

Publicato il 25/01/2023

N. 00808/2023REG.PROV.COLL.
N. 08246/2022 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 Settima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8246 del 2022, proposto dalla A & G Multiservice S.r.l., in proprio e in qualità di capogruppo mandataria della costituenda A.T.I. con Brigante Engineering S.r.l. e Bonifica Amianto S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Vittoria Silvestre e con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Fiorenzo Rossi, in Roma, via Monterone, n. 2

contro

Università degli Studi di Napoli "Federico II", in persona del Rettore *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato e domiciliata presso gli Uffici della stessa, in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

nei confronti

Consorzio Stabile Soledil S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Enzo Napolano e con domicilio digitale come da P.E.C. da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania – Napoli, Sezione Prima, n. 4161/2022 del 20 giugno 2022, resa tra le parti e non notificata, con cui è stato respinto il ricorso, integrato da motivi aggiunti, R.G. n. 2456/2021.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Università degli Studi di Napoli "Federico II" e del Consorzio Stabile Soledil S.r.l.;

Visti le memorie e i documenti delle parti;

Viste le memorie di replica dell'appellante e del Consorzio appellato;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 gennaio 2023 il Cons. Pietro De Berardinis e uditi per l'appellante l'avv. Vittoria Silvestre e per il Consorzio appellato l'avv. Enzo Napolano;

Ritenuto e considerato in fatto ed in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. Con l'appello in epigrafe la A & G Multiservice S.r.l. (d'ora in avanti: "A & G"), agendo in proprio e quale capogruppo mandataria della costituenda A.T.I. con Brigante Engineering S.r.l. e Bonifica Amianto S.r.l. ("A.T.I. Multiservice"), ha impugnato la sentenza del T.A.R. Campania – Napoli, Sez. I, n. 4161/2022 del 20 giugno 2022, chiedendone la riforma.

1.1. La sentenza appellata ha respinto il ricorso, integrato da motivi aggiunti, promosso dalla A & G nei confronti degli atti della procedura di affidamento dei *"lavori di adeguamento degli impianti di condizionamento a servizio dei corpi a, b, c del dipartimento di farmacia e bonifica da mca – lotto 1"*, indetta dall'Università degli Studi di Napoli "Federico II" con determina n. 1481 del 29 dicembre 2020, poi rettificata con determina n. 89 del 19 gennaio 2021.

2. In fatto, alla procedura, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per un importo a base d'asta di € 4.977.280,33, oltre I.V.A., partecipavano tre operatori economici, che, all'esito

delle operazioni di gara, si classificavano nel modo seguente: al primo posto il Consorzio Stabile Soledil S.r.l. (“Consorzio Soledil”), con punti 90,80; al secondo, l’A.T.I. Multiservice, con punti 76,03; al terzo, il Consorzio Stabile Valore Assoluto, con punti 74,10.

2.1. L’A & G proponeva ricorso al T.A.R. Campania, Napoli, chiedendo l’annullamento: a) dell’atto di ammissione alla gara (ovvero di mancata esclusione) del Consorzio Soledil; b) di tutti i verbali di gara in seduta pubblica e in seduta riservata; c) della nota dell’8 febbraio 2021, con cui il Consorzio Soledil è stato ammesso con riserva e invitato a produrre in corso di gara la documentazione relativa al subappalto necessario; d) della graduatoria finale e relativa comunicazione, nonché degli atti di approvazione e di verifica dei requisiti e dell’aggiudicazione della gara; e) degli atti del procedimento di verifica dell’anomalia; f) degli atti presupposti, conseguenti e connessi.

2.1.1. La società formulava, altresì, domanda di declaratoria dell’inefficacia del contratto, laddove stipulato, con richiesta di subentro, nonché in via subordinata domanda di risarcimento dei danni per equivalente.

2.2. Con un primo ricorso per motivi aggiunti l’A & G chiedeva l’annullamento: a) del D.D.G. n. 784 del 6 ottobre 2021, con cui l’Università “*Federico II*” aveva aggiudicato la gara al Consorzio Soledil; b) della comunicazione dell’aggiudicazione; c) del verbale n. 3 della seduta pubblica del 9 settembre 2021; d) della nota prot. n. 82818 del 31 agosto 2021, con allegata relazione del R.U.P.; e) dell’esito positivo delle valutazioni del R.U.P. sull’anomalia dell’offerta; f) della proposta di aggiudicazione; g) della nota di comunicazione dei predetti atti.

2.2.1. La società reiterava, inoltre, le domande di declaratoria dell’inefficacia del contratto, laddove stipulato, di subentro e di risarcimento per equivalente.

2.3. Infine, con un secondo ricorso per motivi aggiunti l’A & G chiedeva l’annullamento dei verbali di gara in seduta riservata nn. 1, 2 e 3 (e in specie del n. 2 del 30 marzo 2021), nonché di tutti i verbali di gara in seduta pubblica

(e in specie del n. 1 del 18 marzo 2021 e del n. 2 del 14 aprile 2021), nella parte in cui avevano valutato l'offerta tecnica proposta dal Consorzio controinteressato conforme alle prescrizioni di gara.

2.4. La ricorrente lamentava che il Consorzio aggiudicatario, pur dovendo ricorrere al subappalto necessario per la categoria OG12 (difettando per la stessa di qualificazione), non avrebbe indicato nella domanda di partecipazione il nominativo del subappaltatore, né avrebbe prodotto il *DGUE* e il *PASSOE* dello stesso subappaltatore, in violazione delle previsioni della *lex specialis* di gara (art. 6, lett. *p*), pagg. 44-45 dell'Elaborato “*Norme di Gara*”), ribadite nel chiarimento n. 3, che avrebbero richiesto tale indicazione a pena di esclusione. Il Seggio di gara, tuttavia, ammetteva con riserva il Consorzio, anziché escluderlo, e gli consentiva di integrare la documentazione mancante, sperando nei suoi confronti il soccorso istruttorio, inammissibile a detta della ricorrente.

