

Pubblicato il 17/03/2020

N. 00640/2020 REG.PROV.COLL.

N. 00654/2019 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 Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 654 del 2019, proposto da Consorzio “OMISSIS”, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall’avvocato Giovanni Vittorio Nardelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

- Ministero dell’economia e delle finanze, Commissario straordinario unico acque reflue ex d.p.c.m. 26 aprile 2017 e Presidenza del Consiglio dei Ministri, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall’Avvocatura Distrettuale dello Stato di Palermo, presso i cui uffici in via Valerio Villareale, n. 6, sono domiciliati per legge;
- Agenzia nazionale per l’attrazione degli investimenti e lo sviluppo d’impresa s.p.a.
- Invitalia, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall’avvocato Nunzio Pinelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

### ***nei confronti***

“OMISSIS”., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli avvocati Massimiliano Mangano, Francesco Stallone e Giovanni Barraja, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

### ***per l'annullamento***

- della nota di Invitalia dell'11 febbraio 2019, con la quale è stato comunicato l'annullamento dell'aggiudicazione in favore della ricorrente della procedura per l'affidamento dei “Lavori di realizzazione del collettamento del sistema fognario delle acque nere al servizio della zona Tonnarella, Trasmazzano e collegamento alla rete esistente di Lungomare Mazzini – Comune di Mazara del Vallo (TP) – ID 33505 – Rif. Convenzione del 12/10/2017 Invitalia/Commissario Straordinario unico per il coordinamento e la realizzazione degli interventi funzionali all'adeguamento alle sentenze di condanna della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, in materia di collettamento, fognatura e depurazione delle acque reflue. Fonte di finanziamento: fondi derivanti dalle delibere CIPE n. 60/2012 – CIG: 74756941D9 - CUP: C93J13000030001”;
- nonché dell'atto di ritiro prot. n. 16448 dell'11 febbraio 2019, del provvedimento di aggiudicazione prot. n. 00007171 del 21 gennaio 2019;
- della relazione del RUP prot. n. 0015705 dell'8 febbraio 2019 (non conosciuta);
- del provvedimento di aggiudicazione della procedura di gara dell'11 febbraio 2019 in favore del R.T.I OMISSIS (mandataria) – OMISSIS – OMISSIS s.r.l. – (mandanti);
- ove occorra e nei limiti dell'interesse, del bando di gara, del disciplinare di gara e del capitolato speciale d'appalto;
- nonché di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali, ancorché allo stato non conosciuti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dell'economia e delle finanze, del Commissario straordinario unico acque reflue (D.p.c.m. 26 aprile 2017) e della Presidenza del Consiglio dei Ministri;

Visti gli atti di costituzione in giudizio e la memoria d'Invitalia;

Visti gli atti di costituzione in giudizio e la memoria di "OMISSIS".;

Vista l'ordinanza cautelare n. 472 del 5 aprile 2019;

Vista l'ordinanza del CGA n. 410 del 20 giugno 2019;

Viste le memorie delle parti;

Vista l'ordinanza collegiale n. 1867 del 19 luglio 2019;

Vista l'ordinanza cautelare n. 1007 del 23 settembre 2019;

Relatore, nell'udienza pubblica del 30 gennaio 2020, il consigliere Aurora Lento e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato.

## FATTO

Con ricorso, notificato il 13 marzo 2019 e depositato il giorno 26 successivo, il Consorzio stabile sinergica esponeva di avere partecipato alla procedura aperta indetta, ai sensi dell'art. 60 del d.lgs.vo n. 50 del 2016, dall'Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa s.p.a., quale Centrale di committenza per il Commissario straordinario unico acque reflue ex d.p.c.m. 26 aprile 2017, con bando pubblicato il 17 maggio 2018, per l'aggiudicazione, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dell'appalto dei "lavori di realizzazione del collettamento del sistema fognario delle acque nere al servizio della zona Tonnarella, Trasmazzaro e collegamento alla rete esistente di Lungomare Mazzini – Comune di Mazara Del Vallo (TP)" (importo complessivo € 16.845.000,00).

