti nell'albo "imprese specializzate in bonifica bellica sistematica", istituito presso il Ministero della difesa ai sensi dell'art. 2 comma 1 del d.m. 82/2015, comportando l'intervento, come pure chiarito nello stesso art. 4, l'attività di verifica della eventuale presenza di ordigni bellici, da eseguirsi esclusivamente da una impresa specializzata iscritta nel suddetto albo.

Altrettanto chiaramente la clausola, nel ribadire che l'attività poteva essere effettuata solo da un soggetto in possesso della predetta iscrizione, ha precisato che "*Qualora l'appaltatore direttamente o tramite un'impresa mandante, non possieda i requisiti per la suddetta attività di verifica presenza ordigni bellici, deve obbligatoriamente indicare in sede di gara nel modello DGUE tale attività come subappaltabile, pena la non ammissione alla gara stessa*".

Indi, tutte le parole e le locuzioni utilizzate nella predetta norma indicano indubitabilmente che l'iscrizione nell'albo di cui trattarsi era un requisito di qualificazione, richiesto a pena di esclusione per la partecipazione alla gara, e che la carenza del requisito poteva essere supplita solo mediante il ricorso al

subappalto c.d. “necessario” o “qualificante”, la cui ammissibilità, anche nel vigore dell’attuale Codice dei contratti pubblici, è stata riconosciuta a più riprese dalla giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (V, 15 febbraio 2021, n. 1308, anche in riferimento all’ordinanza della Sezione III 10 giugno 2020, n. 3702 di rimessione alla Corte di Giustizia dell’Unione europea, sul tema, di una questione interpretativa pregiudiziale; V, 13 agosto 2020, n. 5030; 4 giugno 2020, n. 3504; 20 agosto 2019, n. 5745).

Al cospetto di una tale chiarezza prescrittiva, è privo di valide motivazioni (e, può aggiungersi *ad abundantiam*, anche intrinsecamente contraddittorio con gli altri arresti del primo giudice, di cui in seguito) il dubbio espresso dalla sentenza impugnata circa la rilevanza della clausola nella sola fase esecutiva, e ciò per non avere essa imposto che la dichiarazione di voler ricorrere al subappalto “necessario” fosse integrata dall’indicazione nominativa del subappaltatore in possesso del requisito di iscrizione all’albo.

In linea generale, una tale osservazione non trova innanzitutto supporto nella piana lettura della clausola, che come detto non necessita di procedimenti ermeneutici in funzione integrativa. Inoltre, l’argomentazione che ha condotto il Tar alla predetta conclusione contrasta con la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, che ha articolatamente chiarito come, al di fuori delle ipotesi di cui all’art. 105 comma 6 del d.lgs. 50/2016 [norma che peraltro, come noto, è stata prima sospesa mediante norme qui applicabili *ratione temporis* e infine abrogata dall’art. 10 comma 1 lett. d) n. 2 della l. 238/2021 con la decorrenza di cui al successivo comma 5], la legge non rende obbligatoria l’indicazione nominativa dell’impresa subappaltatrice, neppure in caso di subappalto necessario (Cons. Stato, V, n. 1308/2021, cit., che richiama: Ad. plen., 2 novembre 2015, n. 9; V, n. 5745/2019 cit.; III, ord. n. 3702/2020, cit.).

E se è vero che la stessa giurisprudenza appena citata ha rilevato che l’indicazione nominativa dell’impresa subappaltatrice in caso di subappalto “necessario”, pur in carenza di un obbligo di legge, “può” essere imposta

dalla *lex specialis*, è parimenti vero che la legge di gara di cui trattasi non la ha prevista.