2.4.1. Lamentava inoltre l'A & G che il Consorzio non avrebbe dimostrato il possesso dei requisiti di qualificazione richiesti senza soluzione di continuità, dalla data di scadenza della presentazione delle offerte fino a tutto lo svolgimento della procedura.

2.4.2. Con motivi aggiunti, infine, la società deduceva che, sulla base della *lex specialis* (pag. 23, punto 1 dell'Elaborato “*Norme di gara*”) l'offerta tecnica avrebbe dovuto comprendere una relazione descrittiva di n. 30 pagine in formato “A4” con n. 40 righe da n. 80 battute l'una: le pagine difformi o eccedenti sarebbero state barrate e non considerate per l'attribuzione dei punteggi. La relazione del Consorzio, sebbene recasse pagine con più di n. 40 righe e composte da un numero di battute superiori a ottanta, sarebbe stata valutata dalla Commissione di gara, mentre quest'ultima avrebbe dovuto o considerare la relazione come non presentata, oppure espungere dalla relazione stessa le pagine non conformi ai criteri redazionali, con il corollario che l'offerta tecnica del Consorzio non sarebbe stata valutabile e, pertanto, avrebbe dovuto ricevere il punteggio di zero.

2.5. Con la sentenza appellata il T.A.R. ha disatteso tutte le censure, giacché:

I) quanto al primo motivo, la *lex specialis* avrebbe previsto l'esclusione solo nell'ipotesi di mancata dichiarazione della volontà di subappaltare la categoria, non anche nell'ipotesi – che si è verificata nel caso di specie – in cui il concorrente ha fornito la dichiarazione, ma senza indicare il nominativo del subappaltatore. Del resto, detta interpretazione della *lex specialis* è conforme al principio di diritto enunciato dall'Adunanza Plenaria con decisione n. 9 del 2 novembre 2015, secondo cui va escluso che si debba indicare il nominativo del subappaltatore all'atto della presentazione dell'offerta, anche in caso di subappalto necessario. Inoltre il Consorzio, essendo qualificato nella categoria prevalente OG11 per l'importo totale dei lavori (in quanto in possesso della classifica V), avrebbe comunque potuto partecipare alla gara, ai sensi dell'art. 92, comma 1, del d.P.R. n. 207/2010 (richiamato dalla *lex specialis*);

II) in merito al secondo motivo, la tesi della ricorrente, per cui il Consorzio in corso di gara avrebbe perso la propria attestazione *SOA* per riacquistarla solo in un secondo momento (con conseguente interruzione nel possesso dei requisiti di gara) è frutto di un equivoco. Per i Consorzi stabili, infatti, vale la regola che essi si qualificano sulla base delle qualificazioni possedute dalle ditte consorziate: orbene, la ricorrente confonde la funzione della scadenza intermedia delle *SOA* da parte dei Consorzi (che comporta l'adeguamento dell'attestazione del Consorzio stabile, in modo che la qualificazione di questo corrisponda alle qualificazioni delle consorziate, che in sede di rinnovo potrebbero subire variazioni) con la diversa funzione della scadenza triennale relativa alla verifica della permanenza dell'attestazione *SOA* per le singole imprese consorziate. Per il Consorzio, invero, l'adeguamento dell'attestazione può essere chiesto soltanto dopo che l'impresa consorziata abbia ottenuto il rinnovo della qualificazione: il Consorzio, dunque, non deve osservare un dato termine, in quanto è incerto il giorno in cui l'adempimento dovrà essere attuato (dipende da quando la ditta consorziata ha ottenuto il rinnovo). Nel caso di specie, comunque, il Consorzio ha presentato istanza di adeguamento

il 27 gennaio 2021, dunque prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte (fissato al 1° febbraio 2021);

III) infine, relativamente ai motivi aggiunti, le violazioni delle prescrizioni della *lex specialis* di gara sulle modalità di redazione della relazione tecnica vanno intese “*cum grano salis*”. Nel caso di specie si è trattato, infatti, di violazioni minime che non hanno avuto rilevanza ai fini valutativi. La relazione descrittiva è stata nei fatti presentata, dunque è irragionevole la pretesa della ricorrente che la stessa fosse considerata come non presentata. Inoltre, bene ha fatto la Commissione di gara ad adottare un metro di giudizio sostanziale, inteso a valutare il solo corpo del testo presente nelle relazioni, senza tenere conto dei titoli, sottotitoli, intestazioni, immagini ecc., sia perché tutti i tre concorrenti hanno fatto uso di un certo grado di libertà nella formattazione del testo (sicché un’interpretazione rigorosa circa i righi avrebbe comportato la non considerazione di tutte le pagine di tutte e tre le relazioni), sia perché il superamento del criterio delle n. 80 battute è riscontrabile, ancora una volta, in tutte e tre le relazioni.

3. Nell’appello la società contesta l’*iter* argomentativo e le conclusioni cui è pervenuta la sentenza di prime cure, deducendo i seguenti motivi:

I) *errores in iudicando*, superficialità, difetto di istruttoria e di motivazione, omessa valutazione della documentazione prodotta, violazione e falsa applicazione dell’art. 105 del d.lgs. n. 50/2016, violazione della *lex specialis* di gara e in particolare delle previsioni di cui all’art. 6, lett. *p*), pp. 44 e ss., dell’Elaborato “*Norme di gara*”, violazione e falsa applicazione della *lex specialis* di gara anche relativamente alle previsioni dell’art. 4 e del paragrafo rubricato “*esclusione e soccorso istruttorio*”, a p. 27 dell’Elaborato “*Norme di gara*”, violazione della *lex specialis* di gara, nonché dell’avviso di chiarimento n. 3 relativo al quesito n. 7, violazione di legge per contrasto con l’art. 12, comma 2, lett. *b*), del d.l. n. 47/2014, conv. con l. n. 80/2014, violazione delle norme sul soccorso istruttorio, eccesso di potere per disparità di trattamento, ingiustizia manifesta, lesione della *par condicio competitorum*, violazione di legge per

contrasto con l'art. 97 Cost. e violazione del principio del buon andamento dell'azione amministrativa;

