

Pubblicato il 05/05/2020

N. 00951/2020 REG.PROV.COLL.
N. 02045/2019 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 Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2045 del 2019, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Trinacria Ambiente e Tecnologie S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Silvano Martella, con domicilio fisico eletto presso il suo studio in Messina, Via San Giovanni Bosco, n. 30 e con domicilio digitale *ex lege* come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Invitalia - Agenzia Nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Nunzio Pinelli, con domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avvocato Claudio Chines in Catania alla Via Etnea n. 688;

nei confronti

Consorzio Nazionale Cooperative di Produzione e Lavoro "Ciro Menotti" Soc. Coop. P.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Maria Paola Roulet e Rosario Scalise, con domicilio digitale *ex lege* come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento, previa sospensiva,

- - per quanto riguarda il ricorso introduttivo del giudizio:
- della determina del 4.12.2019 di Invitalia spa con la quale si procede all'annullamento in autotutela del proprio provvedimento n. 126696 del 4.10.2019;
- nonché degli atti consequenziali ivi compresi il provvedimento non conosciuto di aggiudicazione in favore della controinteressata dei lavori già aggiudicati alla ricorrente e ove occorra di tutti gli altri atti presupposti e/o consequenziali all'aggiudicazione ad oggi non conosciuti e per la declaratoria di inefficacia e/o di nullità del contratto d'appalto ove nelle more stipulato; con riserva di azione per il risarcimento dei danni;
- - per quanto riguarda i motivi aggiunti depositati da Trinacria Ambiente e Tecnologie S.r.l. il 21 febbraio 2020, per confermare la richiesta di annullamento:

del provvedimento di aggiudicazione, in favore della controinteressata in luogo della ricorrente, dei "*Lavori di completamento, ammodernamento e adeguamento del depuratore consortile S. Agata Militello – Acquedolci?*" – Intervento ID33405 Delibera CIPE n. 60/2012 (comunicato con atto prot. 0020120 del 10/02/2020 firmato il 7.02.2020).

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Invitalia - Agenzia Nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa S.p.a. e di Consorzio Nazionale Cooperative di Produzione e Lavoro "Ciro Menotti" Soc. Coop. P.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Visto l'art. 84 del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18;

Vista la nota del Presidente del Consiglio di Stato prot. int. 1454 del 19 marzo 2020;

Vista la nota del Presidente del Consiglio di Stato prot. n. 7400 del 20 aprile 2020;

Visto il decreto del Presidente del T.A.R. per la Sicilia, sezione staccata di Catania, n. 22 del 23 marzo 2020;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 aprile 2020 il dott. Giovanni Giuseppe Antonio Dato e trattenuta la causa in decisione ai sensi dell'art. 84, comma 5, del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La società ricorrente rappresenta di aver partecipato, quale capogruppo mandataria di costituendo raggruppamento con la ditta Bello Francesco, mandante - in riscontro alla determina di Invitalia n. 94 prot. del 18 giugno 2019 e del correlato bando (GURI n. 74 il 26 giugno 2019) - alla gara per l'affidamento dei "*Lavori di completamento, ammodernamento e adeguamento del depuratore consortile Sant'Agata Militello - Acquedolci*" - Intervento ID33405 Delibera CIPE n. 60/2012.

Espone la deducente, inoltre, che il raggruppamento in questione è risultato primo classificato con un ribasso percentuale offerto del 24,13330% e che a seguito dell'esito positivo del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, lo stesso raggruppamento è stato destinatario del provvedimento di aggiudicazione definitiva prot. n. 126696 del 4 ottobre 2019.

Precisa la società ricorrente di aver partecipato alla gara in questione in quanto beneficiaria dell'attestazione SOA quale capogruppo mandataria preposta all'intero svolgimento delle lavorazioni ricomprese nella categoria prevalente OS22, classifica IV bis, prevista dal bando, ma che, all'esito della successiva verifica triennale, in data 22 ottobre 2019, la stessa ha subito una riduzione del valore dell'attestazione conseguendo la minore classifica III bis giusta nuova attestazione SOA.