Precisava che il bando prevedeva la classificazione dei lavori come di seguito indicato:

1) acquedotti, gasdotti, oleodotti, opere d'irrigazione ed evacuazione: categoria OG6 VIII; importo totale: € 16.505.479,14; incidenza percentuale sul totale: 97,98 %; qualificazione obbligatoria;

2) interventi a basso impatto ambientale: categoria OS35 II; importo totale: € 339.520,86; incidenza percentuale sul totale: 2,02 %; qualificazione obbligatoria;

Rappresentava che, a conclusione dell'articolato iter di gara, con provvedimento prot. n. 7171 del 21 gennaio 2019, era risultata aggiudicataria.

Inaspettatamente, l'aggiudicazione era stata, però, annullata in autotutela, con provvedimento prot. n. 16448 dell'11 febbraio 2019, che era stato motivato con riferimento alla circostanza che dagli accertamenti finalizzati alla verifica dei requisiti era risultato che, a partire dall'11 ottobre (e sino al 6 febbraio 2019), aveva perso l'attestazione di qualificazione SOA, relativamente alla categoria OS35, per effetto del venir meno della partecipazione al consorzio della "OMISSIS" energia s.r.l.; tale circostanza era, in particolare, stata confermata con la nota della COOP SOA del 4 febbraio 2019 e risultava dalla certificazione SOA estratta dal casellario informatico dell'ANAC.

L'appalto era stato, conseguentemente, aggiudicato al secondo classificato, ovvero al RTI OMISSIS s.r.l. (mandataria) - OMISSIS s.r.l. e OMISSIS s.r.l. (mandanti).

Esposti i fatti, ha chiesto l'annullamento, previa sospensiva e vinte le spese, del provvedimento di ritiro dell'aggiudicazione, nonché degli ulteriori atti impugnati per i seguenti motivi:

1) Violazione degli artt. 7 e seguenti della l. n. 241 del 1990. Eccesso di potere sotto i profili: della disparità di trattamento; della violazione del contraddittorio; del difetto di istruttoria.

Erano state omesse le garanzie procedurali, in quanto: non era stata data la comunicazione d'avvio del procedimento; non era stata resa disponibile la relazione del RUP che conteneva le ragioni del ritiro dell'aggiudicazione.

2) Violazione: dell'art. 83, comma 2, dell'art. 84 e dell'art. 216, comma 14, del codice dei contratti; dell'art. 7 del disciplinare di gara.

L'ammissione provvisoria al Consorzio, in data 10 settembre 2018, a cui aveva fatto seguito, in data 18 gennaio 2019, quella definitiva, della "OMISSIS" s.r.l., la quale era qualificata nella categoria OS35, consentiva l'utilizzo dei requisiti dalla stessa posseduti ai fini della partecipazione alla gara, cosicché doveva escludersi la perdita della qualificazione in questione.

3) Violazione: dell'art. 83, comma 2, dell'art. 84 e dell'art. 216, comma 14, del codice dei contratti; dell'art. 7 del disciplinare di gara. Eccesso di potere sotto i profili dell'inattualità del principio di necessaria continuità del possesso dei requisiti.

Non sarebbe più vigente l'obbligo del mantenimento del possesso dei requisiti dalla data di presentazione dell'offerta e sino all'esecuzione dei lavori, cosicché avrebbe dovuto tenersi conto del fatto che il Consorzio era qualificato nella categoria OS 35 alla data della presentazione dell'offerta e, dopo la sua perdita, l'aveva riacquistata.

4) Violazione e falsa applicazione: dell'art. 89, comma 5, del d.lgs.vo n. 50 del 2016 e dell'art. 63, comma 1, secondo periodo, della direttiva n. 2014/24/UE del parlamento europeo e del consiglio del 26 febbraio 2014.

La stazione appaltante avrebbe dovuto imporre la sostituzione della consorziata, che aveva perduto la qualificazione in questione, ai sensi dell'art.89 del d.lgs.vo n.50/2016 e dell'art.63 della direttiva 2014/24/UE, i quali sarebbe applicabili a tutti i casi di affidamento di un'impresa sui requisiti di un altro soggetto e non solo all'ipotesi dell'avvalimento.

5) Violazione e falsa applicazione dell'art. 12 del d.l. n. 47 del 2014.