II) *error in iudicando*, superficialità, difetto di istruttoria e di motivazione, omessa pronuncia, omessa valutazione della documentazione allegata agli atti, violazione di legge per contrasto con gli artt. 47, comma 2, e 84, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016, nonché degli artt. 76, comma 5, 77 e 81 del d.P.R. n. 207/2010, violazione della *lex specialis* di gara per mancato possesso dei requisiti di qualificazione senza soluzione di continuità, eccesso di potere per difetto di istruttoria;

III) *error in iudicando*, superficialità, omesso esame e valutazione della documentazione prodotta in atti, violazione della *lex specialis* di gara e in particolare di p. 23, punto 1) dell'Elaborato "*Norme di gara*" e delle indicazioni del responsabile del procedimento, p. 11, punto 1), violazione degli artt. 30 e 31 del d.lgs. n. 50/2016, eccesso di potere per difetto dei presupposti, travisamento dei fatti, difetto di istruttoria, difetto di motivazione, perplessità, disparità di trattamento, nonché violazione della *par condicio competitorum*;

IV) illegittimità derivata;

V) *error in iudicando* sulla declaratoria di inefficacia del contratto e sul diritto al subentro, ovvero in subordine sull'istanza risarcitoria;

VI) *error in iudicando* sul capo della sentenza relativo alla condanna alle spese.

3.1. In sintesi, con il primo motivo l'appellante evidenzia che l'Elaborato "*Norme di gara*", a pag. 44, ha previsto che nell'ipotesi di subappalto qualificante (necessario) il concorrente dovesse indicare il nominativo del subappaltatore e dovesse, altresì, produrre una dichiarazione di voler subappaltare con l'indicazione specifica delle lavorazioni subappaltate, il *DGUE* del subappaltatore e il *PASSOE*. A pag. 45 ha poi previsto testualmente che la mancanza della dichiarazione (di ricorso al subappalto) "*comporterà l'esclusione dalla gara*". Il chiarimento n. 3 a sua volta afferma che se il concorrente intende ricorrere al subappalto necessario, "*è necessario indicare il nominativo del subappaltatore*". Alla luce di tale disciplina, pertanto, non sarebbe

stato ammissibile il cd. soccorso istruttorio in caso di dichiarazione mancante dell'indicazione del nominativo del subappaltatore, di tal che l'offerta del Consorzio aggiudicatario avrebbe dovuto essere esclusa (anziché ammessa con riserva) per carenza della suddetta dichiarazione: al contrario di quanto ritenuto dal T.A.R., infatti, tale carenza avrebbe comportato l'impossibilità di verificare in capo al Consorzio il possesso del requisito di qualificazione relativo alle lavorazioni ricadenti nella categoria OG12 entro il termine perentorio di presentazione della domanda di partecipazione alla gara e, scaduto detto termine, l'integrazione della dichiarazione consentita mediante soccorso istruttorio sarebbe stata tardiva, né il predetto soccorso avrebbe potuto essere usato per una rimessione in termini del concorrente, inammissibile.

3.1.1. La sentenza gravata avrebbe inoltre errato nell'affermare che il Consorzio, essendo qualificato per la categoria prevalente OG11 per l'importo totale dei lavori, avrebbe potuto partecipare alla gara, poiché ciò contrasterebbe con la normativa speciale in materia di appalto che, in ordine alle categorie a qualificazione obbligatoria, quale la OG12, imporrebbe in maniera necessaria e imprescindibile la qualificazione specifica (art. 12 del d.l. n. 47/2014, conv. con l. n. 80/2014).

3.2. Con il secondo motivo di appello la A & G osserva che tra la vecchia e la nuova attestazione di qualificazione *SOA* non deve esservi alcuna soluzione di continuità, nemmeno per un solo giorno, altrimenti la nuova attestazione non costituirebbe rinnovo della precedente e verrebbe meno, in capo al concorrente, il requisito della qualificazione *medio tempore* (cfr. art. 81, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016). Nel caso di specie il Consorzio Soledil avrebbe prodotto l'attestazione *SOA* con scadenza intermedia all'8 febbraio 2021, di cui avrebbe chiesto la verifica solo il 27 gennaio 2021 e, dunque, non nei novanta giorni antecedenti tale scadenza, come previsto dall'art. 76, comma 5, del d.P.R. n. 207/2010. Inoltre, detta attestazione *SOA* sarebbe stata sostituita da una seconda, rilasciata il 9 marzo 2021 e con scadenza intermedia al 2

maggio 2021, la quale a sua volta sarebbe stata sostituita da una terza, rilasciata l'11 maggio 2021 e con scadenza intermedia al 27 maggio 2021, sicché il Consorzio non avrebbe dimostrato il possesso dei requisiti di qualificazione richiesti in gara senza soluzione di continuità, dalla data di presentazione delle offerte e per tutto lo svolgimento della gara e per questa ragione avrebbe dovuto essere escluso.

3.2.1. Lamenta l'appellante che il T.A.R. abbia disatteso la censura dedotta sul punto in primo grado omettendo ogni esame e valutazione della documentazione versata in atti dall'appellante stessa e volta a dimostrare l'interruzione nel possesso dei requisiti. Il Tribunale avrebbe altresì omesso di motivare in ordine alla valenza di tale documentazione rispetto alla continuità nel possesso dei requisiti, così incorrendo anche nel difetto di pronuncia e di motivazione.