Per l'effetto, il RUP, con nota prot. n. 151585 dell'8 novembre 2019, ha proposto l'avvio del procedimento di annullamento in autotutela del sopra

richiamato provvedimento di aggiudicazione prot. n. 126696 del 4 ottobre 2019 per carenza del requisito di qualificazione prescritto.

La parte ricorrente espone che con memoria del 20 novembre 2019 ha rilevato un doppio ed autonomo ordine di ragioni per la quale la diminuzione del requisito non valeva a determinare l'automatica revoca dell'aggiudicazione come minacciata dalla stazione appaltante; tuttavia, con l'avversato provvedimento del 4 dicembre 2019 la stazione appaltante si è determinata ad annullare in autotutela il provvedimento di aggiudicazione prot. n. 126696 del 4 ottobre 2019, nonché ad escludere dalle successive fasi della procedura di gara il raggruppamento costituendo *“stante la violazione degli articoli 83, co. 2 e 216, co. 14, del Codice dei Contratti, nonché degli articoli 7 e 12.2 del disciplinare di gara”*.

Con ricorso notificato in data 17 dicembre 2019 e depositato in data 19 dicembre 2019 Trinacria Ambiente e Tecnologie S.r.l. ha dunque proposto le domande in epigrafe.

1.1. Si sono costituite in giudizio Invitalia - Agenzia Nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa S.p.a. e Consorzio Nazionale Cooperative di Produzione e Lavoro *“Ciro Menotti”* Soc. Coop. P.A., contrastando le domande di parte ricorrente.

1.2. Con ordinanza 21 gennaio 2020, n. 25 è stata respinta la domanda cautelare.

1.3. Con ricorso per motivi aggiunti, notificato e depositato in data 21 febbraio 2020, Trinacria Ambiente e Tecnologie S.r.l. ha confermato la domanda di annullamento del provvedimento di aggiudicazione, in favore della parte controinteressata in luogo della ricorrente, dei *“Lavori di completamento, ammodernamento e adeguamento del depuratore consortile S. Agata Militello – Acquedolci”* – Intervento ID33405 Delibera CIPE n. 60/2012, comunicato con atto prot. 0020120 del 10 febbraio 2020 firmato il 7 febbraio 2020.

1.4. L'udienza pubblica per la trattazione di merito del ricorso, in origine fissata per il giorno 12 marzo 2020, è stata rinviata d'ufficio *ex art. 3* del decreto legge 8 marzo 2020, n. 11.

1.5. Con note depositate in data 20 aprile 2020 la parte ricorrente, ai sensi dell'art. 84 del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18, ha manifestato la propria volontà alla trattazione della causa all'udienza pubblica del 23 aprile 2020 in assenza di discussione orale, insistendo per l'accoglimento del ricorso.

1.6. All'udienza pubblica del 23 aprile 2020, come da verbale, ai sensi dell'art. 84, comma 5, del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Con il primo motivo di gravame introduttivo la società ricorrente ha dedotto i vizi di *Violazione degli artt. 3 e 97 Costituzione, art. 63 Direttiva 24/2014/CE, artt. 80, 83 e 89, co. 3, D.Lgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii., dell'art. III. 1.2.. - Eccesso di potere. Illogicità manifesta. - Violazione art. 13 del disciplinare di gara. Questione di legittimità costituzionale dell'art. 89, co. 3, D.Lgs. n. 50/2016 in relazione agli artt. 3, 76 e 77 Costituzione. Questione di interpretazione pregiudiziale dell'art. 63 Direttiva 24/2014/UE"*; con il primo motivo del ricorso per motivi aggiunti l'esponente ha dedotto i vizi di *Violazione della Direttiva 2004/18/CE (artt. 47 e 48). - Eccesso di potere. Illogicità manifesta. - Violazione di legge (art. 83 D.Lgs. n.50/2016 e ss.mm.ii.). - Violazione art. 13 del disciplinare di gara.*

In sintesi, afferma la deducente che la piccola parte del requisito venuto a mancare in capo all'ATI in data 22 ottobre 2019, in ragione della riduzione del valore della nuova attestazione SOA rispetto a quella valida ed efficace al momento della presentazione dell'offerta, è appieno integrabile con la stipula di un nuovo contratto di avvalimento.