Il consorzio avrebbe potuto eseguire direttamente tutti i lavori oggetto di appalto, in quanto in possesso della SOA VIII illimitata per la categoria prevalente con conseguente assorbimento della categoria scorporabile OS35.

6) Violazione e falsa applicazione dell'art. 83, comma 9, del d.lgs.vo n. 50 del 2016. Avrebbe dovuto essere attivato il soccorso istruttorio.

Per il Ministero dell'economia e delle finanze, per il Commissario straordinario unico delle acque reflue ex d.p.c.m. 26 aprile 2017 e per la Presidenza del Consiglio dei Ministri si è costituita in giudizio l'Avvocatura dello Stato di Palermo, che ha depositato una memoria con cui ha chiesto il rigetto del ricorso, poiché infondato, vinte le spese.

Si sono costituite in giudizio anche "OMISSIS", nonché l'Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa s.p.a. – Invitalia che hanno depositato distinte memorie con cui hanno chiesto il rigetto del ricorso, poiché infondato, vinte le spese.

La ricorrente ha depositato una memoria con cui ha insistito nelle proprie domande.

Con ordinanza n. 472 del 5 aprile 2019, l'istanza cautelare è stata rigettata.

Con ordinanza n. 410 del 2019, il CGA ha accolto l'appello cautelare, ai soli fini della fissazione del merito.

La ricorrente ha presentato: dapprima, istanza di trattazione ex art. 71 bis, che è stata rigettata, con l'ordinanza n. 1867 del 19 luglio 2019; successivamente, istanza cautelare, che è stata rigettata, con l'ordinanza n. 1007 del 23 settembre 2019.

In vista dell'udienza, ha, infine, depositato una memoria con cui ha insistito nelle proprie domande.

Alla pubblica udienza del 30 gennaio 2020, su conforme richiesta dei difensori delle parti presenti come da verbale, la causa è stata posta in decisione.

## DIRITTO

1. La controversia ha ad oggetto un provvedimento di annullamento, in autotutela, dell'aggiudicazione di un appalto, che è stato motivato con riferimento al fatto che, a seguito della verifica del possesso dei requisiti di partecipazione, era emerso che il consorzio stabile aggiudicatario aveva perduto, durante il procedimento di gara, il possesso di una delle due categorie a qualificazione obbligatoria, ovverosia la OS35, che aveva successivamente riacquistato.

Preliminarmente va precisato, in punto di fatto, che il Consorzio aveva, in un primo tempo, dichiarato di volere subappaltare i lavori relativi a tale categoria, ma, a seguito dell'attivazione del soccorso istruttorio, aveva dichiarato di rinunciare a tale facoltà in quanto "in possesso della relativa categoria" (vedi nota del 18 luglio 2018 in atti).

2. Ciò posto, va esaminato il terzo motivo, di cui si ritiene opportuno anticipare la trattazione, con cui si deduce che non sarebbe più vigente l'obbligo del mantenimento del possesso dei requisiti dalla data di presentazione dell'offerta e sino all'esecuzione dei lavori, cosicchè avrebbe dovuto tenersi conto del fatto che il Consorzio era qualificato nella categoria in questione (i.e. OS 35) alla data della presentazione dell'offerta e, dopo la sua perdita, l'aveva riacquistata.

La doglianza è infondata.

Come rilevato in sede cautelare, a partire dalla decisione dell'Adunanza plenaria n. 8 del 2015 si è consolidato l'orientamento giurisprudenziale secondo cui le qualificazioni richieste dal bando, quali requisiti speciali di partecipazione, devono essere possedute dai concorrenti non solo al momento della scadenza del termine per la presentazione delle offerte, ma anche in ogni successiva fase del procedimento di evidenza pubblica e per tutta la durata dell'appalto, senza soluzione di continuità.

Si è, in particolare, rilevato che il principio di continuità nel possesso dei requisiti di ammissione si impone non in virtù di un astratto e vacuo formalismo procedimentale, quanto piuttosto a garanzia della permanenza della serietà e della volontà 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., nell'ambito del principio di certezza dei rapporti giuridici tra le parti (in termini Consiglio di Stato, III, 6 marzo 2017, n. 1050).