Del resto, il motivo di una tale eventuale prescrizione è stato rinvenuto nel fine di “*consentire alla stazione appaltante di valutare sin dall’inizio l’idoneità di un’impresa, la quale dichiara e dimostri di possedere non in proprio, ma attraverso l’apporto altrui, le qualificazioni necessarie per l’aggiudicazione del contratto [...] e di equiparare, ai fini della possibilità di verifica immediata del possesso dei requisiti di partecipazione, tutti i concorrenti sin dal momento della presentazione delle offerte, in ossequio al principio della par condicio*” (così Cons. Stato, V, 1308/2021, cit.), esigenza che era insussistente nella fattispecie, dal momento che la verifica del requisito in parola non richiedeva alla stazione appaltante altro che la consultazione, di pronta e agevole fattibilità, di un registro ufficiale.

Deve pertanto concludersi, in uno alle parti appellanti, che l’art. 4 della lettera di invito nella parte qui di interesse afferisse a un requisito di ammissione alla gara, e che il dubbio al riguardo manifestato dal Tar non abbia alcuna ragione di esistere.

11. Chiarito come sopra che la legge di gara configurava l’iscrizione all’albo *de quo* quale requisito di ammissione, deve passarsi all’esame della seconda questione in rassegna, e cioè valutare se la dichiarazione resa da Pangea di voler subappaltare “*tutte le lavorazioni oggetto del presente appalto nei limiti di legge*”, potesse soddisfare la prescrizione di cui allo stesso art. 4 della lettera di invito, che consentiva agli operatori non iscritti all’albo speciale di integrare il requisito mediante il ricorso all’appalto “necessario” o “qualificatorio”.

Al riguardo, la conclusione del primo giudice che tale dichiarazione, per la sua omnicomprensività, non potesse non ricomprendere l’attività di bonifica bellica, che formava anch’essa oggetto dell’appalto, non può essere confermata.

La lettera di invito ha disciplinato il ricorso al subappalto “facoltativo” all’art. 3.5. e il ricorso al subappalto “necessario” o “qualificatorio” all’art. 4.

E se non si ravvisano ostacoli alla eventuale contestualità della dichiarazione dei concorrenti di voler ricorrere sia al subappalto “facoltativo” sia al subappalto “necessario”, non è invece corretto ritenere, come ha fatto il Tar, che dalla prima dichiarazione potesse automaticamente ricavarsi la seconda.

Per giungere a tale conclusione il Tar ha applicato una sorta di principio di continenza, o meglio la regola empirica secondo cui “il più ricomprende il meno”.

Ma non si è avveduto che l’operazione era impedita dalla diversità di presupposti e di funzione delle due diverse dichiarazioni, e segnatamente del fatto che nella dichiarazione di subappalto “necessario” viene in rilievo non una mera esternazione 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.

In altri termini, con la dichiarazione di subappalto “necessario” *“il concorrente non si limita [...] a far riserva della possibilità di eseguire una parte dei lavori tramite subappaltatore, ma vuol far valere i requisiti di quest’ultimo al fine di soddisfare le previsioni partecipative contenute nella lex specialis, su cui la stazione appaltante è chiamata a svolgere tutte le verifiche funzionali (anzitutto) alla gara”*. Ne deriva che in tal caso l’indicazione del ricorso al subappalto ai fini dell’integrazione dei requisiti di gara *“configura una vera e propria manifestazione di volontà da parte dell’operatore, che incide sulla stessa conformazione funzionale del concorrente e sulla correlata modulazione dei requisiti, anche ai fini della corrispondente verifica da parte dell’amministrazione. Il che si pone del resto in coerenza con i principi in base ai quali - in particolare, ai fini dell’integrazione dei requisiti nell’ambito dei Rti - non è l’astratto possesso del requisito ad assumere rilievo in sé, bensì la concreta spendita di questo da parte del concorrente, non passibile di modifiche successivamente alla presentazione delle domande (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 27 marzo 2019, n. 6, cit; cfr. anche V, 23 aprile 2020, n.*

2591; 31 luglio 2019, n. 5427)”. Con la conseguenza che “*la mera dichiarazione di voler far ricorso al subappalto non può determinare di per sé l’impiego e la spendita di detto subappalto al fine d’integrare i requisiti di gara*” (così, Cons. Stato, V, 13 agosto 2020, n. 5030).