3.3. Con il terzo motivo di appello la società osserva di aver dedotto in primo grado che la relazione descrittiva del Consorzio Soledil violerebbe il numero massimo di righe per pagina consentite dalla *lex specialis* (n. 40 per pagina) in una cospicua parte delle pagine (in particolare: le pp. 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 12, 13, 18, 19, 20, 25, 26, 27 e 29) e violerebbe, nel contempo, il numero massimo di battute ammesso (ottanta per riga) in quasi tutte le righe di tutte le pagine. La relazione della ricorrente, al contrario, avrebbe rispettato i criteri redazionali previsti dalla *lex specialis*. Per conseguenza, avendo la predetta *lex specialis* stabilito che le pagine della relazione difformi o eccedenti fossero barrate ed espunte, la Commissione avrebbe dovuto considerare l'offerta tecnica del Consorzio aggiudicatario mancante della relazione descrittiva, siccome non rispondente ai criteri redazionali prescritti, con il corollario: I) o di espungere del tutto la citata relazione, in quanto inficiata in ogni pagina, e quindi considerarla come non presentata, con esclusione del concorrente; II) o di espungere le pagine della relazione non conformi ai criteri redazionali, ciò che avrebbe reso l'offerta tecnica del Consorzio non valutabile, con

attribuzione ad essa del punteggio di 0 (invece dei punti 65,84 attribuiti). In entrambi i casi la gara sarebbe stata aggiudicata all'A.T.I. Multiservice.

3.3.1. Il T.A.R. ha respinto la doglianza, sia perché non si potrebbe trascurare il dato oggettivo che il Consorzio Soledil ha presentato un'offerta tecnica contenente la relazione descrittiva, sia in quanto tutte le relazioni sarebbero state compilate con una certa libertà dai concorrenti, ma tale motivazione contrasterebbe con il tenore della *lex specialis* di gara e con le evidenze documentali. La valutazione della conformità della relazione descrittiva ai criteri redazionali stabiliti dalla *lex specialis* avrebbe dovuto essere fatta pagina per pagina e riga per riga (dovendo le pagine difformi od eccedenti essere barrate e non valutate) e non con una valutazione complessiva del numero di righe e di battute – come ha fatto il primo giudice – giacché tale valutazione complessiva si porrebbe in antitesi con il principio di buon andamento e con la *par condicio competitorum*: ed invero, mentre la relazione descrittiva del Consorzio contrasterebbe con i criteri redazionali del numero di righe per pagine e del numero di battute per riga (dovendosi comprendere nel conteggio titoli e sottotitoli), la relazione dell'appellante sarebbe, invece, perfettamente conforme a tali criteri.

3.4. Per quanto riguarda gli altri motivi di appello, con il quarto la società deduce che l'accoglimento delle precedenti doglianze comporterebbe la declaratoria di illegittimità derivata di tutti gli atti della gara, dall'ammissione – in tesi illegittima – del Consorzio Soledil all'aggiudicazione ed alla relativa approvazione conseguente alla verifica dei requisiti. Con il quinto motivo afferma che, tenuto conto dell'oggetto dell'affidamento, della sua durata, nonché della data dell'aggiudicazione e di quella della stipula (31 maggio 2022), il Consorzio non avrebbe portato l'esecuzione oltre gli atti iniziali, sicché non vi sarebbero impedimenti al subentro nel contratto, visti i parametri di valutazione di cui all'art. 122 c.p.a.; oltre al subentro, spetterebbe all'appellante il risarcimento dei danni per la parte di lavori che non ha potuto eseguire durante l'affidamento al controinteressato, e in caso di mancato

subentro spetterebbe alla società il risarcimento per equivalente, calcolato sul mancato utile (da computare in misura non inferiore al 10%) e sul danno curriculare (da computare in misura non inferiore al 5%), con rivalutazione monetaria ed interessi legali. Da ultimo, con il sesto motivo l'appellante deduce che l'accoglimento dell'appello comporterebbe il riconoscimento a suo favore del diritto alla refusione delle spese del doppio grado di giudizio.

4. Si è costituita in giudizio l'Università degli Studi di Napoli "Federico II", depositando documenti sui fatti di causa, nonché, in vista dell'udienza pubblica, una memoria difensiva e concludendo per la reiezione dell'avverso gravame.

4.1. Si è altresì costituito in giudizio il Consorzio Soledil, depositando a propria volta una memoria difensiva ed eccependo: in rito, l'inammissibilità del secondo motivo di appello, in quanto generico e svincolato dal motivo dedotto in primo grado; nel merito l'infondatezza degli altri motivi; ha quindi concluso per il rigetto del gravame.

4.2. L'appellante ha depositato memoria finale e poi memoria di replica, con cui ha controbattuto alle altrui difese, insistendo nelle conclusioni rassegnate.

4.3. Anche il Consorzio controinteressato ha depositato una memoria di replica, con cui ha eccepito, in aggiunta, che l'affermazione dell'appellante circa la mancata presentazione da parte del Consorzio stesso della dichiarazione del subappalto necessario, oltre che infondata in fatto e in diritto, sarebbe inammissibile, poiché si tratterebbe di questione nuova che, in tali termini, non sarebbe mai stata formulata in primo grado.

4.4. All'udienza pubblica del 17 gennaio 2023 sono comparsi il difensore dell'appellante e quello del Consorzio appellato, i quali hanno brevemente discusso la causa. Di seguito questa è stata trattenuta in decisione.

5. I motivi dell'appello non sono suscettibili di condivisione.

5.1. Principiando dalla disamina del primo motivo dell'appello, osserva il Collegio che esso si basa su una lettura non condivisibile della *lex specialis* di gara, che però dipende dalla scarsa perspicuità e dalla mancanza di chiarezza

mostrate da quest'ultima sulla questione della dichiarazione da rendersi in caso di subappalto qualificante (o necessario).