Nella specie il Consorzio ricorrente è stato privo della qualificazione nella categoria a qualificazione obbligatoria OS 35 dall'11 ottobre 2018 al 6 febbraio 2019 e, pertanto, dalla fase antecedente a quella dell'apertura delle buste con le offerte tecniche (avvenuta il 26 ottobre 2018 successivamente al completamento della verifica dei requisiti di partecipazione il precedente 23 luglio) a quella dell'aggiudicazione del 21 gennaio 2019, in quanto la ha riacquistata solo immediatamente prima dell'intervento in autotutela.

La stazione appaltante era, pertanto, obbligata a ritirare l'aggiudicazione, che, giova precisarlo, è avvenuta in assenza di un requisito obbligatorio di qualificazione.

3. Più complesso è l'esame del secondo motivo, di cui si ritiene opportuno anticipare la trattazione, con cui si deduce che l'ammissione provvisoria al Consorzio, in data 10 settembre 2018, a cui aveva fatto seguito, in data 18 gennaio 2019, quella definitiva, della "OMISSIS" s.r.l., la quale era qualificata per la categoria OS35, consentiva l'utilizzo dei requisiti dalla stessa posseduti ai fini della partecipazione alla gara.

La doglianza, come anticipato, non è di agevole definizione.

Come noto, l'art. 45, comma 2, lettera c), del d.lgs.vo n. 50 del 2016 statuisce che i consorzi stabili sono formati da non meno di tre imprenditori consorziati che, con decisione assunta dai rispettivi organi deliberativi, hanno stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa.

Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, il consorzio stabile può essere definito come un'aggregazione durevole di vari soggetti imprenditoriali, che possiede autonoma personalità e opera all'esterno come un'unica impresa distinta da quella dei consorziati, la quale si differenzia dai consorzi ordinari e dai raggruppamenti temporanei in quanto è astrattamente idonea a operare con un'autonoma struttura di impresa ed è, pertanto, capace di eseguire, anche in proprio, le presentazioni previste nel contratto, ferma restando, ovviamente, la facoltà di demandare l'esecuzione, nei limiti consentiti, alle consorziate (in termini, recentemente, Consiglio di Stato, III, 4 febbraio 2019, n. 865).

Così inquadrata la fattispecie in termini generali, va rilevato che il regime dei consorzi stabili, con particolare riferimento al criterio del c.d. cumulo alla rinfusa dei requisiti delle consorziate, si presenta complesso e travagliato, in quanto ha subito numerose modifiche non solo con il passaggio dal previgente d.lgs.vo n. 163 del 2006 all'attuale codice dei contratti, ma anche con la modifica della normativa contenuta in quest'ultimo testo.

Precisato che, come noto, le procedure di affidamento di contratti pubblici devono essere disciplinate dalla normativa vigente alla data di pubblicazione del bando, che, nella specie è avvenuta il 17 maggio 2018, va rilevato che l'art. 47, comma 2, del d.lgs.vo n. 50 del 2016, come sostituito dall'art. 31, comma 1, del d.lgs.vo n. 56 del 19 aprile 2017, nel testo vigente *rationetemporis*, disponeva che i consorzi stabili, al fine della qualificazione, potevano utilizzare sia i requisiti di qualificazione maturati in proprio, che quelli posseduti dalle singole imprese consorziate

designate per l'esecuzione delle prestazioni, che, mediante avvalimento, quelli delle imprese consorziate non designate; prevedeva, altresì, che con le linee guida dell'ANAC di cui all'art. 84, comma 2, sarebbero stati stabiliti, ai fini della qualificazione, i criteri per l'imputazione delle prestazioni eseguite al consorzio o ai singoli consorziati che eseguivano le prestazioni.

Il richiamato art. 84, comma 2, statuiva, a sua volta, che l'ANAC, con il decreto di cui al precedente art. 83, comma 2, doveva individuare livelli standard di qualità dei controlli che le società organismi di attestazione (SOA) dovevano effettuare.

L'art. 83, comma 2, disponeva, poi, che, per i lavori, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti da adottare, su proposta dell'ANAC, previo parere delle competenti Commissioni parlamentari, sarebbero stati disciplinati, tra l'altro, il sistema di qualificazione e i requisiti che dovevano essere posseduti dai consorzi stabili; precisava che, fino all'adozione di dette linee guida, si applicava l'articolo 216, comma 14.