Del resto, come correttamente rilevato dagli appellanti, che la dichiarazione di subappalto resa dal RTI odierno appellato non potesse che riferirsi al solo appalto “facoltativo” è platealmente testimoniata dalla stessa conformazione strutturale della dichiarazione, la quale, nel riferirsi ai limiti quantitativi di legge che riguardano quest’ultimo, è geneticamente inidonea a integrare un requisito di qualificazione che andava coperto per l’intero.

In conclusione, male ha fatto il primo giudice a ritenere che la predetta dichiarazione della mandataria Pangea potesse valere quale volontà di far ricorso al subappalto “necessario” per sopperire alla carenza in capo a entrambe le componenti del RTI del requisito di partecipazione relativo all’attività di bonifica bellica.

12. Proseguendo nell’esame delle questioni in rassegna, deve ancora rilevarsi come, per effetto di tutto quanto sopra, la dichiarazione di Pangea in esame, quanto al subappalto “necessario”, era non meramente incompleta, come ritenuto dal primo giudice, bensì inesistente, come affermano le parti appellanti.

Non era pertanto ravvisabile in capo alla stazione appaltante alcun obbligo di far ricorso al soccorso istruttorio.

Il soccorso istruttorio, per come presidiato e limitato dalla lettera dell’art. 83 comma 9 d.lgs. 50/2016, ha come finalità quella di consentire l’integrazione della documentazione già prodotta in gara, ma ritenuta dalla stazione appaltante incompleta o irregolare sotto un profilo formale, e non anche di consentire all’offerente di formare atti in data successiva a quella di scadenza del termine di presentazione delle offerte; in particolare, deve ritenersi escluso il soccorso istruttorio avente a oggetto “carenze strutturali” dell’offerta tecnica – quale quella di cui si discute – giacchè tali lacune, riflettendo una

carenza essenziale dell'offerta che refluisce nell'incertezza assoluta o nell'indeterminatezza del suo contenuto, non sono suscettibili come tali né di soccorso istruttorio né di un intervento suppletivo del giudice (tra tante, Cons. Stato, III, 21 marzo 2022, n. 2003; 19 agosto 2020, n. 5140; V, 13 febbraio 2019, n. 1030; 22 ottobre 2018, n. 6005).

Male ha fatto pertanto il Tar sia a ritenere che, ove la stazione appaltante avesse rilevato la genericità della ridetta dichiarazione di Pangea, avrebbe dovuto esercitare il potere di soccorso istruttorio, sia ad affermare che la *lex specialis* di gara consentisse il ricorso al rimedio.

Non può infatti ritenersi che l'art. 5.2.1 - *Soccorso istruttorio* della lettera di invito (*"In conformità a quanto previsto dall'art. 83 comma 9 del D. Lgs. n. 50/2016 si precisa quanto segue: Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine di tre giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara"*), nel riferire il rimedio in parola alla incompletezza o alla mancanza della documentazione richiesta, si sia discostato dal modello legale di cui al citato art. 83 comma 9 (che pure richiama i casi *"...di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo..."*): va escluso pertanto che tale ultima clausola potesse legittimare la sanatoria in via di soccorso istruttorio di una carenza essenziale dell'offerta quale quella di cui trattasi.

Per le stesse ragioni, il primo giudice non poteva neanche valorizzare, come ha fatto, l'indicazione da parte del RTI, nel corso del giudizio, degli estremi

del subappaltatore iscritto all'albo speciale cui sarebbe stata affidata l'attività di bonifica bellica: il c.d. "soccorso istruttorio processuale", concepito in via residuale per l'ipotesi, qui insussistente, dell'omessa o lacunosa attivazione del soccorso istruttorio procedimentale di cui all'art. 83 comma 9 del d.lgs. n. 50/2016 da parte della stazione appaltante (Cons. Stato, V, 14 marzo 2019, n. 1690; 8 giugno 2018, n. 3483; 10 aprile 2018, n. 2180; 11 dicembre 2017, n. 5826; III, 2 marzo 2017, n. 975), non può infatti refluire in "*una sorta di impropria rimessione in termini per la produzione di documenti tecnici di carattere nuovo e diverso rispetto a quelli prodotti in gara*" (Cons. Stato, III, 19 agosto 2020, n. 5144; V, 13 maggio 2019, n. 1030).