5.2. Ed invero, l'Elaborato "Norme di gara", all'art. 6, lett. p), pag. 44-45, così recita: *"È ammesso il subappalto, nei limiti di legge, a soggetti in possesso, in relazione alla prestazione subappaltata, dei requisiti prescritti per la partecipazione alla gara, previa autorizzazione dell'Amministrazione. Si precisa che la volontà di subappaltare deve essere manifestata in sede di gara come previsto dall'art. 105 del D.lgs. 50/2016.*

Il concorrente deve indicare le lavorazioni oggetto di subappalto ai sensi dell'art. 105, comma 4, lett. c) del D.lgs. 50/2016. Il concorrente non dovrà limitarsi a dichiarare la volontà di subappaltare tramite mero rinvio alla categoria.

In caso di subappalto qualificante, il concorrente dovrà indicare il nominativo del subappaltatore. Il concorrente dovrà altresì produrre una dichiarazione di voler subappaltare contenente la specifica indicazione delle lavorazioni oggetto del subappalto, il DGUE dell'impresa subappaltatrice e dovrà acquisire anche il relativo PASSOE (.....).

Subappalto facoltativo: si precisa che la mancanza della dichiarazione relativa al subappalto, nel caso in cui il ricorso sia facoltativo per il concorrente qualificato, comporta l'impossibilità, per lo stesso, ove aggiudicatario, di subappaltare. In caso di irregolarità della dichiarazione, si procederà in soccorso istruttorio.

Subappalto qualificante: nell'ipotesi di subappalto c.d. qualificante, la mancanza della dichiarazione comporterà l'esclusione dalla gara (.....).

5.3. Reputa il Collegio che il testo ora riferito sia ambiguo, poiché a pag. 44 richiede per il subappalto necessario una dichiarazione comprensiva del nominativo del subappaltatore, mentre poi a pag. 45 sanziona con l'esclusione dalla gara la mancanza della dichiarazione: non è precisato, pertanto, se in caso di dichiarazione non mancante, ma incompleta – com'è quella formulata dal Consorzio nella domanda di partecipazione, in cui era esplicitata la volontà di ricorrere al subappalto necessario, ma non era indicato il nominativo del subappaltatore – il concorrente debba essere escluso dalla gara, o se l'esclusione riguardi unicamente l'assenza in radice della

dichiarazione, mentre la dichiarazione incompleta è suscettibile di soccorso istruttorio, finalizzata a colmarne le lacune.

5.3.1. Contrariamente a quanto afferma l'appellante, sul punto non è di aiuto il chiarimento n. 3, che si limita a ricordare la necessità, in base alla *lex specialis*, di indicare il nominativo del subappaltatore ma senza precisare se l'esclusione consegua alla mancanza in radice della dichiarazione della volontà di subappaltare, o si estenda alla presentazione di una dichiarazione incompleta.

5.3.2. Va ulteriormente precisato, al riguardo, che non è corretto parlare, come fa l'appellante, di una mancanza della dichiarazione da parte del Consorzio, in quanto “*la dichiarazione col nominativo del subappaltatore compare in atti solo dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte, ovvero in esito all'inammissibile soccorso istruttorio*”: doglianza che, come si è visto, ha provocato la reazione del Consorzio controinteressato, che ne ha eccepito la novità e, quindi, l'inammissibilità, stante la sua diversa formulazione nel giudizio di prime cure.

5.3.3. In realtà, la doglianza, così com'è stata formulata dall'appellante e ribadita anche in sede di udienza pubblica, è frutto di un equivoco, poiché nel *DGUE* presentato per la gara (all. 14 al ricorso di primo grado) il Consorzio Soledil ha indicato la volontà di subappaltare una parte del contratto a terzi e ha specificato quali fossero le lavorazioni che intendeva subappaltare, ma non ha indicato il nominativo della ditta subappaltatrice: ci si trova dinanzi, perciò, non a una dichiarazione mancante – come pretende l'appellante – ma ad una dichiarazione incompleta, che a seguito del cd. soccorso istruttorio è stata integrata con una dichiarazione dell'11 febbraio 2021 (ovviamente posteriore alla scadenza del termine di presentazione delle offerte), in cui il Consorzio ha specificato che l'impresa subappaltatrice per la categoria OG12, subappaltata al 100%, era la società NASCAP S.r.l. (all. 15 al ricorso di primo grado).

5.4. Di fronte all'ambiguità della *lex specialis* di gara poc'anzi riportata il Seggio di gara ha optato, dunque, per la soluzione più favorevole al principio del *favor participationis*, ammettendo con riserva il Consorzio Soledil, il quale aveva

presentato una dichiarazione incompleta siccome mancante del nominativo del subappaltatore, e consentendogli di colmare la predetta lacuna mediante il soccorso istruttorio: il che è avvenuto, come si è visto, con la dichiarazione resa dal Consorzio l'11 febbraio 2021 e presentata il successivo 12 febbraio.