L'art. 216, comma 14, disponeva, infine, che, sino all'adozione delle linee guida, continuavano ad applicarsi, in quanto compatibili, le disposizioni di cui alla parte II, titolo III, nonché gli allegati e le parti di allegati ivi richiamate, del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207.

Non essendo, come noto, state adottate tali linee guida, la disciplina della qualificazione dei consorzi stabili è, ancora oggi, quella contenuta nell'art. 94 del d.P.R. n. 207 del 2010, il quale dispone:

- al comma 1, che i consorzi stabili eseguono i lavori o con la propria struttura o tramite i consorziati indicati in sede di gara senza che ciò costituisca subappalto, ferma la responsabilità solidale degli stessi nei confronti della stazione appaltante;
- al comma 2, che i consorzi stabili conseguono la qualificazione a seguito di verifica dell'effettiva sussistenza in capo alle singole consorziate dei corrispondenti requisiti.

Ne deriva che, come previsto nel manuale sull'attività di qualificazione per l'esecuzione di lavori d'importo superiore a € 150.000,00, approvato dall'ANAC e pubblicato sulla GURI n. 251 del 28 ottobre 2014, ai Consorzi stabili è attribuita la qualificazione in tutte le categorie cui sono qualificate le imprese consorziate (vedi pagina 172).

E' questa, peraltro, la conclusione alla quale è addivenuta la giurisprudenza amministrativa, la quale afferma costantemente che i consorzi stabili possono utilizzare sia i requisiti di qualificazione maturati in proprio, che quelli posseduti dalle singole imprese consorziate, in ossequio al c.d. principio del cumulo alla rinfusa (per tutte, con richiami, Consiglio di Stato, III, 25 settembre 2019, n. 6433; V, 16 gennaio 2019, n. 403).

Tale principio va, però, coordinato con quello altrettanto consolidato secondo cui il certificato rilasciato dalla SOA costituisce condizione necessaria per la partecipazione alle pubbliche gare ed unico documento mediante il quale la stazione appaltante, prima, e il giudice poi, possono verificare il possesso, per tutta la durata della gara (e fino all'esecuzione dell'appalto da parte dell'aggiudicataria), dei requisiti di qualificazione dichiarati al momento della presentazione dell'offerta, come si evince dall'art. 60, comma 4, del d.P.R. 207 del 2010. Tale certificato ha, infatti, carattere costitutivo e svolge l'essenziale e non surrogabile funzione di attestare 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. Solo a fronte della sussistenza (accertata dalla SOA nel corso dell'istruttoria svolta) di tutte le condizioni di fatto e di diritto previste dalle norme regolamentari per il rilascio delle attestazioni può, pertanto, dirsi maturato il requisito sostanziale per l'ottenimento di una determinata qualificazione (in termini, con ampi richiami, Consiglio di Stato, V, 15 gennaio 2019, n. 374).

Orbene, nella specie si è verificato che il Consorzio ricorrente, al momento della presentazione dell'istanza di partecipazione, possedeva la qualificazione nella categoria OS 35, classifica III, tramite la propria consorziata "OMISSIS" energia s.r.l., la quale, a sua volta, la derivava da un rapporto di avvalimento con la "OMISSIS" s.r.l..

In base al principio del cumulo alla rinfusa tale qualificazione era propria del Consorzio e risultava dalle attestazioni della CQOP SOA.

Successivamente e, precisamente, in data 31 agosto 2018, è, però, venuto meno il rapporto tra la "OMISSIS" e la "OMISSIS", cosicchè, con provvedimento del 14 settembre 2018, l'organismo di attestazione CQOP SOA ha dichiarato decaduta la prima (e a cascata il Consorzio) dall'attestazione di qualificazione relativa alla categoria OS 35.

Frattanto, in data 10 settembre 2018, l'assemblea dei soci del Consorzio ha dichiarato decaduta la "OMISSIS" per perdita dei requisiti e contestualmente ha ammesso "provvisoriamente" la "OMISSIS", che è stata inserita in via definitiva nella combagine consortile solo il 18 gennaio 2019.

