

Publicato il 06/04/2021

N. 02762/2021REG.PROV.COLL.

N. 02555/2017 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 iscritto al numero di registro generale 2555 del 2017, proposto da

Lombardi s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Brancaccio, Alberto La Gloria, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Antonio Brancaccio in Roma, via Taranto, 18;

contro

Delta Lavori s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Pierluigi Piselli, Gianni Marco Di Paolo, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Pierluigi Piselli in Roma, via Giuseppe Mercalli, 13;

Msm Ingegneria S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonio Martini, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, corso Trieste, 109;

Comune di Auletta (Sa), non costituito in giudizio;

nei confronti

Robertazzi Costruzioni s.r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con Giglio Costruzioni S.r.l., non costituite in giudizio;

per la riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sezione staccata di Salerno, 16 marzo 2017 n. 458, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Delta Lavori s.p.a. e di Msm Ingegneria s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 ottobre 2020 il consigliere Angela Rotondano e preso atto della richiesta di passaggio in decisione depositata dagli avvocati Brancaccio, La Gloria, Piselli e Martini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Risulta dagli atti che il Comune di Auletta indiceva, con bando di gara del 29 giugno 2015, una procedura aperta per l'affidamento della progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori di "*Risanamento idrogeologico del Centro Storico del Comune di Auletta (Sa)*", secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per un importo complessivo a base d'asta, IVA esclusa, di € 6.927.970,95. La gara venne aggiudicata (con determinazione del Responsabile dell'Area Tecnica n. 65 del 31 agosto 2016) alla Delta Lavori s.p.a., prima classificata con 90,207 punti, seguita in graduatoria dall'a.t.i. tra Robertazzi Costruzioni s.r.l. e Giglio Costruzioni s.r.l. (nel prosieguo "*a.t.i. Robertazzi*"), che aveva ottenuto il punteggio finale di 88,487 punti.

2. Con ricorso al Tribunale amministrativo per la Campania- sezione staccata di Salerno, la Lombardi s.r.l., terza classificata (con un punteggio complessivo di 88,354 punti), impugnava gli atti e gli esiti della procedura, nonché i provvedimenti di ammissione tanto dell'aggiudicataria quanto della seconda graduata, sostenendo che queste avrebbero dovuto essere escluse dalla gara per mancanza dei requisiti prescritti, in particolare: 1) quanto alla Delta Lavori, dei requisiti di progettazione, richiesti dal disciplinare di gara, e dichiarati in sede di partecipazione, in capo alla società di ingegneria MSM Ingegneria s.r.l., indicata dalla concorrente per la redazione del progetto esecutivo dell'intervento, ed inoltre per mancata presentazione della documentazione a corredo della fideiussione per la cauzione provvisoria; 2) nel caso dell'a.t.i. Robertazzi, dei requisiti di qualificazione S.O.A. in capo alle due imprese ausiliarie (il Consorzio Stabile Agoraa s.r.l. per la capogruppo e la Cogeca s.r.l. per la mandante), di cui la concorrente s'era avvalsa, per comprovare il possesso delle categorie di lavorazioni (la OG8 classifica V e la OG2 classifica III), richieste dal disciplinare di gara.

2.1. Alla luce di plurimi motivi di censura, la ricorrente, oltre a chiedere l'annullamento degli atti gravati e, per illegittimità derivata per gli stessi vizi, anche del diniego tacito di autotutela da parte della stazione appaltante, domandava l'aggiudicazione della gara a suo favore e il subentro nel contratto di appalto, ove *medio tempore* stipulato, o, in subordine, nel caso di impossibilità di reintegra in forma specifica, il risarcimento del danno per equivalente ai sensi dell'art. 124, comma 1, Cod. proc. amm., nella misura da determinarsi in causa, comprensiva delle voci indicate in ricorso.

2.2. L'aggiudicataria Delta Lavori spiegava ricorso incidentale escludente, integrato da motivi aggiunti, con cui impugnava gli atti della procedura per mancata esclusione della ricorrente Lombardi, per aver questa perduto i requisiti di partecipazione richiesti dal disciplinare di gara in corso di procedura.

2.3. Al giudizio partecipava MSM Ingegneria, che contestava le deduzioni della ricorrente principale.

2.4. Non si costituivano gli intimati Comune di Auletta e l'a.t.i. Robertazzi.

3. Con la sentenza qui in epigrafe, il Tribunale amministrativo esaminava prioritariamente il ricorso incidentale escludente, accogliendone il primo motivo ed assorbendone le altre censure, con conseguente declaratoria di illegittimità della procedura nella parte in cui non era stata disposta l'esclusione dell'originaria ricorrente Lombardi; dichiarava improcedibile, per sopravvenuto difetto di interesse, il ricorso principale della Lombardi; condannava il Comune e la società ricorrente al pagamento delle spese legali a favore della Delta Lavori, compensando ogni altra spesa.

3. Per la riforma della sentenza ha proposto appello l'originaria ricorrente Lombardi, che ha anzitutto lamentato (con il primo motivo di gravame) l'omesso esame del ricorso principale e censurato la declaratoria di improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse, sostenendo che la sentenza avesse disattesi i principi espressi dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea con la decisione C-689/13 del 5 aprile 2016 (c.d. sentenza Puligienica), in tema di esame del ricorso principale e incidentale proposti all'interno del medesimo giudizio di impugnazione degli atti di una procedura di affidamento di appalto pubblico.

3.1. L'appellante ha poi criticato nel merito la statuizione di accoglimento del ricorso incidentale escludente di primo grado (secondo e terzo motivo di appello) ed ha riproposto i motivi del ricorso principale di primo grado, dichiarati improcedibili, lamentanti l'omessa esclusione dell'aggiudicatario e della seconda classificata.

3.2. Si è costituita in resistenza Delta Lavori con memoria con cui ha riproposto ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm. le censure di cui al ricorso incidentale di primo grado, non esaminate e assorbite dalla sentenza di primo grado.

3.3. Ha resistito all'appello anche la società MSM Ingegneria.

4. Respinta l'istanza cautelare incidentalmente formulata dall'appellante (con ordinanza n. 1966 del 10 maggio 2017), per l'assorbente difetto di *periculum*, in considerazione della natura dei lavori oggetto di affidamento, all'esito dell'udienza pubblica del 28 settembre 2017 questa Quinta Sezione, con ordinanza collegiale n. 5103 del 6 novembre 2017, ravvisata l'esistenza di un contrasto nella giurisprudenza del Consiglio di Stato in relazione all'attuazione della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea C-689/13 del 5 aprile 2016 (c.d. sentenza Puligienica), ha deferito, ai sensi dell'art. 99 Cod. proc. amm., all'Adunanza plenaria la decisione della seguente questione: *“se, in un giudizio di impugnazione degli atti di procedura di gara ad evidenza pubblica, il giudice sia tenuto ad esaminare congiuntamente il ricorso principale e il ricorso incidentale escludente proposto dall'aggiudicatario, anche se alla procedura abbiano preso parte altri concorrenti le cui offerte non sono state oggetto di impugnazione e verifichi che i vizi delle offerte prospettati come motivi di ricorso siano propri delle sole offerte contestate”*.

5. Con ordinanza 11 maggio 2018, n. 6, l'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato ha disposto la sospensione del giudizio e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea sul seguente quesito interpretativo: *“se l'articolo 1, paragrafi 1, terzo comma, e 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007, possa essere interpretato nel senso che esso consente che allorché alla gara abbiano partecipato più imprese e le stesse non siano state evocate in giudizio (e comunque avverso le offerte di talune di queste non sia stata proposta impugnazione) sia rimessa al Giudice, in virtù dell'autonomia processuale riconosciuta agli Stati membri, la valutazione della concretezza dell'interesse dedotto con il ricorso principale da parte del concorrente destinatario di un ricorso incidentale escludente reputato fondato, utilizzando gli strumenti processuali posti a disposizione dell'ordinamento, e rendendo così armonica la tutela di detta posizione soggettiva rispetto ai consolidati principi nazionali in punto di domanda di parte (art. 112 c.p.c.), prova dell'interesse affermato (art. 2697 cc), limiti soggettivi del giudicato che si forma soltanto tra le parti processuali e non può riguardare la posizione dei soggetti estranei alla lite (art. 2909 cc)”*.

6. La Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha deciso la questione pregiudiziale con la decisione in causa C-333/18 del 5 settembre 2019. Venuta meno la causa di sospensione del processo, l'Adunanza Plenaria, con ordinanza n. 14 del 17 dicembre 2019, ha disposto la restituzione degli atti a questa Sezione ai sensi dell'art. 99, comma 1, ultimo periodo, Cod. proc. amm..

7. Le parti hanno poi affidato al deposito di memorie e repliche l'ulteriore argomentazione delle rispettive tesi difensive. L'appellante ha ribadito l'interesse all'aggiudicazione dell'appalto, mediante subentro, previa dichiarazione di inefficacia del contratto, nella parte dei lavori non ancora eseguita o, in subordine, al risarcimento del danno per equivalente.

8. All'udienza dell'8 ottobre 2020, su richiesta delle parti, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Con il primo motivo l'appellante sostiene l'erroneità della sentenza per aver aderito all'indirizzo per cui l'esame del ricorso principale c.d. escludente sarebbe sempre pregiudiziale, facendone derivare un'ingiusta declaratoria di improcedibilità del ricorso principale per sopravvenuto difetto di interesse alla decisione. In particolare, contesta la sentenza per aver disattesi i principi di cui alla richiamata decisione della Corte di Giustizia dell'Unione europea, C-689/13 del 5 aprile 2016 (c.d. sentenza Puligienica). Il giudice, anche a ritenere fondato il ricorso incidentale, doveva comunque esaminare anche il ricorso principale: l'appellante ha affermato un proprio interesse, strumentale e mediato,

alla declaratoria dell'illegittimità della mancata esclusione dell'aggiudicataria, perché una tale statuizione avrebbe potuto portare l'amministrazione ad intervenire in autotutela, annullando la procedura e indicando una nuova gara.

1.1. Il motivo, ritiene qui il Collegio, è fondato alla luce dei principi affermati dalla Corte di Giustizia UE nella decisione in causa C-333/18 del 5 settembre 2019 sulla questione pregiudiziale sottoposta al suo esame dall'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato nell'ambito del presente giudizio di appello.

1.2. In particolare, la Corte di Giustizia ha affermato: *“L'articolo 1, paragrafo 1, terzo comma, e paragrafo 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, deve essere interpretato nel senso che esso osta a che un ricorso principale, proposto da un offerente che abbia interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme che traspongono quest'ultimo, ed inteso ad ottenerne l'esclusione di un altro offerente, venga dichiarato irricevibile in applicazione delle norme o delle prassi giurisprudenziali procedurali nazionali disciplinanti il trattamento dei ricorsi intesi alla reciproca esclusione, quali che siano il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto e il numero di quelli che hanno presentato ricorsi.”*

1.3. Come rammentato dalle due ordinanze in narrativa (di questa V Sezione e dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato), le statuizioni della Corte di Giustizia dell'Unione europea di cui alla richiamata sentenza *Puligienica* sono state diversamente intese, dando luogo a due orientamenti della giurisprudenza di questo Consiglio di Stato.

1.4. Secondo un primo indirizzo, il giudice che, esaminato per primo il ricorso incidentale, lo ha ritenuto fondato, è tenuto ad esaminare anche il ricorso principale solo se dal suo accoglimento può derivare un vantaggio al ricorrente principale: vantaggio che, non potendo consistere nella mera aggiudicazione del contratto stante l'accoglimento del ricorso incidentale escludente, non può che consistere nell'accoglimento di un mezzo che dal contenuto retroattivo fino a comportare la ripetizione della procedura.

1.5. Per un altro orientamento, la domanda di tutela del proprio interesse legittimo al corretto svolgimento della gara, rivolta dal ricorrente principale al giudice, va esaminata anche se, per ipotesi, la stessa offerta del ricorrente principale va esclusa dalla procedura. In questa prospettiva, il giudice non deve tener conto del numero delle imprese partecipanti (e del fatto che alcune possano essere rimaste fuori dal giudizio) né dei vizi prospettati come motivi di ricorso principale, potendo la domanda di tutela in giustizia essere evasa soltanto con l'esame di tutti i motivi di ricorso, principale e incidentale. Tale indirizzo, pur comportando una dilatazione dell'interesse ad agire ex art. 100 cod. proc. civ., appariva a quell'orientamento più confacente *“alle esigenze di effettività della tutela giurisdizionale perseguite a livello sovranazionale”*.

1.6. Così rammentato il contrasto interpretativo che ha dato luogo, prima, al deferimento della questione di diritto all'Adunanza plenaria, poi al rinvio pregiudiziale, si deve qui rilevare che la Corte di Giustizia ha in sintesi chiarito come i principi affermati in precedenti decisioni (sentenze del 4 luglio 2013, Fastweb C.100/12; 5 aprile 2016, C-689/13)- *“secondo cui gli interessi perseguiti nell'ambito di ricorsi intesi alla reciproca esclusione sono considerati in linea di principio equivalenti si traduce, per i giudici investiti di tali ricorsi, nell'obbligo di non dichiarare irricevibile il ricorso per esclusione principale in applicazione delle norme procedurali nazionali che prevedono l'esame prioritario del ricorso incidentale proposto da un altro offerente”*.

1.7. Ne segue che il ricorso incidentale dell'aggiudicatario non può comportare il rigetto del ricorso di un offerente escluso se la regolarità dell'offerta di ciascuno degli operatori è contestata nell'ambito del medesimo procedimento: infatti, in una tale situazione, ciascuno dei concorrenti può far valere un legittimo interesse equivalente all'esclusione dell'offerta degli altri, che può portare alla constatazione dell'impossibilità, per l'amministrazione aggiudicatrice, di procedere alla scelta di un'offerta regolare.

La Corte di Giustizia ha altresì affermato che questi principi (ad eccezione del caso in cui la decisione di esclusione dell'offerente sia stata confermata da una sentenza passata in giudicato prima che il giudice investito del ricorso contro l'aggiudicazione abbia a pronunciarsi) risultano applicabili anche a controversie come quella presente, allorché altri offerenti abbiano presentato offerte nell'ambito della procedura di affidamento e i ricorsi intesi alla reciproca esclusione non riguardino offerte classificate in posizione peggiore rispetto a quelle oggetto dei suddetti ricorsi per esclusione. Difatti, anche in ipotesi come quella in esame- in cui il ricorrente principale è terzo classificato e ricorre in giustizia a tutela del suo interesse legittimo ad ottenere l'esclusione dell'aggiudicataria e della seconda graduata- non può escludersi che, anche ove la sua offerta è ritenuta irregolare, *“l'amministrazione aggiudicatrice sia indotta a constatare l'impossibilità di scegliere un'altra offerta regolare e proceda di conseguenza all'organizzazione di una nuova procedura di gara”*, a motivo del fatto che le restanti offerte regolari non corrispondono sufficientemente alle sue attese.

1.8. In definitiva, per la Corte di Giustizia, la ricevibilità del ricorso principale non può, se non a costo di pregiudicare l'effetto utile della direttiva 89/665- essere subordinata alla previa constatazione che tutte le offerte risultate in posizione peggiore a quella del ricorrente sono anch'esse irregolari e nemmeno alla condizione che il detto offerente provi che l'amministrazione sarà indotta a ripetere la procedura di affidamento, poiché *“l'esistenza di una siffatta possibilità deve essere considerata... sufficiente”*. Una siffatta lettura non è poi smentita dalla circostanza che detti offerenti, classificatisi dietro il ricorrente, non siano intervenuti in giudizio: non rilevano ai fini dell'applicazione del

principio giurisprudenziale né il numero dei partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto, né quello dei ricorrenti né la divergenza dei motivi dai medesimi dedotti.

1.9. Da quanto detto segue la fondatezza del primo motivo di appello della Lombardi. Va pertanto riformata la sentenza nella parte in cui, accolto il ricorso incidentale con intento escludente dell'aggiudicataria, esaminato con priorità, ha dichiarato l'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse del ricorso principale, anziché pronunziarsi sulla sua fondatezza.

I motivi di doglianza formulati con il ricorso principale, qui riproposti dall'appellante, dovranno dunque essere esaminati da questo giudice.

2. Con il secondo e il terzo motivo di appello, la Lombardi chiede la riforma della sentenza per avere ritenuto fondato il primo motivo del ricorso incidentale. Per l'appellante, il decremento di qualifica subito da una delle imprese ausiliarie non le impediva di partecipare alla gara perché l'asserito possesso di una qualificazione sovrabbondante nella categoria prevalente OG8, classifica V è tale da colmare la sopravvenuta carenza del requisito nella categoria scorporabile.

2.1. Le censure, ritiene il Collegio, sono infondate.

2.2. Va anzitutto evidenziato, in linea generale, che l'originaria ricorrente non soddisfaceva i requisiti di qualificazione prescritti, avendo fatto ricorso all'avvalimento in ciascuna delle categorie SOA, il cui possesso era previsto, a pena di esclusione, dalla *lex specialis* (sicché ad ogni requisito di qualificazione SOA corrispondeva un distinto contratto di avvalimento con un'impresa ausiliaria): in particolare, per quanto qui rileva, per la categoria scorporabile di opere generali "Opere di Ingegneria naturalistica" (OG13), classifica III, per la quale erano previste, dal disciplinare di gara (Sez. III) lavorazioni pari ad € 801.884,41 l'appellante si avvaleva dell'Impresa Costruzioni Perito Edile Pietro Torchia (di seguito "*Impresa Torchia*"); ma questa subiva *medio tempore* un decremento nella classifica posseduta (dalla III alla II) per la categoria OG13 (come comprovato dall'attestato del 12 luglio 2016 dell'Impresa Torchia).

2.3. Tanto premesso, il decremento di qualifica sopravvenuto per una delle imprese ausiliarie nella categoria scorporabile non poteva essere sanato, come assume l'appellante, mediante il meccanismo incrementale dell'art. 61 d.P.R. n. 207 del 2010 sull'attestato SOA in possesso di altra impresa ausiliaria; infatti tale meccanismo può essere utilizzato per raggiungere la singola qualifica richiesta dalla legge di gara e prestata al concorrente che ne è privo, ma non per supplire a sopravvenute lacune di qualificazione subite da altre imprese ausiliarie. Il divieto del frazionamento del requisito esclude la possibilità di sopperire al difetto nell'ausiliaria dell'intero requisito richiesto mediante l'aumento del quinto ai sensi dell'art. 61 comma 2, d.P.R. n. 207 del 2010. Anche in questo caso, infatti, l'impresa ausiliaria non è di suo in possesso della qualificazione necessaria alla partecipazione alla gara; sicché ammettere la fruizione dell'aumento del quinto è come consentire di integrare il requisito avvalendosi di un soggetto non in possesso, a sua volta, del requisito medesimo: il che va contro la finalità dell'avvalimento, che è di fornire alle imprese la possibilità di ricorrere ai requisiti di altri soggetti, ma solo se e in quanto da questi integralmente e autonomamente posseduti.

Giova poi ribadire che l'*avvalimento* ha la funzione di favorire la concorrenza; ma non di rimediare a insanabili carenze sopravvenute in capo all'operatore economico. Inoltre vi sono estranei i meccanismi di compensazione dei requisiti di partecipazione propri delle compagini plurime: infatti l'impresa ausiliaria è non un concorrente, ma un terzo che presta il requisito mancante indicato nel contratto di avvalimento.

2.4. È bene comunque rammentare che:

a) l'art. 61, comma 2, d.P.R. n. 207 del 2010 precisa che "*La qualificazione in una categoria abilita l'impresa a partecipare alle gare e ad eseguire i lavori nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto*": l'incremento di un quinto può dunque essere considerato nei limiti della propria classifica, per dimostrare il possesso del requisito specificamente oggetto di avvalimento, ma non per dimostrare il possesso di un altro requisito non posseduto né dal concorrente né dall'ausiliaria che ha beneficiato dell'incremento;

b) l'art. 92 d.P.R. n. 207 del 2010 dispone che "*I requisiti relativi alle categorie scorporabili posseduti dall'impresa devono da questa essere posseduti con riferimento alla categoria prevalente*": è dunque l'impresa singolarmente considerata a dover coprire con la categoria prevalente le eventuali carenze presenti per la categoria scorporabile; non un soggetto terzo che solo presta i requisiti da esso autonomamente posseduti;

c) secondo la disciplina del tempo (art. 49, comma 6, d.lgs. n. 163 del 2006) "*è ammesso l'avvalimento di più imprese ausiliarie, fermo restando, per i lavori, il divieto di utilizzo frazionato, dei singoli requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi, di cui all'art. 40, comma 3, lettera b), che hanno consentito il rilascio dell'attestazione in quella categoria*". Non era dunque consentito supplire al sopravvenuto difetto di qualifica col mezzo di requisiti parzialmente posseduti da terzi, mediante un meccanismo incrementale utilizzato non dalla concorrente, ma da una delle ausiliarie; dalla norma citata si evince infatti che nel settore dei lavori è vietato avvalersi cumulativamente di due imprese per dimostrare il possesso di un solo requisito di qualificazione.

2.5. Tali conclusioni sono conformi ai principi espressi dalla Corte di Giustizia UE, la quale ha chiarito come "*gli articoli 47 e 48 della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, non ostano ad una normativa nazionale che esclude automaticamente, dalla procedura di gara, un concorrente che abbia fatto affidamento sulle capacità di un altro soggetto quando tale soggetto perde in un momento successivo le capacità richieste*" (sentenza Corte di Giustizia, 14 settembre 2017, C-223/16).

2.6. In definitiva, né la disciplina applicabile né la giurisprudenza comunitaria hanno inteso il frazionamento dei requisiti di qualificazione secondo le modalità espone dall'appellante.

2.6.1. Peraltro, come evidenziato dalla Delta, ad accogliere una siffatta prospettazione non sarebbe neppure più determinabile il contenuto e l'oggetto del contratto di avvalimento, a fronte di sopravvenuti mutamenti dell'assetto partecipativo in termini di risorse, materiali e mezzi messi a disposizione da ogni ausiliaria. Insomma, l'eventualità prospettata dall'appellante andrebbe contro il principio di determinatezza dell'oggetto contrattuale (che non può essere modificato *ex post* a seconda delle contingenze sopravvenute) e di *par condicio* dei concorrenti, determinando un'incertezza in ordine a chi debba eseguire quelle determinate prestazioni.

2.7. Alla luce delle esposte considerazioni, si deve concludere che la Lombardi, a seguito della detta riduzione *medio tempore* intervenuta in capo all'impresa ausiliaria, ha perso i requisiti di qualificazione prescritti dalla *lex specialis* di gara e dichiarati in sede di presentazione dell'offerta. I requisiti di qualificazione SOA dichiarati in gara devono, infatti, permanere in ogni successiva fase della procedura evidenziale, a tutela dell'affidamento della stazione appaltante sulla capacità tecnico-organizzativa dei partecipanti alle procedure di affidamento di contratti e di parità di trattamento tra questi ultimi (in tal senso, Cons. Stato, V, 18 aprile 2012, n. 2247).

Le deduzioni dell'appellante non valgono a dimostrare il possesso dei requisiti prescritti ove si consideri che, per un verso, quest'ultima era carente anche del requisito relativo alla categoria prevalente e che, per altro verso, il prescritto requisito della categoria OG13, classifica III, per la categoria scorparabile non potrebbe essere comprovato nemmeno mediante la somma tra l'incremento di un quinto applicabile nella categoria prevalente (per la cat. OG8, classifica V, pure oggetto di avvalimento) e la residua categoria OG13, classifica II, egualmente prestata da altra impresa ausiliaria. Anche tale prospettazione va infatti contro il dato per cui la Lombardi non possiede di sua alcuna qualificazione prescritta dalla legge di gara, essendo ricorso all'avvalimento di tre imprese per ciascuna delle tre categorie oggetto di gara.

2.8. Pertanto, la sentenza impugnata bene ha fondato il ragionamento sul fatto storico, incontestato, del decremento in questione, precisando come l'asserito ricorso al subappalto integrale (per le lavorazioni di tale categoria OG13) sia rimasta mera eventualità (poiché in effetti circoscritto soltanto al 30 per cento di tali lavori).

Su queste basi, bene il primo giudice ha ritenuto condivisibili le deduzioni della Delta evidenzianti le aporie nel ragionamento della ricorrente principale, fondato su una ricostruzione tutta tesa a sanare in sede processuale le lacune sopravvenute nella qualificazione.

Invero, tale decremento di classifica (e, di conseguenza, la soluzione di continuità verificatasi, in corso di gara, nel possesso del requisito di qualificazione in questione) va contro, anzitutto, la *lex specialis* di gara (in particolare : punto E) del par. XI.2.2 che prevede la documentazione da produrre a pena di esclusione: ovvero la "*dimostrazione del possesso di attestazione per attività di costruzione o di progettazione e costruzioni rilasciata da società di attestazione (SOA) di cui al titolo III del d. P. R. 207/2010 e s. m. i. regolarmente autorizzata e in corso di validità che documenti il possesso della qualificazione nelle categorie di opere generali e nella categoria di opere specializzate di lavori a loro attribuite secondo gli importi di cui alla precedente Sezione III (...)*"; essa va inoltre contro gli artt. 40, 46 e 49 d.lgs. n. 163 del 2006, nonché l'art. 76 e ss. d.P.R. n. 207 del 2010, vigenti *ratione temporis*. Per costante giurisprudenza "*i requisiti generali e speciali vanno posseduti dai candidati non solo alla scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità*" (Cons. Stato, Ad. plen., 20 luglio 2015, n.8).

2.9. In conclusione, l'appello va respinto e la sentenza confermata nella parte in cui ha accertato l'illegittimità dell'ammissione alla gara della Lombardi per sopravvenuta carenza dei requisiti di qualificazione prescritti dalla *lex specialis* di gara.

3. L'assorbente fondatezza della censura di cui al primo motivo del ricorso incidentale di primo grado esime il Collegio dal vaglio delle doglianze incidentali, dichiarate assorbite dalla sentenza di primo grado e riproposte nel presente giudizio dalla Delta Lavori ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm..

4. Alla luce delle affermazioni della richiamata decisione della Corte di Giustizia del 5 settembre 2019, si deve invece procedere all'esame dei motivi del ricorso principale di primo grado riproposti dall'appellante (con il quarto mezzo di gravame), ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm., non esaminati dal primo giudice a seguito dell'accoglimento del ricorso incidentale escludente.

4.1. L'appellante è tornata a sostenere che la stazione appaltante avrebbe dovuto escludere dalla gara l'aggiudicataria perché il progettista dalla stessa indicato, MSM Ingegneria, è privo dei requisiti di progettazione dichiarati in sede di partecipazione.

4.2. Si può prescindere dalle eccezioni di inammissibilità sollevate dall'appellata Delta, delle censure formulate (per genericità e tardività, siccome non introdotte con il ricorso introduttivo, ma con successiva memoria difensiva), perché anche tali motivi, ad avviso del Collegio, sono infondati.

4.3. In particolare, va premesso che la censura si articola in due contestazioni: in primo luogo, l'appellante è tornata a sostenere l'erroneità dei dati numerici sui servizi di progettazione dichiarati rispetto ai dati storici e di bilancio della società incaricata M.S.M. Ingegneria; in secondo luogo, ha dedotto l'assenza del requisito sull'impiego di almeno sei unità negli ultimi tre anni di esercizio.

4.4. Entrambi i profili di censura non possono essere accolti.

4.5. Al riguardo, rileva il Collegio che, mediante la documentazione versata in primo grado, le originarie controinteressate hanno ampiamente comprovato il possesso dei requisiti di gara da parte del progettista MSM Ingegneria, indicato dall'impresa. È stata, in particolare, versata in atti la corrispondenza intercorsa tra la stazione

appaltante e gli enti interessati durante la fase di verifica dell'aggiudicazione definitiva: ne risulta che tali soggetti hanno confermato l'idoneità delle certificazioni prodotte in sede di gara dal progettista ai fini della partecipazione alla procedura di affidamento.

4.6. Tanto premesso in linea generale, in relazione al primo profilo, occorre osservare come gli assunti dell'appellante si fondano sulle risultanze camerali del progettista MSM Ingegneria, senza tener conto delle plurime trasformazioni societarie di questo nel corso del tempo: esso è, infatti, un soggetto giuridico che esiste ed opera a partire dal 15 ottobre 1996.

Ne segue che l'assunto secondo cui l'aggiudicazione sarebbe illegittima perché il progettista avrebbe dimostrato il possesso dei requisiti speciali facendo riferimento a prestazioni professionali eseguite in una diversa forma giuridica rispetto a quella attuale - oltre ad essere inammissibile per tardività, siccome introdotto nel giudizio solo con memoria difensiva di primo grado, anziché con il ricorso (nonostante la pubblicità dei dati delle trasformazioni societarie della MSM Ingegneria) - è altresì infondato. L'art. 90 d.lgs. n. 163 del 2006 nulla prescrive sulle modalità di dimostrazione dei requisiti speciali in gara né sulla forma giuridica dei soggetti che li hanno nel tempo maturati.

Sono pertanto infondate le censure sull'inconciliabilità tra esperienza vantata dalla società di progettazione e i suoi dati storici e numerici, come esposti dalla ricorrente principale di primo grado.

4.7. Inoltre, come risulta dai certificati di esecuzione di prestazioni professionali, la MSM Ingegneria possiede i requisiti di progettazione globale classe S05 e E21, prescritti dal disciplinare di gara. Inoltre ancora, la *lex specialis* di gara (punto V.4 del disciplinare), non impugnata dall'odierna appellante, e i chiarimenti forniti sul punto dalla stazione appaltante consentivano di utilizzare tutte le tipologie di certificati previsti dall'art. 252 d.P.R. n. 207 del 2010.

Nello specifico, circa le censure riguardo alle certificazioni relative all'attività di "*coordinamento per la sicurezza*", il Collegio rileva che dai certificati di esecuzione delle prestazioni professionali prodotti dalla MSM Ingegneria, anche in sede di verifica dei requisiti, risulta che la stessa ha eseguito prestazioni ben coerenti con quelle previste dalla legge di gara.

Si deve evidenziare come sia il bando di gara (art. 6, pag. 4) che il disciplinare (Sez. V.1, lett. A, pag. 5) rimandano all'art. 252 d.P.R. n. 207 del 2010 per indicare i servizi di ingegneria cui fare riferimento per dimostrare il possesso dei requisiti richiesti. Nella legge di gara è, nello specifico, previsto che: "*Il progettista deve dimostrare il possesso dei seguenti requisiti: di aver svolto negli ultimi 10 anni servizi di cui all'articolo 252 del DPR 207/2010 (...)*"; si prevede anche il coordinamento per la sicurezza ("*2. Quando ricorre una delle situazioni previste dall'articolo 90, comma 6, del codice, le stazioni appaltanti affidano ai soggetti di cui all'articolo 90, comma 1, lettere d), e), f), f-bis, g) e h), del codice i servizi attinenti all'architettura ed all'ingegneria anche integrata concernenti la redazione del progetto preliminare, del progetto definitivo, del progetto esecutivo e del piano di sicurezza e di coordinamento nonché le attività tecnico-amministrative connesse alla progettazione, secondo le procedure e con le modalità previste dalle disposizioni della presente parte. Sono altresì affidabili la direzione dei lavori, nel rispetto delle disposizioni di cui all'articolo 130 del codice, le attività tecnico-amministrative connesse alla direzione dei lavori, il coordinamento per la sicurezza in fase di esecuzione, nonché gli altri servizi tecnici, ivi compresi analisi di laboratorio, prove di carico e controlli.*"). Una diversa e più restrittiva lettura della *lex specialis*, oltre che smentita dal dato testuale, andrebbe contro il principio di massima partecipazione alle procedure di affidamento.

Infine, relativamente al primo e al quarto certificato contestato dall'appellante, vale rinviare alla lettera del punto V.4 del disciplinare di gara per cui i "*servizi di cui all'articolo 252 valutabili sono quelli iniziati, ultimati e approvati nel decennio o nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando, ovvero la parte di essi ultimata e approvata nello stesso periodo per il caso di servizi iniziati in epoca precedente. Non rileva al riguardo la mancata realizzazione dei lavori ad essa relativi. Ai fini dei requisiti, l'approvazione dei servizi di direzione lavori e di collaudo si intende riferita alla data della deliberazione di cui all'articolo 234, comma 2, del D.P.R. 207/2010. Sono valutabili anche i servizi svolti per committenti privati documentati attraverso certificati di buona e regolare esecuzione rilasciati dai committenti privati o dichiarati dall'operatore economico che fornisce, su richiesta della stazione appaltante, prova dell'avvenuta esecuzione attraverso gli atti autorizzativi o concessori, ovvero il certificato di collaudo, inerenti il lavoro per il quale è stata svolta la prestazione, ovvero tramite copia del contratto e delle fatture relative alla prestazione medesima*". In sostanza, anche nel prosieguo dell'articolo specificatamente sui requisiti speciali dei progettisti prescritti dalla *lex specialis* di gara (non impugnato dall'appellante) non solo si continua a parlare esclusivamente di "*servizi*", ma si fa riferimento altresì ai servizi di "*direzione lavori e di collaudo*", ben diversi rispetto quelli di "*vera e propria progettazione*" citati dall'appellante. In definitiva, se la legge di gara ritiene valutabili i servizi di direzione lavori e collaudo, non può che trarsi la medesima conclusione anche per quelli indicati dal progettista della Delta Lavori.

4.8. In merito al secondo profilo enunciato, sussiste in capo al progettista anche il requisito di cui al punto V.4 del disciplinare di gara e, cioè, il numero medio annuo del personale tecnico utilizzato negli ultimi tre anni pari ad almeno sei unità (comprendente i soci attivi, i dipendenti, i consulenti su base annua iscritti ai relativi albi professionali, ove esistenti, e muniti di partita IVA e che firmino il progetto, ovvero firmino i rapporti di verifica del progetto, ovvero facciano parte dell'ufficio di direzione lavori e che abbiano fatturato nei confronti della società offerente una quota superiore al 50 per cento del proprio fatturato annuo, risultante dall'ultima dichiarazione IVA e i collaboratori a progetto, in caso di soggetti non esercenti arti e professioni).

Premesso che tale requisito è previsto, in via generale, dall'art. 263, comma 1, lett. d), d.P.R. n. 207 del 2010, giova richiamare la determina A.N.A.C. n. 4 del 25 febbraio 2015 sulle modalità di calcolo del numero medio annuo del

personale tecnico utilizzato. La determina chiarisce in primo luogo quali siano i singoli professionisti idonei a rientrare nel calcolo della media annua, a seconda della natura giuridica del progettista indicato in gara, precisando testualmente che: “*Al citato requisito dell’organico deve [...] essere necessariamente data una lettura in ragione della diversa tipologia di soggetti partecipanti alla gara. Il requisito va dunque inteso come organico medio annuo negli ultimi tre anni per i soggetti organizzati in forma societaria (società di professionisti e società di ingegneria) e come possesso delle unità minime stimate nel bando per i liberi professionisti. Questi ultimi potranno raggiungere il numero di unità fissate nel bando di gara mediante la costituzione di un raggruppamento temporaneo di professionisti*”.

In secondo luogo e per quanto d’interesse, la stessa Autorità afferma: “*Si rammenta che tale numero debba intendersi come somma del personale impiegato negli anni considerati (tre esercizi) diviso il numero degli anni (tre)*”.

Alla luce della documentazione in atti (cfr. in particolare tabella esplicativa: documento 22 del fascicolo di primo grado) e dei criteri rammentati, viene che la media del personale tecnico utilizzato dal progettista indicato (nel triennio 2012-2014) è pari a 6,63 unità.

4.9. In conclusione, le censure risultano senza fondamento, dal momento che la MSM Ingegneria possiede tutti i requisiti in misura pienamente corrispondente a quanto richiesto dalla *lex specialis*.

5. È infondato altresì il secondo motivo di ricorso principale, riproposto in appello, con cui la Lombardi lamenta vizi nella presentazione della garanzia fideiussoria ad opera della Delta Lavori.

5.1. La garanzia venne rilasciata e presentata in gara in maniera conforme alla *lex specialis*, di cui alla lett. k) del disciplinare; vi era presente la dichiarazione di impegno in sulla cauzione definitiva dell’art. 113 d.lgs. n. 163 del 2006. E anche a dare per esistenti le irregolarità, ciò non avrebbe potuto comportare l’esclusione dell’aggiudicataria: la stazione appaltante, per il combinato disposto degli art. 38, comma 2-*bis* e 46, comma 1-*ter*, d.lgs. n. 163 del 2006, avrebbe dovuto invitare la concorrente a regolarizzare il documento esibito tramite soccorso istruttorio.

6. All’infondatezza delle censure formulate contro l’ammissione alla gara dell’aggiudicataria segue l’improcedibilità per sopravvenuto difetto di interesse delle doglianze sull’ammissione della seconda classificata, riproposte dall’appellante ai sensi dell’art. 101, comma 2, Cod. proc. amm..

7. Alla luce delle esposte considerazioni, l’appello va respinto.

8. Restano assorbiti i restanti motivi comunque inidonei a fondare una pronuncia di tipo diverso.

9. La particolarità e complessità delle questioni trattate giustifica l’integrale compensazione tra le parti delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull’appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 ottobre 2020 con l’intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Angela Rotondano, Consigliere, Estensore

Stefano Fantini, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

L’ESTENSORE
Angela Rotondano

IL PRESIDENTE
Giuseppe Severini

IL SEGRETARIO