Secondo l'esponente, invero, deve essere rivisto il granitico insegnamento della giurisprudenza precedente l'ultima novella legislativa per la quale il requisito venuto meno successivamente alla conclusione della fase di

aggiudicazione valeva, comunque, a determinare la conclusione del rapporto e/o la risoluzione del contratto.

Dopo aver richiamato la disciplina dell'art. 89, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016 nonché dell'art. 13 del disciplinare di gara, l'esponente ha osservato che le previsioni attualmente in vigore consentono ed anzi impongono la sostituzione dell'ausiliaria priva dei requisiti e che non può affermarsi che la mera riduzione della categoria SOA intervenuta in corso di rapporto non possa essere integrata con un nuovo contratto di avvalimento atto a garantire la P.A. sul pieno possesso dei requisiti richiesti.

Secondo la società ricorrente è di tutta evidenza l'assoluta illogicità dell'ipotesi che vede un concorrente affatto privo del requisito sin dall'inizio, ma ammesso alla procedura di gara in ragione di un avvalimento, poter sostituire l'ausiliario che perde, anche integralmente, il requisito necessario per la partecipazione, mentre lo stesso concorrente, già titolare in proprio del requisito stesso, non poterlo affatto integrare nemmeno per la piccola parte che viene meno in corso di esecuzione.

Per l'effetto la società ricorrente ha chiesto al Tribunale adito, prescindendo dal dato letterale della norma emarginata, di valutare la generale portata innovativa della norma e la grave iniquità ed irrazionalità del provvedimento impugnato che la disconosce.

Ciò pena la patente violazione – argomenta la deducente - anche delle norme costituzionali sopra calendate.

Si realizzerebbe, conclude l'esponente, una affatto ingiustificata (oltre che irrazionale) disparità di trattamento a tutto danno dei soggetti maggiormente qualificati.

La società ricorrente ha ulteriormente argomentato in ordine alle proprie doglianze nelle memorie versate in giudizio.

Invitalia - Agenzia Nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa S.p.a. e Consorzio Nazionale Cooperative di Produzione e Lavoro

"Ciro Menotti" Soc. Coop. P.A. hanno contrastato le argomentazioni articolate dalla società ricorrente.

1.1. Il motivo è infondato.

Occorre premettere, in punto di fatto, che la partecipazione del RTI Trinacria Ambiente & Tecnologie S.r.l. e Bello Francesco alla gara *de qua* è avvenuta senza "ausilio" (*id est*, senza ricorrere all'avvalimento dei requisiti) di altro operatore economico.

Merita di essere quindi evidenziato che secondo l'insegnamento dell'Adunanza Plenaria (Cons. Stato, Ad. Plen., 20 luglio 2015, n. 8) – insegnamento dal quale il Collegio non intende discostarsi – *“nelle gare di appalto per l’aggiudicazione di contratti pubblici i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di 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”* (cfr., più di recente, Cons. Stato, sez. V, 17 marzo 2020, n. 1918; T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 9 marzo 2020, n. 1053; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I quater, 14 gennaio 2020, n. 386).

Nel caso che occupa, la società ricorrente - beneficiaria dell'attestazione SOA "n. 93201/7/00" - all'esito della verifica triennale, in data 22 ottobre 2019 (e, dunque, successivamente al provvedimento di aggiudicazione prot. n. 126696 del 4 ottobre 2019), ha subito una riduzione del valore dell'attestazione conseguendo la minore classifica III bis giusta nuova attestazione SOA "n. 95055/7/00".

Sul punto appare utile il richiamo al consolidato orientamento giurisprudenziale secondo il quale la valenza costitutiva della certificazione rilasciata da una SOA va correlata con lo scopo che la funzione di certificazione persegue, cioè l'attestazione che l'impresa possiede determinati requisiti soggettivi per eseguire opere pubbliche di un certo importo e che li mantiene nel corso di validità del periodo di vigenza della relativa

certificazione; pertanto, il rinnovo, così come la verifica, di una SOA hanno *effetti solutori* della validità della stessa solo nel caso in cui venga accertata la perdita dei requisiti di qualificazione posseduti dall'impresa al momento del rilascio della prima attestazione. Ciò vale anche per il periodo intertemporale tra due certificazioni SOA: il rilascio di un nuovo attestato SOA, in fatto, certifica non solo la sussistenza dei requisiti di capacità da un data ad un'altra, ma anche che l'impresa non solo non ha mai perso quei requisiti in passato già valutati e certificati positivamente ma che, indubitabilmente, li ha mantenuti anche nel periodo di rilascio della nuova certificazione (cfr. T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 5 maggio 2017, n. 1008).

Alla luce di quanto appena evidenziato deve concludersi per il mancato rispetto, nella vicenda in esame, del c.d. *principio di continuità nel possesso dei requisiti di qualificazione*, principio che si impone “*non in virtù di un astratto e vacuo formalismo procedimentale, quanto piuttosto a garanzia della permanenza della serietà dell'impresa di presentare un'offerta credibile e, dunque, della sicurezza per la stazione appaltante dell'instaurazione di un rapporto con un soggetto che, dalla candidatura in sede di gara fino alla stipula del contratto e poi ancora fino all'adempimento dell'obbligazione contrattuale, sia provvisto di tutti i requisiti di ordine generale e speciale per contrattare con la P.A.*” (cfr. Cons. Stato, sez. V, 15 gennaio 2019, n. 374).

Ciò premesso, va ora osservato che l'art. 89, comma 3, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 stabilisce che “*La stazione appaltante verifica, conformemente agli articoli 85, 86 e 88, se i soggetti della cui capacità l'operatore economico intende avvalersi, soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione ai sensi dell'articolo 80. Essa impone all'operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione. Nel bando di gara possono essere altresì indicati i casi in cui l'operatore economico deve sostituire un soggetto per il quale sussistono motivi non obbligatori di esclusione, purché si tratti di requisiti tecnici*”.

La disposizione *de qua* recepisce la previsione dell'art. 63 (*Affidamento sulle capacità di altri soggetti*) della direttiva 24/2014/UE del Parlamento europeo e

del Consiglio del 26 febbraio 2014 (*«L'amministrazione aggiudicatrice verifica, conformemente agli articoli 59, 60 e 61, se i soggetti sulla cui capacità l'operatore economico intende fare affidamento soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione ai sensi dell'articolo 57. L'amministrazione aggiudicatrice impone che l'operatore economico sostituisca un soggetto che non soddisfa un pertinente criterio di selezione o per il quale sussistono motivi obbligatori di esclusione. L'amministrazione aggiudicatrice può imporre o essere obbligata dallo Stato membro a imporre che l'operatore economico sostituisca un soggetto per il quale sussistono motivi non obbligatori di esclusione»*), con ampliamento dell'ambito di operatività a tutti i motivi di esclusione dell'art. 80 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (cfr., *ex plurimis*, T.A.R. Basilicata, sez. I, 14 marzo 2020, n. 194).

Ciò chiarito, sul carattere *“innovativo”* dell'istituto della sostituzione del terzo ausiliario, si è soffermata la giurisprudenza, domestica ed eurounitaria (cfr. Cons. Stato, sez. III, 25 novembre 2015, n. 5359, che ha evidenziato come lo stesso fosse *“sconosciuto sia alla normativa nazionale che a quella europea”*, e Corte di Giustizia UE, sez. I, 14 settembre 2017, C-223/16, Casertana costruzioni s.r.l., secondo la quale *“l'articolo 63 [...] apporta modifiche sostanziali per quanto concerne il diritto degli operatori economici di fare affidamento sulle capacità di altri soggetti nell'ambito di un appalto pubblico”* e *“introduce nuove condizioni che non erano previste nel precedente regime giuridico”*).

Più di recente sull'*innovatività* della previsione in esame è tornata la giurisprudenza domestica (cfr. Cons. Stato, sez. III, ord. 20 marzo 2020, n. 2005, che ha dubitato del contrasto dell'art. 89, comma 1, quarto periodo, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 con i principi e le regole di cui al cit. art. 63 della direttiva 2014/24/UE e della compatibilità della disposizione nazionale con i principi concorrenziali di cui agli artt. 49 e 56 del TFUE), ricordando come sotto la vigenza del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 la modificazione soggettiva dell'offerta era consentita solo nel caso di raggruppamento temporaneo di imprese, per i motivi ivi previsti (art. 37,

comma 19, decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163) e solamente nella fase di esecuzione del contratto.

E' stato osservato, inoltre, che la *“sostituzione dell'ausiliaria durante la procedura è istituto patentemente derogatorio al principio dell'immodificabilità soggettiva del concorrente nel corso della procedura (nonché di coloro di cui intende avvalersi: e, per questa via, della stessa offerta), rispondendo all'esigenza, stimata superiore, di evitare l'esclusione dell'operatore per ragioni a lui non direttamente riconducibili e, in questo modo, sia pure indirettamente, stimolare il ricorso all'avvalimento: il concorrente, infatti, può far conto sul fatto che, nel caso in cui l'ausiliaria non presenti i requisiti richiesti, potrà procedere alla sua sostituzione e non sarà, per solo questo fatto, escluso”* (cfr. Cons. Stato, sez. V, 26 aprile 2018, n. 2527; T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 27 dicembre 2019, n. 2272).

Orbene, alla luce dei su esposti principi va esclusa la fondatezza del motivo di ricorso in esame.

Nel caso che occupa, invero, il più volte citato art. 89, comma 3, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 non può trovare diretta applicazione in quanto, lo si ribadisce, il costituendo RTI Trinacria Ambiente & Tecnologie S.r.l. e Bello Francesco non è ricorso all'avvalimento (dei requisiti di partecipazione *di altro* operatore economico) nella procedura di gara in questione: difetta, dunque, il principale presupposto per l'operatività del meccanismo sostitutorio descritto dall'anzidetta previsione normativa.

Inoltre, non è possibile estendere la previsione in esame alla fattispecie che occupa (caratterizzata, è bene ribadirlo, dalla perdita del requisito in capo alla concorrente Trinacria Ambiente & Tecnologie S.r.l., capogruppo mandataria del costituendo raggruppamento), in quanto essendo – come sopra anticipato – la sostituzione dell'ausiliaria *“istituto patentemente derogatorio”* al principio *dell'immodificabilità soggettiva del concorrente* nel corso della procedura, la relativa previsione normativa deve intendersi di stretta interpretazione e non può essere traslata ad ipotesi da essa non direttamente regolate.

Ritiene il Collegio, inoltre, che la profonda differenza delle situazioni poste a raffronto dalla parte ricorrente - difetto del requisito in capo all'operatore economico concorrente ovvero in capo all'impresa ausiliaria - escluda ogni ipotesi di disparità di trattamento.

La non irragionevole diversa regolamentazione di situazioni differenti sottrae la normativa vigente ai dubbi di ortodossia costituzionale ipotizzati dall'esponente: si deve ribadire, invero, che l'art. 89, comma 3, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 risponde all'esigenza di evitare l'esclusione dell'operatore per ragioni a *lui non direttamente* riconducibili (stimolando, seppur di riflesso, il ricorso all'avvalimento), consentendo, ove l'ausiliaria non presenti i requisiti richiesti, di procedere alla sua sostituzione ed evitare l'esclusione (arg. *ex* Cons. Stato, sez. V, 21 febbraio 2018, n. 1001), mentre il difetto (originario o sopravvenuto) dei requisiti di partecipazione (direttamente) in capo all'operatore economico concorrente è ragione (di esclusione) allo stesso operatore riconducibile.

Quanto alla compatibilità eurounitaria della disciplina *de qua*, si deve osservare che l'art. 83, comma 9, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 costituisce trasposizione della previsione di cui all'art. 63 della direttiva 24/2014/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014.

Infine, non appare conferente il richiamo operato dalla società ricorrente (cfr. pag. 4 della memoria depositata in data 31 gennaio 2020) alle previsioni racchiuse nell'art. 48 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 in punto di modificazioni soggettive del RTI, non solo in quanto nella vicenda in esame non viene in rilievo la questione della "sostituzione" di un componente del RTI, ma soprattutto in ragione del fatto che i commi 17 e 18 del cit. art. 48 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 costituiscono ipotesi derogatorie "*alla regola generale dell'immodificabilità del raggruppamento temporaneo rispetto alla composizione risultante dall'impegno presentato in sede di offerta*" (cfr. Cons. Stato, sez. III, 2 aprile 2020, n. 2245).

2. Con il secondo motivo di gravame (introduttivo e per motivi aggiunti) la società ricorrente deduce i vizi di *Violazione di legge (artt. 83 e 105 D.lgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii. – art. 92 DPR n. 207/2010) - Violazione dell'art. 18 del disciplinare di gara.*

In sintesi, secondo la deducente, con la nota impugnata la stazione appaltante ha ritenuto - implicitamente (in ragione della totale assenza di motivazione sul punto) - che i requisiti del subappaltatore non potessero valere ad integrare quelli del concorrente.

Dopo aver richiamato la previsione dell'art. 18 del disciplinare di gara, la società ricorrente ha evidenziato che proprio in ottemperanza a tale disposizione, già in sede di offerta, ha dichiarato di subappaltare il 40% delle lavorazioni rientranti nella categoria OS22 a soggetto qualificato nella categoria, precisazione svolta anche in ottemperanza alla puntuale prescrizione dell'ultimo comma dell'art. 11 del disciplinare di gara; nello specifico l'ATI intendeva affidare la correlata quota di lavorazioni al Consorzio Stabile Grandi Opere S.c.a.r.l., già in possesso della attestazione SOA, comprensiva della iscrizione per la categoria OS 22 ctg V^ con la quale, già all'indomani dell'aggiudicazione aveva stipulato contratto di subappalto.

Al riguardo - osserva la ricorrente - l'art. 92 del d.P.R. n. 207/2010 consente l'integrazione dei requisiti mancanti mediante ricorso al subappalto e, per altro verso, la nuova formulazione dell'art. 105 del D.lgs. n. 50/2016 non impone più l'indicazione del nome del subappaltatore già al momento della presentazione dell'offerta; inoltre, già con la nota illustrativa al Bando-tipo n. 1 l'ANAC ha dato appieno atto del diverso orientamento espresso sul tema dal Consiglio di Stato con il parere n. 2286/2016, che – in termini di compatibilità con il contenuto delle direttive comunitarie – riteneva sufficiente ad evitare l'esclusione del concorrente il fatto che almeno uno dei subappaltatori avesse i requisiti e fosse qualificato per eseguire la prestazione. Ciò premesso, osserva la ricorrente, il fatto che al momento della presentazione dell'offerta il subappaltatore non avesse necessità di prestare il

requisito al concorrente-appaltatore (affrancandosi dalla necessità della sua indicazione preventiva per effetto della disciplina derivata dal c.d. “Sblocca cantieri”) non esclude il fatto che questa esigenza si manifesti in un momento successivo e che l’opzione possa sempre essere esercitata (sempre nel pieno rispetto di quegli stessi incumbenti prima imposti).

Resta comunque fermo, secondo la ricorrente, che per effetto del già dichiarato subappalto (in sede di offerta originaria), l’ATI, con riguardo alle lavorazioni di cui alla categoria OS 22, doveva eseguire solo il 60% dell’importo, mentre il restante 40% doveva essere eseguito dal subappaltatore (autonomamente dotato del richiesto requisito, come prescritto dal bando e come documentato).

Per l’esecuzione del 60% è ampiamente sufficiente anche la nuova attestazione SOA con la categoria III bis oggi posseduta, mentre per l’esecuzione del restante 40% la stazione appaltante avrebbe comunque dovuto verificare i requisiti del subappaltatore dopo l’aggiudicazione.

La società ricorrente ha ulteriormente argomentato in ordine alla proprie doglianze nelle memorie versate in giudizio.

Invitalia S.p.a. e Consorzio Nazionale Cooperative di Produzione e Lavoro “Ciro Menotti” Soc. Coop. P.A. hanno contrastato le argomentazioni articolate dalla società ricorrente.

2.1. Il motivo è infondato.

Trinacria Ambiente & Tecnologie S.r.l. e Bello Francesco, in relazione alla procedura di gara oggetto di contestazione, hanno inteso dar vita ad un (costituendo) raggruppamento di tipo *verticale* (come si ricava dalla dichiarazione di impegno irrevocabile alla costituzione di associazione temporanea di imprese datata 22 luglio 2019, depositata in giudizio dalla parte controinteressata in data 14 gennaio 2020).

E’ noto che tale tipologia di raggruppamento è caratterizzata dalla *disomogeneità* e *differenziazione* delle capacità e dei requisiti posseduti dai componenti del raggruppamento medesimo, portatori di *competenze distinte e differenti*, che

vengono riunite ai fini della qualificazione per una determinata gara (cfr. Cons. Stato, sez. III, 21 gennaio 2019, n. 519; T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. I, 27 febbraio 2020, n. 177; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II ter, 24 dicembre 2019, n. 14851).

In punto di fatto va osservato che la quota assunta dalla odierna ricorrente, capogruppo mandataria del costituendo raggruppamento, in relazione alla categoria prevalente OS 22 era pari al 100% (cfr. la sopra richiamata dichiarazione datata 22 luglio 2019).

Il disciplinare di gara prevede (cfr. pag. 15) che *“A pena di esclusione, ai sensi del combinato disposto dell’articolo 83, co. 2, e 216, co. 14, del Codice dei Contratti, l’operatore economico dovrà possedere l’attestazione di qualificazione rilasciata da una SOA, regolarmente autorizzata, in corso di validità, per l’esecuzione delle prestazioni di costruzione nelle categorie e nelle classifiche adeguate nelle seguenti lavorazioni, ai sensi dell’articolo 61 del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 e in conformità all’allegato «A» al citato D.P.R. n. 207/2010: 1. Categoria OS22 - Impianti di potabilizzazione e depurazione, nella classifica IV bis, il cui importo ammonta a € 2.922.216,65 [...]»* e (cfr. pag. 20) che *«A pena di esclusione, ai sensi del combinato disposto degli articoli 48, co. 1, 83, co. 2, e 216, co. 14, del Codice dei Contratti, in caso di R.T.I., di consorzi ordinari e di G.E.I.E., di tipo verticale, i requisiti di capacità economica e finanziaria e di capacità tecnica e professionale devono essere posseduti, ai sensi dell’articolo 92, co. 3, del D.P.R. n. 207/2010, dalla mandataria nella categoria prevalente, mentre nelle categorie scorporabili ciascuna mandante possiede i requisiti previsti per l’importo dei lavori della categoria che intende assumere e nella misura indicata per l’impresa singola. I requisiti relativi alle lavorazioni scorporabili non assunte dalle mandanti sono posseduti dalla mandataria con riferimento alla categoria prevalente. L’impresa mandataria o la consorziata capofila, esecutrice della categoria prevalente, in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura percentuale superiore rispetto alle mandanti esecutrici delle categorie scorporabili»*.

Il sopra richiamato art. 92 del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207 stabilisce che *«Per i raggruppamenti temporanei [...] di*

tipo verticale, i requisiti di qualificazione economico-finanziari e tecnico-organizzativi sono posseduti dalla mandataria nella categoria prevalente; nelle categorie scorporate ciascuna mandante possiede i requisiti previsti per l'importo dei lavori della categoria che intende assumere e nella misura indicata per l'impresa singola. I requisiti relativi alle lavorazioni scorporabili non assunte dalle mandanti sono posseduti dalla mandataria con riferimento alla categoria prevalente>> (comma 3).