5.4.1. Detta soluzione è indubbiamente ragionevole e condivisibile. Essa, infatti, risulta conforme al consolidato indirizzo giurisprudenziale per il quale l'interpretazione degli atti amministrativi, inclusi quelli che disciplinano le gare pubbliche, soggiace alle stesse regole dettate dagli artt. 1362 e ss. c.c. per l'interpretazione dei contratti, tra cui ha carattere preminente quella collegata all'interpretazione letterale, con esclusione di qualsivoglia ulteriore procedimento ermeneutico, nell'ipotesi di clausole assolutamente chiare: quando, invece, si versi in caso di omissioni o ambiguità delle singole clausole, è necessario ricorrere ad altri canoni ermeneutici, tra i quali quello dettato dall'art. 1363 c.c. (secondo cui le clausole si interpretano le une per mezzo delle altre) e quello dell'interpretazione secondo buona fede. Corollario di tali regole, per quanto riguarda le procedure ad evidenza pubblica, è la necessità di garantire il principio del *favor participationis*, in base al quale, in presenza di clausole della *lex specialis* di gara ambigue o dubbie, è da privilegiare la soluzione che tende a estendere la platea dei partecipanti alla gara, piuttosto che l'opzione restrittiva della partecipazione, allo scopo di realizzare l'interesse dell'Amministrazione alla selezione della migliore offerta presentata tra quelle concorrenti (cfr., *ex multis*, C.d.S., Sez. V, 29 novembre 2022, n. 10491; id., 4 ottobre 2022, n. 8481; id., 17 luglio 2020, n. 4599; id., 16 dicembre 2019, n. 8517; id., 5 ottobre 2017, n. 4640; id., 27 maggio 2014, n. 2709; Sez. III, 23 novembre 2022, n. 10301; id., 10 settembre 2019, n. 6127; id., 24 ottobre 2017, n. 4903; id. 13 maggio 2015, n. 2388; Sez. VI, 6 marzo 2018, n. 1447). “*Invero, secondo la regola della massima partecipazione in tema di gare di appalto per lavori e servizi pubblici, nonché in virtù dell'applicabilità del principio del “favor participationis”, le clausole del bando richieste a pena di esclusione devono essere*

chiare e puntuali e, in caso di oscurità o non chiarezza, devono essere interpretate nel modo meno restrittivo” (C.d.S., Sez. V, 15 luglio 2013, n. 3811).

5.5. La soluzione prescelta dal Seggio di gara, inoltre, è conforme al principio di diritto espresso dalla nota pronuncia dell’Adunanza Plenaria di questo Consiglio n. 9 del 2 novembre 2015, secondo cui *“l’indicazione del nominativo del subappaltatore già in sede di presentazione dell’offerta non è obbligatoria, neanche nell’ipotesi in cui il concorrente non possieda la qualificazione nelle categorie scorporabili”*.

5.5.1. Ha affermato sul punto la Plenaria, tra l’altro, che la tesi favorevole all’affermazione dell’onere per il concorrente di indicare il nominativo del subappaltatore all’atto di presentazione dell’offerta produce due conseguenze negative:

a) comporta *“una confusione tra avvalimento e subappalto, nella misura in cui attrae il rapporto con l’impresa subappaltatrice nella fase della gara, anziché in quella dell’esecuzione dell’appalto, con ciò assimilando due istituti che presentano presupposti, finalità e regolazioni diverse, ma senza creare il medesimo vincolo dell’avvalimento e senza assicurare, quindi, alla stazione appaltante le stesse garanzie contrattuali da esso offerte”*;

b) determina una distorsione del mercato dei lavori pubblici, *“nella misura in cui costringe le imprese concorrenti a scegliere una (sola) impresa subappaltatrice, già nella fase della partecipazione alla gara, mediante l’imposizione di un onere partecipativo del tutto sproporzionato e gravoso”*.

5.5.2. A tale stregua, va condivisa l’affermazione del primo giudice secondo cui è irrilevante che la documentazione depositata in sede di soccorso istruttorio (*id est*: la dichiarazione presentata in data 12 febbraio 2021) rechi una data posteriore alla scadenza del termine di partecipazione, in quanto la dichiarazione del nominativo del subappaltatore è di completamento dell’offerta, ma non integra un requisito tecnico di partecipazione.

5.6. In definitiva, nel caso di specie la soluzione conforme ai principi ora esposti era quella – che il Seggio di gara ha correttamente seguito – di interpretare le suesposte clausole della *lex specialis* di gara, poco perspicue e assai ambigue, nel senso di ritenere che solo la mancanza della dichiarazione

di voler ricorrere al subappalto comportasse, in caso di subappalto necessario, l'esclusione dalla gara del concorrente incorso in detta omissione e che in ogni altro caso, incluso quello della presentazione di una dichiarazione incompleta, fosse possibile l'integrazione o regolarizzazione della stessa tramite il cd. soccorso istruttorio.

5.7. Peraltro, come correttamente osservato dal T.A.R., la doglianza ora in esame è infondata anche sotto altro profilo, in ragione del possesso da parte del Consorzio Soledil – che la ricorrente non ha contestato – della qualificazione nella categoria prevalente per l'importo totale dei lavori. Come ha infatti stabilito l'Adunanza Plenaria n. 9/2015 cit., *“l'art. 92, commi 1 e 3, del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, che disciplina i requisiti di partecipazione alla gara, stabilisce, innanzitutto, che, ai predetti fini, è sufficiente il possesso della qualificazione nella categoria prevalente (quando il concorrente, singolo o associato, non la possiede anche per le categorie scorporabili), purché per l'importo totale dei lavori”*. Precisa sul punto la Plenaria che per la partecipazione alla gara basta il possesso della qualificazione nella categoria prevalente per l'importo totale dei lavori e non è necessaria, quindi, anche la qualificazione nelle categorie scorporabili, neanche in quelle relative a opere a qualificazione necessaria: il riferimento esplicito della Plenaria è all'art. 107, comma 2, del d.P.R. n. 207/2010 – in vigore all'epoca – dov'è elencata, tra le molteplici categorie di lavorazioni, proprio la OG12 (*“opere ed impianti di bonifica e protezione ambientale”*), cioè proprio la categoria scorporabile che viene in rilievo nella presente controversia.

5.7.1. L'appellante, come detto, non ha contestato che il Consorzio possedesse la qualificazione nella categoria prevalente per l'intero importo dei lavori, ma si è limitato a richiamare l'art. 12, comma 2, del d.l. n. 47/2014, conv. con l. n. 80/2014, sostenendo che questo deporrebbe in senso esattamente contrario a quanto affermato dal T.A.R., perché indicherebbe la necessità che l'impresa che esegue i lavori di cui alla categoria scorporabile a qualificazione obbligatoria sia munita della corrispondente attestazione SOA,

mentre non sarebbe sufficiente la qualifica posseduta nella categoria prevalente, pur se capiente per tutti i lavori. Tale disposizione, tuttavia, era già in vigore quando si è pronunciata la Plenaria, che dunque non l'ha ritenuta ostativa alla diversa interpretazione da essa seguita e che la sentenza appellata ha recepito.