La stazione appaltante, da canto suo, in esito alla verifiche sull'effettivo possesso dei requisiti dichiarati in sede di gara dal Consorzio aggiudicatario, ha accertato che aveva perduto la qualificazione obbligatoria nella categoria OS3 l'11 ottobre 2018.

Tale circostanza risultava dal casellario informatico dell'ANAC ed era stata confermata dalla società CQOP SOA la quale, con nota prot. n. MI/19/0032 del 4 febbraio 2019, aveva rappresentato che gli attestati relativi al Consorzio dell'11 ottobre, del 12 ottobre e del 19 dicembre 2018 non riportavano più la categoria OS35.

Il Consorzio aveva, peraltro, ammesso la perdita, in quanto, con nota prot. n. 15665 del 6 febbraio 2019, aveva rappresentato di avere avanzato, il giorno prima, richiesta alla CQOP d'integrazione della propria attestazione in tale categoria.

Tale avvenimento è stato, in particolare, documentato in atti da Invitalia, che ha depositato copia della proposta di contratto d'integrazione dell'attestazione datata 5 febbraio 2019 inoltrata dalla Cooperativa ricorrente alla CQOP SOA s.p.a. al fine di "aggiungere" la qualificazione nella categoria OS35 a quelle in proprio possesso. Solo in seguito a tale espressa richiesta e previa verifica dei relativi presupposti, la CQOP SOA ha aggiornato le attestazioni di qualificazioni del Consorzio ricorrente con l'aggiunta della categoria in questione, la quale in precedenza e, in particolare, alla data della verifica dei requisiti da parte della stazione appaltante, era mancante. Esaminata la sequenza dei fatti e valutata la condotta del Consorzio (che ha reso noto all'esterno l'ingresso della "OMISSIS" solo dopo la contestazione della perdita dei requisiti di partecipazione alla gara) nessun rilievo può, ad avviso del collegio, attribuirsi all'ammissione provvisoria ai fini dell'attribuzione della qualificazione nella categoria OS35.

Rilevano, in particolare, sotto tale profilo, due elementi: il primo è che, in applicazione del principio della valenza costitutiva della certificazione rilasciata dagli organismi preposti, sino all'inserimento nella relativa attestazione non può ritenersi sussistente la qualificazione; il secondo è che la stessa cooperativa ha dimostrato (con la propria condotta) di non avere attribuito rilievo all'ammissione provvisoria, in quanto ha chiesto l'aggiornamento della qualificazione solo dopo l'ammissione definitiva.

Deve, pertanto, ritenersi infondata la censura in esame e confermata la perdita del requisito di partecipazione in sede di gara.

4. Parimenti infondato è il quarto motivo con cui si deduce che la stazione appaltante avrebbe dovuto imporre la sostituzione della consorziata, che aveva perduto la qualificazione in questione, ai sensi dell'art.89 del d.lgs.vo n.50/2016 e dell'art.63 della direttiva 2014/24/UE, i quali sarebbe applicabili a tutti i casi di

affidamento di un'impresa sui requisiti di un altro soggetto e non solo all'ipotesi dell'avvalimento.

Orbene, il collegio ben conosce e condivide l'orientamento giurisprudenziale, formatosi sulla disciplina in materia di avvalimento, secondo cui la sostituzione dell'impresa ausiliaria durante la gara, ora consentita o, meglio, imposta dall'art. 89, comma 3, del d.lgs.vo n. 50 del 2016, è istituto derogatorio rispetto al principio generale dell'immodificabilità soggettiva del concorrente nel corso della procedura (nonché di coloro di cui intende avvalersi, e, per questa via, della stessa offerta) e risponde all'esigenza di evitare l'esclusione dell'operatore per ragioni a lui non direttamente riconducibili e così, seppur di riflesso, di 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 ciò solo, escluso (in termini, con richiami, Consiglio di Stato, V, 21 febbraio 2018, n. 1101).

Il principio di diritto surriportato rinvia, però, il suo fondamento logico e la sua spiegazione nell'esigenza di non far gravare sul soggetto incolpevole la responsabilità di condotte addebitabili a terzi.

Totalmente diversa è, però, la situazione nel caso dei consorzi stabili che, come detto, non hanno alla loro base un'intesa temporanea finalizzata all'aggiudicazione della singola commessa (come si verifica nel caso dell'avvalimento), ma un'aggregazione stabile tra più soggetti che danno vita a un'impresa autonoma con legittimazione costante e non episodica alla partecipazione alle gare pubbliche.

In tali fattispecie l'impresa consorziata non è terza rispetto al consorzio, che risponde, pertanto, della sua condotta, senza che possa porsi un problema di affidamento incolpevole.

Cuiuscommoda, eius et incommoda: il consorzio fa proprio i requisiti delle consorziate mediante il principio del cumulo alla rinfusa, ma non può poi considerarsi terzo quando li perdono.

Nella specie, come risulta dalla documentazione in atti, il Consorzio, con nota del 18 luglio 2018, aveva rinunciato alla facoltà di avvalersi del subappalto per la categoria OS35, dichiarando che era in possesso della relativa qualificazione e che i lavori sarebbero stati eseguiti da “OMISSIS”s.r.l..

Non può, pertanto, a seguito della perdita della qualificazione per fatto della consorziata, invocare l'applicazione del principio della sostituibilità dell'ausiliaria operante nel diverso caso dell'avvalimento.

5. Infondato è anche il quinto motivo con cui si deduce che, in applicazione dell'art. 12 del d.l. n. 47 del 2014, il consorzio avrebbe potuto eseguire direttamente tutti i lavori oggetto di appalto, poiché in possesso della SOA VIII illimitata per la categoria prevalente con conseguente assorbimento della categoria scorporabile OS35.

Trattasi, infatti, di norma abrogata dall'articolo 217, comma 1, lettera nn), del d.lgs.vo n. 50 del 18 aprile 2016.

Per completezza deve, peraltro, rilevarsi che, anche a volere ritenere ancora vigente la disposizione invocata, la censura sarebbe, comunque, infondata, in quanto il comma 2 della stessa prevedeva espressamente che non potevano 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, d'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 (i.e. € 150.000,00), nonché le categorie ivi elencate tra cui proprio la OS 35.

Nella specie viene in considerazione la categoria a qualificazione obbligatoria OS 35 per interventi d'importo totale pari a € 339.520,86, la quale non poteva, comunque, essere assorbita da quella prevalente.

6. E', infine, infondato l'ultimo motivo con cui si deduce che avrebbe dovuto essere attivato il soccorso istruttorio.

Deve, infatti, trovare applicazione il principio di diritto sancito nella decisione dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 9 del 2014 e costantemente seguito dalla giurisprudenza amministrativa, secondo cui nelle procedure di gara il "potere di soccorso" - sostanziandosi unicamente nel dovere della stazione appaltante di regolarizzare certificati, documenti o dichiarazioni già esistenti ovvero di completarli ma solo in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione, chiedere chiarimenti, rettificare errori materiali o refusi, fornire interpretazioni di clausole ambigue nel rispetto della par condicio dei concorrenti - non consente la produzione tardiva del documento o della dichiarazione mancante o la sanatoria della forma omessa, ove tali adempimenti siano previsti a pena di esclusione dal codice dei contratti pubblici, dal regolamento di esecuzione e dalle leggi statali.

Nella specie, come detto, il Consorzio aveva perduto la qualificazione in una categoria obbligatoria, cosicché non vi era spazio per il soccorso istruttorio.

Deve, peraltro, rilevarsi, per completezza, che, come riportato al punto 1, la stazione appaltante aveva attivato il soccorso istruttorio proprio relativamente alla dichiarazione di subappalto resa in sede d'istanza di partecipazione alla gara e il Consorzio aveva dichiarato di rinunciare a tale facoltà in quanto in possesso di qualificazione nella categoria OS 35 (vedi nota del 18 luglio 2018).

Concludendo, assorbito il primo formale motivo, il ricorso va ritenuto infondato e rigettato; si ritiene, però, di compensare le spese avuto riguardo alla complessità delle questioni affrontate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese compensate.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 30 gennaio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Ferlisi, Presidente

Aurora Lento, Consigliere, Estensore

Sebastiano Zafarana, Primo Referendario

**L'ESTENSORE**  
**Aurora Lento**

**IL PRESIDENTE**  
**Calogero Ferlisi**

IL SEGRETARIO