Ciò premesso, il motivo di ricorso in esame è incentrato sulla figura del “subappalto” e sulla affermata integrabilità, ai sensi dell’art. 92 del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207, dei requisiti mancanti mediante ricorso al subappalto (in particolare, afferma la parte ricorrente, risultando per l’esecuzione del 60% lavorazioni di cui alla categoria OS 22 sufficiente la nuova attestazione SOA con la categoria III bis oggi dalla stessa posseduta, mentre il restante 40% doveva essere eseguito dal subappaltatore, autonomamente dotato del richiesto requisito).

Sul punto merita di essere evidenziato che l’istituto del subappalto, nell’ambito della contrattualistica pubblica, assume particolari connotazioni di accessorietà rispetto al corrispondente modello civilistico, essendo destinato ad avere primaria rilevanza nella sola fase di esecuzione; il tipo contrattuale generale è stato poi arricchito dalla figura del c.d. subappalto necessario, figura ricorrente tutte le volte in cui il concorrente, privo di alcuni requisiti, faccia ricorso al subcontratto al fine di imputare al subaffidatario il possesso di tutto quanto non rientri nella sua disponibilità: ne è conseguita la natura *polivalente* dell’istituto, di cui ferma restando la sua collocazione in fase di esecuzione, non può essere trascurata anche un’incidenza in chiave partecipativa (cfr. T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 3 giugno 2019, n. 144; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 1 marzo 2018, n. 1336).

In particolare, la figura del subappalto c.d. “necessario” è stata efficacemente ricostruita dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sentenza 2 novembre 2015, n. 9) e la tesi della validità di tale istituto anche in costanza

del “nuovo” codice dei contratti è stata affermata in numerose pronunce (cfr., *ex plurimis*, T.A.R. Lazio, Roma, sez. II bis, 6 marzo 2019, n. 3023).

Tutto ciò premesso, va osservato che l'infondatezza del motivo in esame riposa nella circostanza che l'istituto del c.d. “subappalto necessario” riguarda l'ipotesi in cui il concorrente debba ricorrere al subappalto al fine di conseguire un'adeguata qualificazione per le categorie scorporabili “*ma non può essere certamente invocato al fine di supplire la carenza di adeguata qualificazione nell'ambito della categoria prevalente*” (cfr. Cons. Stato, sez. V, 21 aprile 2016, n. 1597).

Nel caso in esame, giova ribadirlo, la società ricorrente Trinacria Ambiente & Tecnologie S.r.l., preposta all'intero svolgimento delle lavorazioni ricomprese nella *categoria prevalente* OS22 classifica IV bis, ha subito, all'esito della verifica triennale, la riduzione del valore dell'attestazione conseguendo la minore classifica III bis, donde l'infondatezza della censura.

3. In conclusione, il ricorso e i motivi aggiunti devono essere respinti in ogni domanda, ivi compresa quella di declaratoria di inefficacia e/o di nullità del contratto d'appalto, posto che la declaratoria di inefficacia del contratto può essere disposta - *ex artt. 121 e 122 cod. proc. amm.* - soltanto all'esito dell'annullamento dell'aggiudicazione.

4. Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, sezione staccata di Catania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li respinge in ogni domanda.

Condanna la ricorrente Trinacria Ambiente e Tecnologie S.r.l. al pagamento delle spese di giudizio che liquida in Euro 1.000,00 (€ mille/00), oltre accessori di legge, nei confronti di Invitalia - Agenzia Nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa S.p.a. e in Euro 1.000,00 (€ mille/00), oltre accessori di legge, nei confronti di Consorzio Nazionale Cooperative di Produzione e Lavoro “Ciro Menotti” Soc. Coop. P.A..

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 23 aprile 2020, tramite collegamento simultaneo da remoto in videoconferenza, secondo quanto disposto dall'art. 84, comma 6, del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18, con l'intervento dei magistrati:

Pancrazio Maria Savasta, Presidente

Giuseppe La Greca, Consigliere

Giovanni Giuseppe Antonio Dato, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Giovanni Giuseppe Antonio Dato

IL PRESIDENTE

Pancrazio Maria Savasta

IL SEGRETARIO