5.8. Da quanto fin qui visto si ricava, in conclusione, che per tutte le ragioni esposte il primo motivo dell'appello è infondato.

6. Passando al secondo motivo dell'appello, il Collegio ritiene che lo stesso sia infondato nel merito, anche a prescindere dalla sua genericità, eccepita dal Consorzio controinteressato.

6.1. Nello specifico, la ricorrente lamenta di avere dedotto in primo grado la mancanza, in capo al Consorzio, della prova del possesso dei requisiti di qualificazione senza continuità e che il Tribunale ha disatteso la doglianza sostenendo che fosse sufficiente l'avvenuta richiesta da parte del Consorzio stesso dell'adeguamento entro il termine di presentazione delle offerte, a prescindere dalla circostanza che entro il suddetto termine si fosse perfezionata anche la verifica intermedia: tuttavia, la sentenza avrebbe omesso ogni esame e valutazione della documentazione versata in atti dalla ricorrente al fine di dimostrare l'interruzione nel possesso dei requisiti. In particolare, il primo giudice non avrebbe considerato che l'attestazione esibita in gara e riportata come all. 8 sarebbe stata sostituita da quella prodotta come all. 9, rilasciata il 9 marzo 2021, a sua volta sostituita da quella rilasciata l'11 maggio 2021 (all. 10), con discontinuità nella dimostrazione del possesso dei requisiti, attesa la soluzione di continuità tra la data di rilascio e la data di scadenza nei rapporti tra l'attestazione originaria e quelle che l'hanno via via sostituita.

6.2. Il motivo è infondato sia in fatto che in diritto.

6.3. Invero, la sentenza appellata ha proceduto ad un'analitica ricostruzione dei fatti e ad una puntuale esposizione delle doglianze della ricorrente, e ha disatteso la doglianza ora in esame dopo aver preso in considerazione la successione di attestazioni presentate dal Consorzio, sulla base della regola

per la quale, ai fini di una valida partecipazione alla gara, è sufficiente che il Consorzio stabile abbia presentato l'istanza di aggiornamento della propria attestazione entro il termine di presentazione delle offerte: il che è quanto si è verificato nel caso di specie. Ciò, giacché il Consorzio stabile si qualifica sulla base delle qualificazioni possedute dalle imprese consorziate: quindi, se è vero che il Consorzio stabile è tenuto ad adeguare la sua attestazione, per far sì che la sua qualificazione corrisponda alle qualificazioni delle consorziate, è altrettanto vero che, in caso di scadenza intermedia, l'adeguamento dell'attestazione può essere chiesto dal Consorzio solo dopo che l'impresa consorziata, interessata dalla scadenza, abbia ottenuto la verifica positiva dei requisiti o il rinnovo della qualificazione stessa e, perciò, senza l'osservanza di un termine determinato (salvo, come detto, il termine di presentazione delle offerte), essendo incerto il giorno dell'ottenimento della suddetta verifica positiva o rinnovo da parte dell'impresa consorziata.

6.4. L'appellante non ha in alcun modo contestato il percorso argomentativo del primo giudice, né i principi giuridici su cui detto percorso si è basato, prestando anzi acquiescenza agli stessi: con il che non rimane che dichiarare l'infondatezza del motivo di appello ora in esame, se non la sua eccessiva genericità e, quindi, la sua inammissibilità – puntualmente eccepita dalla difesa del Consorzio –, visto che l'appellante muove censure assai generiche alla sentenza appellata per non avere questa accolto il motivo in primo grado e non spiega le ragioni per cui il percorso argomentativo seguito dal T.A.R. sarebbe errato, in violazione del principio di specificità dei motivi d'appello *ex* art. 101, comma 1, c.p.a.: si rammenta, al riguardo, che l'appello non apre un giudizio nuovo, in cui i fatti già esaminati in prime cure vengono rivalutati *ex novo*, ma costituisce un rimedio contro eventuali errori logico-giuridici commessi nel giudizio di primo grado (cfr., *ex plurimis*, C.d.S., Sez. II, 12 marzo 2021, n. 2152; id., 21 maggio 2019, n. 3253; Sez. IV, 13 febbraio 2018, n. 886; Sez. V, 4 aprile 2017, n. 1543; Sez. III, 10 agosto 2016, n. 3586; id., 25 febbraio 2016, n. 749).

7. Ancora, è infondato il terzo motivo di appello, con cui si lamenta la mancata valutazione, da parte della Commissione di gara, delle violazioni dei criteri redazionali prescritti dalla *lex specialis* di gara da cui sarebbe affetta la relazione illustrativa dell'offerta tecnica del Consorzio, che, in particolare, non rispetterebbe i criteri di n. 40 righe per pagina e di n. 80 battute per rigo.

7.1. A ben vedere, però, per quanto riguarda i righe, lo scostamento risulta irrisorio e irrilevante, in quanto si tratta del superamento del limite di n. 40 righe per uno o massimo due righe in più per pagina, tale da non incidere sulla sostanza; e analogo discorso va fatto anche per il limite delle battute, per il quale sussistono addirittura dubbi sulla sua metodologia di calcolo (considerato che tra una parola e l'altra può intercorrere anche più di uno spazio bianco). La pretesa dell'appellante, che la relazione del Consorzio fosse tenuta in non cale, come non presentata, o che comunque l'offerta tecnica dello stesso controinteressato ricevesse un punteggio pari a 0, appare sproporzionata e irragionevole e ciò tanto più che, come sottolinea la sentenza appellata, la *lex specialis* non conteneva alcuna indicazione in merito alla formattazione delle pagine ed alle possibilità di utilizzo delle modalità di presentazione del documento, richiedendo solo la redazione "in carta semplice".

7.2. Stante l'ora vista lacunosità della *lex specialis*, il Collegio ritiene di aderire all'indirizzo della recente giurisprudenza di questo Consiglio (Sez. III, 14 dicembre 2020, n. 7967), secondo cui è vero che la tesi secondo la quale, ove il bando preveda espressamente un "format" predefinito dell'offerta e una sanzione per la sua violazione (qui: l'espunzione delle facciate in esubero o non conformi), la Commissione aggiudicatrice è vincolata ad applicare detta sanzione: tale regola, tuttavia, non risulta applicabile ove il precetto, alla cui violazione la sanzione è collegata, non sia completo e definito in modo sufficiente, "dovendosi, in ispecie dinanzi a precetti non direttamente connessi ad un interesse pubblico meritevole di perseguimento, preferire opzioni esegetiche e applicative improntate al favor participationis".

7.2.1. Nel caso ora in esame – analogamente a quello deciso dalla pronuncia in commento – non solo il precetto sulla “forma redazionale” della relazione illustrativa non è immediatamente riferibile alla cura di interessi pubblici sostanziali e rilevanti (essendo esso diretto a non appesantire la leggibilità delle offerte), ma lo stesso è incompleto, perché nulla dice sulla formattazione.

7.3. Va condivisa anche l’ulteriore osservazione della pronuncia in commento, per cui clausole del tipo in esame sono passibili di nullità per violazione dell’art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016, *id est* del principio di tassatività delle clausole di esclusione ivi positivizzato. A mente della disposizione citata, infatti, *“I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle”*: e come rilevato dall’Adunanza Plenaria con decisione n. 22 del 16 ottobre 2020, si tratta di nullità in senso tecnico (che ovviamente non si estende all’intero bando, secondo la nota regola *“vitiatur, sed non vitiait”*), con i corollari che la clausola nulla non produce effetti e che la nullità è rilevabile d’ufficio.

7.4. Ed invero, *“la clausola che ricollega all’offerta debordante (rispetto ai requisiti dimensionali imposti) la sanzione dell’irrilevanza della parte (in ipotesi) esuberante deve ritenersi nulla ove interpretata nel senso che essa impone alla Commissione aggiudicatrice prove e accertamenti specifici (.....) pur dinanzi ad un’offerta che rispetta il limite massimo di pagine, in assenza di problema alcuno di leggibilità”*. E tale principio, affermato dalla sentenza n. 7967/2020 cit., appare estensibile alla fattispecie per cui è causa, tenuto conto: I) da un lato, che la relazione del Consorzio non supera il limite di pagine fissato dalla *lex specialis* (30); II) dall’altro, che la difesa consortile ha dimostrato, con calcoli efficaci, che le righe nel complesso utilizzate nella relazione sono in numero (1183) inferiore al massimo consentito (30 X 40 = 1200) e che, per quanto riguarda le battute, sono stati utilizzati n. 83513 caratteri, senza conteggiare gli spazi, e n. 97162 conteggiandoli, di tal ché, rispetto al limite massimo (1200 X 80 = 9600), lo

scostamento o non sussiste o, a volerlo considerare sussistente, è palesemente irrisorio; III) che la Commissione ha evidenziato come ciascun concorrente abbia fatto uso di un certo grado di libertà nella formattazione del testo in termini, ad es., di capoversi, rientri, elenchi puntati e numerati, intestazioni e piè di pagina, ferma la suddivisione dei paragrafi e sub-paragrafi richiesta dalle norme di gara; IV) da ultimo, che l'interpretazione che la A & G offre della sanzione dell'irrilevanza delle pagine eccedenti o difformi implica, nei fatti, l'equiparazione di detta sanzione all'espulsione dalla gara, il che conferma la nullità *in parte qua* della *lex specialis*, ove interpretata in tal senso.

7.5. Anche sotto il profilo in esame, pertanto, la sentenza appellata si mostra inappuntabile nelle sue motivazioni e conclusioni, soprattutto lì dove sottolinea che la Commissione, anche in considerazione del rischio di un'incerta applicazione del criterio delle n. 80 battute, il cui superamento poteva essere riscontrato in tutte e tre le relazioni, ha optato per un parametro sostanziale, volto all'individuazione dell'offerta percepita come di miglior vantaggio per l'Amministrazione: e l'osservazione tanto più va condivisa, in ragione del fatto che lo sfioramento della relazione del Consorzio, se esistente, rimane contenuto nei limiti irrisori indicati ai paragrafi precedenti e pertanto non si può pensare che esso sia stato tale da incidere in alcun modo sul confronto concorrenziale o da alterare la *par condicio*, come infondatamente affermato dall'appellante.

8. L'infondatezza dei motivi di appello fin qui analizzati comporta "a cascata" l'infondatezza anche degli altri (il quarto, il quinto e il sesto), poiché questi ultimi presuppongono tutti l'accoglimento di almeno uno dei precedenti motivi (i primi tre).

9. In conclusione, l'appello è nel suo complesso infondato e deve, perciò, essere respinto, meritando la sentenza gravata di essere confermata.

9.1. Sussistono, comunque, giusti motivi per disporre la compensazione integrale tra le parti delle spese del giudizio d'appello, considerate le lacune, ambiguità ed equivocità della *lex specialis* di gara più sopra descritte.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale – Sezione Settima (VII), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa le spese del giudizio d'appello.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 17 gennaio 2023, con l'intervento dei magistrati:

Roberto Giovagnoli, Presidente

Daniela Di Carlo, Consigliere

Pietro De Berardinis, Consigliere, Estensore

Marco Morgantini, Consigliere

Rosaria Maria Castorina, Consigliere

L'ESTENSORE
Pietro De Berardinis

IL PRESIDENTE
Roberto Giovagnoli

IL SEGRETARIO