13. A questo punto resta solo da aggiungere che nulla muta considerando le difese svolte in linea di diritto dall'appellato RTI Pangea/Apulia Technology, che sostiene la correttezza della sentenza gravata con argomentazioni analoghe a quelle utilizzate dal Tar e rivelatesi erronee.

Merita invece di essere chiarita l'inconferenza dell'affermazione dell'appellato circa il fatto che il progetto esecutivo di Simeone approvato nelle more del giudizio dalla stazione appaltante non ha ritenuto necessaria, al fine dell'avvio dei lavori oggetto di appalto, l'attività di bonifica di ordigni bellici.

Invero, anche a prescindere dal fatto che Simeone ha contestato in fatto l'assolutezza di tale affermazione, esponendo come la previsione di non eseguire attività di bonifica bellica abbia riguardato solo alcune aree e non già l'intero lavoro oggetto di appalto, sul punto rileva il principio generale, dal quale non vi è alcuna ragione di discostarsi, secondo cui le prescrizioni della *lex specialis* di una procedura di gara pubblica, salvo naturalmente l'eventuale esercizio del potere di autotutela, vincolano *in primis*, in applicazione dell'art. 97 Cost. e del principio generale del c.d. "autovincolo", la stessa amministrazione che la ha bandita, che è tenuta alla loro applicazione senza che residui alcun margine per la loro modifica o disapplicazione (tra tante, da ultimo, Cons. Stato, III, n. 2003/2022, cit.).

Segnatamente, calando tale principio nel caso di specie, in cui le prescrizioni relative al requisito per cui è causa e alle modalità utili ad attestarne il possesso da parte degli operatori economici aspiranti aggiudicatari non lasciavano spazio ad alcun dubbio interpretativo, non essendovi margini di obiettiva incertezza sulla portata della relativa clausola (che non ha neanche formato oggetto di impugnativa), deve affermarsene il carattere vincolante, a prescindere da ogni questione in ordine a se l'esecuzione dell'appalto, una volta approvato il relativo progetto esecutivo e a termini dello stesso, richiedesse necessariamente l'effettuazione di attività di bonifica bellica.

14. In definitiva, per tutto quanto precede e assorbito ogni altro motivo, gli appelli riuniti devono essere accolti, disponendosi la riforma della sentenza impugnata nella parte in cui ha accolto i motivi aggiunti proposti dal RTI Pangea/Apulia Technology, annullato l'esclusione del medesimo RTI dalla gara di cui trattasi e l'aggiudicazione della stessa all'odierna appellante Simeone e stabilito l'inefficacia del contratto stipulato dalla stazione appaltante con quest'ultima e il subentro nello stesso del raggruppamento, e la reiezione degli stessi motivi aggiunti.

Nondimeno le spese del grado, in considerazione dell'andamento complessivo del giudizio, possono essere compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sulla causa di cui in epigrafe:

- riunisce gli appelli n.r.g. 6690 e 7321 del 2021 ai sensi dell'art. 96 comma 1 Cod. proc. amm.;
- accoglie i predetti appelli;
- riforma per l'effetto la sentenza gravata nella parte in cui, in accoglimento dei motivi aggiunti proposti dal RTI Pangea s.c. a r.l. e Apulia Technology s.r.l., ha annullato l'esclusione del medesimo RTI dalla gara di cui trattasi e l'aggiudicazione della stessa a Simeone s.p.a. nonchè stabilito l'inefficacia del contratto stipulato dalla stazione appaltante con quest'ultima e il subentro

nello stesso del raggruppamento, disponendo la reiezione degli stessi motivi aggiunti.

Compensa tra le parti le spese del grado.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 24 marzo 2022 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Angela Rotondano, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere, Estensore

Giorgio Manca, Consigliere

Massimo Santini, Consigliere

L'ESTENSORE
Anna Bottiglieri

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO