

Pubblicato il 22/11/2021

N. 02592/2021 REG.PROV.COLL.
N. 00777/2021 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 777 del 2021, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Impresa Devi Impianti S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Paolo Sansone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda regionale per l'innovazione e gli acquisti - Aria S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Salvatore Gallo, Giuseppina Squillace, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Ar.Co. Lavori Società Cooperativa Consortile, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Maurizio Zoppolato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Asst di Mantova, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo e il ricorso per motivi aggiunti depositato in data 3 giugno 2021:

- della determinazione n. 308 del 1° aprile 2021 di aggiudicazione, in favore del concorrente Ar.co. Lavori Società Cooperativa Consortile, della procedura aperta per l'affidamento dei lavori relativi all'intervento di riqualificazione dell'ospedale psichiatrico giudiziario di Castiglione delle Stiviere dell'ASST Mantova;
- dei verbali delle sedute riservate della commissione di gara del 25 e 26, nonché del 30 marzo, che, previo soccorso istruttorio, attestano che l'offerta di Ar.co. Lavori soddisfa i requisiti di capacità tecnica stabiliti nel disciplinare di gara e dispongono l'aggiudicazione in suo favore della gara.

Nonché:

- per la condanna della stazione appaltante ad aggiudicare il contratto a Impresa Devi Impianti, con richiesta di subentrare nel contratto di appalto previa declaratoria di inefficacia di quello nelle more eventualmente stipulato con la controinteressata.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Regionale per L'Innovazione e Gli Acquisti-Aria S.p.A. e di Ar.Co. Lavori Società Cooperativa Consortile;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 novembre 2021 il dott. Fabrizio Fornataro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso principale e il successivo ricorso per motivi aggiunti, Impresa Devi Impianti srl impugna i provvedimenti indicati in epigrafe, deducendone l'illegittimità e chiedendone l'annullamento.

Contestualmente chiede la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato con la controinteressata, con richiesta di subentrare nella gestione del rapporto negoziale.

Si costituiscono in giudizio l'Azienda regionale per l'innovazione e gli acquisti - Aria S.p.A., nonché Ar.Co. Lavori Società Cooperativa Consortile, eccependo l'infondatezza delle impugnazioni avversarie, di cui chiedono il rigetto.

Le parti producono memorie e documenti.

Con ordinanza n. 527/2021, depositata in data 27 maggio 2021, il Tribunale ha respinto la domanda cautelare presentata dalla ricorrente.

Con ordinanza n. 3987/2021, depositata in data 16 luglio 2021, il Consiglio di Stato ha accolto l'appello cautelare proposto da Impresa Devi Impianti ai soli fini della sollecita fissazione dell'udienza di merito, ex art. 55, comma 10, cpa.

All'udienza del 3 novembre 2021 la causa viene trattenuta in decisione.

DIRITTO

1) Con bando pubblicato sulla Guri n. 134, del 16 novembre 2020, Aria ha indetto una procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento dell'appalto avente ad oggetto i lavori relativi all'intervento di riqualificazione dell'Ospedale psichiatrico giudiziario di Castiglione delle Stiviere dell'Asst di Mantova, per un importo a base d'asta di € 13.190.062,55.

All'esito delle operazioni di gara, Ar.Co. Lavori Società Cooperativa Consortile si è collocata al primo posto della graduatoria, seguita al secondo posto dalla ricorrente.

2) Devi Impianti srl lamenta – tanto con il ricorso principale, quanto con quello per motivi aggiunti, i quali pertanto possono essere esaminati congiuntamente - la violazione e falsa applicazione dell'art. 7, primo alinea e comma 7.3, in relazione all'art. 3, comma 3.2, e 14 del disciplinare di gara, nonché la violazione e falsa applicazione degli artt. 59, comma 4, lett. b, 83, comma 9, e 84, comma 1, del d. lgs. n. 50/2016 e la violazione e falsa applicazione dell'art. 12, comma 2, lett. b), del d. l. n. 47 del 2014, convertito

con legge n. 80 del 2014 e degli artt. 1 e 2 del Decreto del Ministero delle Infrastrutture 10 novembre 2016 n. 248.

Inoltre, si censura la violazione dei principi di trasparenza, *par condicio* e di immodificabilità dell'offerta, poiché la modifica assentita dalla Stazione appaltante ha supplito alla mancanza, in capo all'aggiudicataria, del requisito SOA in cat. OS 21, così da eludere le conseguenze escludenti, espressamente imposte nel disciplinare di gara.

A fronte del rigetto della domanda cautelare, correlato ad una valutazione delle doglianze solo in termini di *fumus boni iuris*, il Tribunale, *re melius perpensa* in conseguenza degli approfondimenti propri della fase di merito, ritiene che le censure proposte siano fondate e che le impugnazioni debbano essere accolte.

2.1) L'esame delle censure presuppone una sintetica ricostruzione dell'*iter* che ha condotto all'aggiudicazione gravata.

In base al disciplinare, i lavori da assegnare comprendono, per la percentuale del 2,64%, opere strutturali speciali, in categoria OS 21, di tipologia scorporabile, in classe II e a qualificazione obbligatoria.

I requisiti SOA necessari per il conseguimento dell'aggiudicazione sono precisati al par. 7.3 del disciplinare, che richiama le attestazioni Soa di cui al precedente art. 3.2, che include quella in categoria OS 21.

Sempre il disciplinare stabilisce che la percentuale massima subappaltabile delle opere in categoria OS 21 è pari al 30%, precisando che tale limitazione è disposta "ai sensi del comma 2 dell'art. 105 del d.l.gs n. 50/2016" e aggiungendo che "il suddetto limite non è computato ai fini del raggiungimento dei limiti previsti dal comma 2 art. 105 del d.l.gs. 50/2016".

Trattandosi di un requisito di qualificazione, l'art. 7 esplicita che il suo possesso è necessario a pena di esclusione, precisando che "ai sensi dell'art. 59, comma 4, lett. b) del Codice, sono inammissibili le offerte prive della qualificazione richiesta dal presente disciplinare".

Prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte, la Stazione appaltante ha fornito chiarimenti.

In particolare, alcuni operatori chiedevano delucidazioni del seguente tenore: “in merito alla percentuale massima subappaltabile indicata per le attività appartenenti alla categoria OS 21, nella tabella alla pag. 7 del Disciplinare di gara. Trattandosi di SIOS inferiore al dieci per cento dell’importo totale dell’appalto, ai sensi dell’art. 1 comma 2 del DM 248/2016, tali lavorazioni dovrebbero infatti poter essere interamente subappaltabili”.

Con un apposito chiarimento, che non è oggetto di contestazione, Aria ha precisato che “si conferma l’interpretazione del concorrente; trattasi di refuso. Ne consegue, altresì, che, come indicato dal citato articolo 1 comma 2 del DM 248/2016 e dall’art. 89, co. 11 del D.Lgs. n. 50/2016, le attività appartenenti alla categoria OS 21 possono essere oggetto di avvalimento, a differenza di quanto indicato al punto 8 Avvalimento del Disciplinare di gara”.

Quindi, la stazione appaltante ha specificato, ben prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte, che la previsione del limite del 30% integrava un mero refuso, emergente dalla disciplina di riferimento, sicché le opere di categoria OS 21 dovevano intendersi subappaltabili al 100%.

Ar.Co., nel presentare la domanda di partecipazione, ha allegato l’attestazione di qualificazione all’esecuzione di lavori pubblici rilasciata da CQOP SOA spa, ove sono elencate le categorie e le classifiche di qualificazione di cui dispone, tra le quali non è compresa la OS 21.

Ne consegue che Ar.Co. non è di per sé qualificata per la categoria ora indicata, né ha allegato e documentato che lo siano le quattro imprese consorziate per le quali ha dichiarato di partecipare alla gara.

In allegato alla domanda, Ar.Co. ha presentato la dichiarazione di subappalto, ove afferma “di riservarsi la facoltà di subappaltare o concedere in cottimo i seguenti lavori o parte di essi, come di seguito indicati, ai sensi di quanto previsto dall’art. 105, comma 4, lett. b) del d.l.gs 50/2016 e nei limiti

consentiti dalla legge (art. 105, comma 2, d.l.gs. 50/2016): ... lavorazioni rientranti nella categoria OS 21 nella quota del 30% dell'intera categoria”.

Nel contempo nel DGUE - parte IV dedicata ai criteri di selezione, Sezione C “capacità tecniche e professionali (art. 83, co. 1, lett. c del codice)” - Ar.Co. ha barrato la casella “sì” in risposta alla domanda “l'operatore economico è in possesso dei requisiti di cui al punto 7.3 del Disciplinare di gara?”, rinviando per l'identità della SOA, la data di rilascio e le categorie di qualificazione all'allegato 1, ossia alla certificazione SOA già richiamata.

Pertanto Ar.Co., pur non disponendo della SOA in categoria OS 21, ha dichiarato di possedere i requisiti di qualificazione, senza ulteriori precisazioni quanto alla necessità di avvalersi di altri soggetti o di ricorrere al subappalto qualificante; anzi, nella dichiarazione di subappalto si è solo riservata la facoltà di ricorrere all'istituto, senza esprimere alcuna necessità in ordine alla sua attivazione e, comunque, limitando la riserva al 30%.

Va ribadito che tali dichiarazioni, rilevanti ai fini della valutazione del possesso dei requisiti, sono state rese nonostante fosse intervenuto il chiarimento della stazione appaltante sulla subappaltabilità al 100% dei lavori in categoria OS 21.

In data 26 marzo 2021, nel corso della procedura, la Stazione appaltante ha rivolto ad Ar.Co. una richiesta di chiarimenti del seguente tenore: “nell'allegato 3 “Subappalto” al Documento di Gara Unico Europeo (DGUE), il concorrente dichiara di voler subappaltare le lavorazioni rientranti nell'appalto “nei limiti consentiti dalla legge”. Con riferimento, peraltro, alle lavorazioni rientranti nella categoria OS 21, specifica di voler subappaltare la quota del 30% dell'intera categoria. In considerazione di quanto specificato nella risposta ai quesiti n. 1 e 4 pubblicati in fase di gara, secondo cui la OS 21 è categoria SIOS subappaltabile al 100% in quanto di valore inferiore al 10% dell'importo dei lavori, il Seggio di gara ritiene necessario richiedere al concorrente di confermare la quota di subappalto dichiarata o se trattasi di refuso”.

Ar.Co. ha riscontrato la richiesta, confermando “l’intenzione di voler subappaltare le lavorazioni rientranti nell’appalto nei limiti consentiti dalla Legge” ed ha dichiarato che “la quota indicata nell’allegato 3 “Subappalto” al DGUE, in riferimento alle lavorazioni rientranti nella categoria OS21, trattasi di refuso, in quanto lo scrivente intende subappaltare interamente tale categoria (quota 100%), in quanto SIOS di valore inferiore al 10% dell’importo dei lavori, come previsto dalla normativa vigente ed altresì specificato nella risposta ai quesiti n. 1 e 4 pubblicati in fase di gara”.

Contestualmente Ar.Co. ha prodotto un nuovo DGUE, nel quale alla sezione C ha ribadito di essere in possesso dei requisiti di cui al punto 7.3 del disciplinare di gara, rinviando alla certificazione Soa, rimasta inalterata e, quindi, non comprensiva della categoria OS 21.

Quanto al subappalto, l’allegato 3 reca ancora la dichiarazione secondo la quale il Consorzio “intende riservarsi la facoltà di subappaltare o concedere in cottimo i seguenti lavori o parti di essi, come di seguito indicati, ai sensi di quanto previsto dall’art. 105, comma 4, lett. b) del D.Lgs. 50/2016 e nei limiti consentiti dalla Legge (art. 105, comma 2 D.Lgs. 50/2016)”, mentre in relazione alla percentuale da subappaltare per “lavorazioni rientranti nella categoria scorporabile OS21” dichiara per la prima volta la “quota 100%”.

2.2) Ar.Co. non dispone della certificazione SOA in categoria OS 21 e, pertanto, in mancanza dell’attivazione di altri istituti idonei a colmare la lacuna, come l’avalimento, è evidente che per le opere strutturali speciali avrebbe dovuto utilizzare il subappalto necessario.

Nessun dubbio sussiste in relazione al carattere speciale e a qualificazione obbligatoria delle opere di cui si tratta.

Il disciplinare le definisce espressamente come tali e ciò è coerente con il dato normativo, posto che l’art. 12 del d.l. n. 47 del 2014, convertito con legge n. 80 del 2014, dispone che “Si considerano strutture, impianti e opere speciali ai sensi dell’articolo 37, comma 11, del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, le opere corrispondenti alle categorie individuate

nell'allegato A del medesimo decreto con l'acronimo OG o OS di seguito elencate: ... OS 21 ...". La norma aggiunge che "non possono essere eseguite direttamente dall'affidatario in possesso della qualificazione per la sola categoria prevalente, se privo delle relative adeguate qualificazioni, le lavorazioni, indicate nel bando di gara o nell'avviso di gara o nella lettera di invito, di importo superiore ai limiti indicati dall'articolo 108, comma 3, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 5 maggio 2010, n. 207, relative alle categorie di opere generali individuate nell'allegato A al predetto decreto, nonché le categorie individuate nel medesimo allegato A con l'acronimo OS, di seguito elencate: ... OS 21 Le predette lavorazioni sono comunque subappaltabili ad imprese in possesso delle relative qualificazioni. Esse sono altresì scorporabili e sono indicate nei bandi di gara ai fini della costituzione di associazioni temporanee di tipo verticale".

Anche il D.M. 2016 n. 248 – ossia il regolamento recante l'individuazione delle opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica e dei requisiti di specializzazione richiesti per la loro esecuzione, ai sensi dell'articolo 89, comma 11, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 – richiamato dal disciplinare, qualifica le opere in categoria OS 21 come specialistiche, con assoggettamento alla relativa disciplina.

Parimenti, è pacifico che il vigente codice dei contratti pubblici consenta l'attivazione del subappalto necessario con riferimento alle opere specialistiche (nel caso di specie la categoria OS 21); sul punto la giurisprudenza ha già precisato, in modo del tutto condivisibile, che tale tipo di subappalto, previsto in vigore del d.l.vo n. 163/2006, è compatibile con la disciplina introdotta dal d.l.vo n. 50/2016.

Il subappalto necessario ha trovato regolamentazione nell'art. 109 del D.P.R. n. 207/2010 (Regolamento di esecuzione del previgente Codice dei contratti pubblici) e tale disciplina è stata abrogata e sostituita dall'art. 12, commi 1 e 2, del d.l. n. 47/2014. Lo stesso art. 12 è stato abrogato dall'art. 217 del D.Lgs.

n. 50/2016, a decorrere dalla data di entrata in vigore della novella, ma limitatamente ai commi 3, 5, 8, 9 e 11, sicché restano in vigore i primi due commi della norma, che disciplinano le categorie riguardanti opere speciali suscettibili di subappalto necessario in favore di imprese in possesso delle relative qualificazioni (cfr. *ex multis*, Tar Piemonte, sez. I, 17 gennaio 2018, n. 94; Consiglio di Stato, sez. V, 2 luglio 2018, n. 4036; Tar Calabria - Catanzaro, sez. I, 18 giugno 2020, n. 1108).

La ricorrente sostiene che Ar.Co. doveva essere esclusa per avere dichiarato di possedere i requisiti di qualificazione senza disporre della certificazione SOA in categoria OS 21 e senza neppure palesare la necessità di attivare altri istituti a tal fine, come l'avvalimento o il subappalto qualificante ed anzi riservandosi la mera facoltà di utilizzare il subappalto anche per la categoria OS 21, comunque nel limite del 30%.

In tale contesto, la richiesta di chiarimenti avanzata dalla stazione appaltante, cui è seguita la nuova dichiarazione di Ar.Co. di ricorrere per le opere OS 21 al subappalto nella misura del 100%, integrerebbe un'illegittima attivazione del soccorso istruttorio, che avrebbe condotto ad eludere la causa di esclusione correlata al difetto della specifica certificazione Soa.

Per contro, Aria e Ar.Co. riconducono l'intera questione ad un mero errore materiale commesso dall'aggiudicataria e indotto dalla stazione appaltante mediante l'erronea formulazione del disciplinare, che limitava al 30% la possibilità di ricorrere al subappalto per la categoria OS 21, errore cui si è rimediato solo in sede di chiarimenti.

Da ciò discenderebbe la legittima attivazione del soccorso istruttorio, in quanto teso a rimediare ad un mero errore dichiarativo immediatamente percepibile.

La tesi dell'errore materiale non è condivisibile alla luce del concreto svolgimento della procedura e del concreto tenore delle dichiarazioni rese da Ar.Co. in sede di partecipazione.

In primo luogo, è del tutto apodittica l'affermazione difensiva di Ar.Co. secondo cui, in conseguenza del chiarimento adottato dalla stazione appaltante, la società "si è trovata a dover modificare tutta la documentazione di gara già precedentemente predisposta" e, in tale concitazione, avrebbe ommesso di dichiarare la necessità di ricorrere al subappalto qualificante nella misura del 100%.

Si tratta di un'asserzione priva di qualsivoglia riscontro e non vale a soddisfare l'onere probatorio che, in base ai criteri generali posti dall'art. 2697 c.c., incombe su chi adduce la sussistenza di un mero errore materiale.

Del resto, il chiarimento è intervenuto prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte, sicché l'aggiudicataria era in condizione, come ogni altro concorrente, di effettuare le variazioni necessarie, né ha palesato alla stazione appaltante di avere bisogno di una dilazione temporale per la presentazione dell'offerta proprio a causa del chiarimento, dilazione che, per lo meno in linea generale, ben poteva essere disposta da Aria nel rispetto della *par condicio*.

Non solo, l'errore materiale è tale se immediatamente percepibile *ictu oculi*, ma ciò non si verifica nel caso di specie.

Occorre muovere dalla considerazione per cui l'attivazione del subappalto necessario, essendo correlata alla dimostrazione del possesso di un requisito di partecipazione richiesto a pena di esclusione, presuppone un'inequivoca e specifica dichiarazione di volontà da parte dell'operatore.

Va ribadito che, qualora sia privo del requisito di gara, il concorrente è tenuto a dare espressa indicazione della volontà di ricorrere a subappalto per qualificarsi (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 13 agosto 2020, n. 5030).

Tale dichiarazione è del tutto mancante nel caso in esame.

Ar.Co., lungi dal dichiarare l'esigenza di ricorrere al subappalto necessario, ha affermato di essere in possesso dei requisiti richiesti, rimandando al contenuto della certificazione SOA allegata al DGUE, dalla quale però emerge il difetto di qualificazione per le opere in categoria OS 21.

Quindi Ar.Co. ha dichiarato il possesso di un requisito di cui non disponeva, perché non ha palesato *ab origine* l'indefettibilità dell'attivazione del subappalto necessario.

Tale situazione non è la conseguenza del chiarimento reso da Aria, che ha solo puntualizzato la possibilità di subappaltare le lavorazioni speciali OS 21 al 100%, in coerenza con il dato normativo rilevante e non derogabile, palesando che l'erronea indicazione nel disciplinare del limite del 30% era dovuta ad un refuso.

Al di là del chiarimento, è la citata normativa che consente di attivare il subappalto al 100% per le opere in esame.

Non solo, l'aggiudicataria ha reso la dichiarazione di subappalto in termini di mera eventualità riservandosi "la facoltà di subappaltare", che è antitetica rispetto all'esigenza imprescindibile di attivare il subappalto qualificante.

Si sostiene che, siccome la certificazione SOA non attestava il possesso del requisito per la categoria OS 21, allora sarebbe implicito che la riserva di subappalto per le opere specialistiche andava intesa come riferita ad un subappalto necessario.

La tesi non può essere seguita, perché confligge in modo netto sia con l'esigenza che il possesso dei requisiti di partecipazione sia dichiarato in modo specifico, sia con il contenuto delle dichiarazioni rese.

Ar.Co., nella dichiarazione originaria, ha contenuto il subappalto per le opere OS 21 nel limite del 30% e ciò – anche a non voler considerare che l'attivazione del subappalto è stata prevista e dichiarata in termini di pura facoltà e non di necessità – non vale a coprire il possesso del requisito, perché presuppone che l'aggiudicataria esegua direttamente il 70% dei lavori, ma ciò non è possibile a causa della mancanza della specifica qualificazione SOA.

Tutto ciò non è la conseguenza del refuso contenuto nel disciplinare, in quanto il dato normativo rilevante prevede espressamente l'utilizzo del subappalto al 100%, al di là di quanto stabilito dalla *lex specialis*.

Del resto, la diligenza qualificata che connota l'azione dell'operatore di settore implica che egli conosca i limiti entro i quali può attivare il subappalto, specie qualora si tratti di opere specialistiche per le quali non dispone della necessaria certificazione SOA.

Ancora, si sostiene che il riferimento contenuto nella dichiarazione di subappalto "di riservarsi la volontà di subappaltare nei limiti consentiti dalla legge (articolo 105, comma 2, d.l.gs n. 50/2016)", implicherebbe la determinazione di attivare il subappalto nella misura massima consentita e, quindi, per le opere di categoria OS 21, per il 100%.

Neppure questa via interpretativa può essere condivisa.

L'art. 105 cit. non disciplina il subappalto necessario, ma stabilisce la quota massima subappaltabile, fissandola nel 40% del valore del contratto.

La dichiarazione resa da Ar.Co., nella parte in cui richiama l'art. 105, non è riferibile alle singole categorie di lavori, perché di esse non si occupa la norma; semplicemente specifica che la riserva di facoltativa attivazione del subappalto – come da tenore esplicito della dichiarazione – va riferita al 40% dei lavori complessivi, ossia alla quota massima prevista dalla disposizione.

Pertanto, il riferimento all'art. 105 non vale né ad integrare una dichiarazione di subappalto necessario, né a qualificare in termini di errore materiale percepibile *ictu oculi* la dichiarazione di possesso del requisito di qualificazione, nonostante il difetto della SOA, né a giustificare il riferimento al solo 30% per le opere OS 21.

Del resto, proprio la già ricordata esigenza di specificità della dichiarazione di subappalto qualificante, esclude che la dichiarazione generale inerente l'intenzione di subappaltare una parte dei lavori, ex art. 105 del d.l.vo 2016 n. 50, equivalga all'esplicitazione dell'intenzione di attivare il subappalto necessario per una certa categoria di lavori (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 13 agosto 2020, n. 5030).

Insomma, Ar.Co. nel dichiarare il possesso dei requisiti di partecipazione, pur essendo priva della SOA in categoria OS 21 ed omettendo ogni riferimento

alla volontà di attivare il subappalto necessario, ha reso affermazioni non aderenti alla realtà; affermazioni, non riducibili ad un mero errore materiale, di rilevanza solo dichiarativa, perché si innestano su una situazione di documentata carenza sostanziale del requisito di partecipazione.

Non si tratta di escludere in radice che le dichiarazioni sul possesso dei requisiti possano essere inficiate da errori materiali, ma ciò è configurabile in presenza di un errore meramente ostativo, percepibile *ictu oculi* e intervenuto in una situazione in cui l'operatore possiede i requisiti di partecipazione o rende una dichiarazione specifica sulla volontà di attivare gli istituti che consentono di supplire al difetto di essi.

A tale situazione non è riconducibile la fattispecie in esame, né sul piano fattuale, né su quello interpretativo, come già precisato.

Una volta escluso che la dichiarazione di Ar.Co. sul possesso dei requisiti, priva di ogni riferimento al subappalto necessario, sia la conseguenza di un errore materiale, si tratta di stabilire se la richiesta di chiarimenti avanzata dalla stazione appaltante ad Ar.Co., cui è seguita la modificazione della dichiarazione di subappalto, esprima un legittimo esercizio del potere di soccorso istruttorio.

L'art. 83, comma 9, del d.l.vo 2016 n. 50 delimita l'ambito di operatività dell'istituto, riferendolo alle "carenze di qualsiasi elemento formale della domanda".

La sua attivazione è legittima 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, ma "con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica".

Si precisa che "costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa".

Ora, la titolarità del requisito di partecipazione ed in particolare il possesso di una specifica certificazione SOA, necessaria per l'esecuzione di un parte delle

opere comprese nell'appalto – quelle in categoria OS 21 – integra un elemento che incide sul contenuto dell'offerta tecnica, perché la sua mancanza rende impossibile l'effettiva esecuzione di quanto offerto.

Se il concorrente non possiede di per sé un determinato requisito e non esplicita la volontà di avvalersi di uno degli strumenti utilizzabili per colmare questa lacuna, si configura una situazione di sostanziale mancanza del requisito di partecipazione, che incide direttamente sull'offerta presentata, rendendola non solo inaffidabile, ma prima ancora impossibile nella sua concreta esecuzione.

Si verte proprio in una delle situazioni in cui l'art. 83 cit. esclude l'attivabilità del soccorso istruttorio, perché non si tratta di colmare la carenza di un elemento formale della domanda, ma di incidere sul contenuto sostanziale della domanda stessa.

In tal modo si è già espressa la giurisprudenza, affermando che l'operatività del soccorso istruttorio deve escludersi allorquando non si tratta di integrare tardivamente una documentazione che doveva essere acquisita con la domanda di partecipazione, o di accertare la sussistenza di un requisito di partecipazione effettivamente posseduto dalla concorrente al momento della scadenza del termine di presentazione delle offerte, bensì di integrare un requisito di qualificazione mancante (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 2 luglio 2018, n. 4036; Consiglio di Stato, 15 febbraio 2021, n. 1308; Tar Lombardia Milano, sez. I, 3 settembre 2021, n. 1965).

La Stazione appaltante ha illegittimamente attivato il soccorso istruttorio in una situazione di sostanziale mancanza di un requisito di partecipazione, tanto che solo all'esito di esso l'aggiudicataria ha palesato l'intenzione di attivare - seppure con una dichiarazione tutt'altro che perspicua, come già messo in luce - il subappalto al 100% per le opere in categoria OS 21, così riferendosi ad un istituto che le consente di dotarsi *aliunde* del requisito mancante.

Il *modus operandi* dell'amministrazione, oltre ad esorbitare dai limiti entro i quali l'art. 83 del codice dei contratti pubblici racchiude la legittima

attivazione della procedura di soccorso istruttorio, contrasta con i principi di *par condicio* e di divieto di disparità di trattamento tra i concorrenti.

Per effetto del soccorso istruttorio, infatti, Ar.Co. è stata posta in condizione di rimediare *ex post* ad una sostanziale carenza di un requisito di partecipazione, che ne doveva, invece, provocare l'esclusione dalla procedura e così conseguendo un vantaggio incompatibile con i principi citati.

Va, pertanto, ribadita la fondatezza delle censure proposte con il ricorso principale e con il ricorso per motivi aggiunti.

La documentazione versata in atti non evidenzia l'avvenuta stipulazione del contratto, sicché non sussistono i presupposti per pronunciare sulla richiesta di dichiarazione di inefficacia e di subentro nella gestione del rapporto.

3) In definitiva, le impugnazioni proposte sono fondate e devono essere accolte.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima) definitivamente pronunciando:

- 1) accoglie il ricorso principale e il ricorso per motivi aggiunti e per l'effetto annulla il provvedimento di aggiudicazione impugnato;
- 2) condanna l'Azienda regionale per l'innovazione e gli acquisti - Aria S.p.A. e Ar.Co. Lavori Società Cooperativa Consortile, in solido tra loro e in parti uguali, al pagamento delle spese di lite, liquidandole in euro 8.000,00 (ottomila), oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 3 novembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Mauro Gatti, Consigliere

Fabrizio Fornataro, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Fabrizio Fornataro

IL PRESIDENTE
Domenico Giordano

IL SEGRETARIO