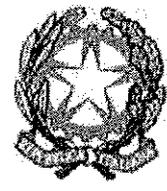


INTERPRETAZIONE BANCO DI CARA
+ SOCCORSO ISTRUTTORIO

Publicato il 23/12/2023

N. 00758/2023 REG.PROV.COLL.
N. 00983/2023 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 l' Umbria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 983 del 2023, proposto dal consorzio stabile Energos, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 971872733C, rappresentato e difeso dagli avvocati Francesco Mollica e Francesco Zaccone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

l'Azienda Unità sanitaria locale Umbria 2, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Daniele Spinelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
il Comune di Orvieto, non costituito in giudizio;

nei confronti

della Presidenza del Consiglio dei Ministri, in persona del Presidente *pro tempore*, e del Ministero dell'Interno, del Ministero della Salute, del Ministero delle Infrastrutture e della mobilità sostenibili, del Ministero dell'Economia e delle finanze, in persona dei rispettivi Ministri *pro tempore*, rappresentati e difesi

... amministrativa.it/portale/pages/istituzionale/visualizza?nodeRef=&schema=tar_pg&nrg=202300983&nomeFile=...
dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di Perugia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

previa sospensione cautelare dell'efficacia e previa adozione di misure cautelari urgenti ai sensi dell'art. 56 cod. proc. amm.,

- degli atti e dei provvedimenti adottati dall'Amministrazione intimata nell'ambito della "procedura aperta telematica per l'affidamento mediante appalto integrato della progettazione definitiva ed esecutiva e della realizzazione dei lavori di: - recupero funzionale per la realizzazione di una casa di comunità in Orvieto, Piazza Duomo - CIG: 971872733c; CUP: f43d22000330001; C.U.I.: 01499590550202200009; - recupero funzionale per la realizzazione di un ospedale di comunità in Orvieto, Piazza Duomo - CIG: 971872733c; CUP: f43d22000340001; C.U.I.: 01499590550202200013", nella parte in cui è stata disposta l'esclusione del consorzio ricorrente dalla gara e in particolare:
 - della deliberazione del Direttore generale n. 1865 del 7.11.2023, recante l'approvazione delle risultanze di verifica della documentazione amministrativa, l'ammissione/esclusione dei concorrenti e, in particolare, l'esclusione dell'esponente dalle successive fasi di gara;
 - della proposta di adozione della delibera anzidetta del 3.11.2023;
 - del tacito diniego frapposto dalla committenza rispetto all'istanza di riesame e contestuale richiesta di riammissione inoltrata dal ricorrente in data 9.11.2023;
 - di tutti i verbali delle sedute pubbliche e riservate di gara e, in particolare, dei verbali n. 1 del 27.09.2023, n. 2 del 27.09.2023, n. 3 del 10.10.2023, n. 4 del 11.10.2023, n. 5 del 24.10.2023, contenenti le operazioni di verifica della documentazione amministrativa, nonché del verbale di seduta riservata n. 6 del 31.10.2023, nelle parti in cui è stata disposta l'esclusione del ricorrente;
 - del verbale n. 3 del 10.10.2023 nella parte in cui il seggio di gara ha proposto l'esclusione del ricorrente dalle fasi successive di gara;

- di tutti gli ulteriori verbali delle sedute pubbliche e riservate di gara inerenti all'apertura, verifica e valutazione delle offerte tecniche ed economiche, laddove nelle more adottati;
- di tutti gli eventuali e ulteriori provvedimenti d'ammissione dei concorrenti alle fasi successive di gara, ove nelle more disposti, e degli ulteriori atti ed attività, anche valutative, adottati e posti in essere dalla stazione appaltante;
- dell'eventuale provvedimento di aggiudicazione, ove nelle more adottato e non conosciuto;
- ove occorra, del bando, del disciplinare, del capitolato speciale d'appalto e di ogni altra norma, clausola, documento e atto di gara, con particolare riguardo al par. 7.3, punto *ii*), del disciplinare di gara, ove intesi nel senso fatto proprio dalla stazione appaltante, anche al fine di vederne dichiarata *in parte qua* ed in subordine l'illegittimità, l'inefficacia, e/o la nullità;
- ove occorra, delle determina a contrattare di cui alla delibera del Direttore generale n. 1424 del 9.08.2023, recante l'indizione della procedura di affidamento in epigrafe;
- di ogni altro atto e/o provvedimento preordinato, connesso e conseguente, se ed in quanto lesivo degli interessi del ricorrente;
con richiesta
- di riammissione del ricorrente alle fasi successive di gara in vista della valutazione dell'offerta onde poter concorrere all'aggiudicazione;
- ovvero, in via subordinata, ove in corso di causa la pretesa al conseguimento di tale bene della vita dovesse risultare impossibile per fatto indipendente da volontà e/o colpa dell'odierno ricorrente, con richiesta di condanna dell'Ente intimato al risarcimento per equivalente del pregiudizio patito;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Presidenza del Consiglio dei Ministri e dei Ministeri dell'Interno, della Salute, delle Infrastrutture e della

mobilità sostenibili, dell'Economia e delle finanze e dell'Azienda Unità sanitaria locale Umbria 2;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 19 dicembre 2023 il dott. Davide De Grazia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. – Il consorzio stabile Energos ha partecipato alla procedura bandita dall'AUSL Umbria 2 per l'affidamento della progettazione definitiva ed esecutiva e della realizzazione dei lavori di *“Intervento di recupero funzionale per la realizzazione di una Casa di Comunità”*, di importo complessivo pari a € 2.493.695,42, e di *“Intervento di Recupero funzionale e arredi per la realizzazione di un Ospedale di Comunità”*, di importo complessivo pari a € 3.484.672,47, finanziata con fondi del PNRR.

La procedura veniva avviata con la determinazione a contrattare adottata, ai sensi dell'art. 17, co. 1, del d.lgs. n. 36/2023, con deliberazione del Direttore generale n. 1424 del 9.08.2023 e veniva indetta con bando pubblicato il 14.08.2023.

2. – L'art. 7 del disciplinare stabiliva i requisiti speciali di qualificazione per l'attività di progettazione ed i relativi mezzi di prova.

Per quanto qui interessa, all'art. 7.3 erano indicati i requisiti di capacità tecnica e professionale dei progettisti. Tra questi, al punto *ii.*, era richiesto l'*«avvenuto espletamento di almeno due Servizi “di punta” di progettazione negli ultimi dieci anni antecedenti la data di scadenza del termine ultimo per la presentazione delle offerte della presente procedura di gara, con le seguenti caratteristiche: l'operatore economico deve aver eseguito, per ciascuna delle categorie e ID della successiva tabella, due servizi per lavori analoghi, per dimensione e caratteristiche tecniche, a quelli oggetto dell'affidamento, di importo complessivo, per ogni categoria e ID, almeno pari a 0,60 volte l'importo stimato dei*

lavori cui riferisce la prestazione». Seguiva la tabella delle categorie delle opere e dei relativi importi minimi di riferimento: opere edilizia (ID E.10) per € 1.505.811,41; strutture (ID S.06) per € 1.117.890,98; impianti (ID IA.01) per € 87.168,60; impianti (IA.04) per € 423.314,28; impianti (IA.02) per € 308.060,11.

3. – Nella propria domanda di partecipazione alla procedura, Energoss indicava quale progettista il costituendo RTP tra StraFer Ingegneria s.a. (mandataria), AC2 S.r.l. (mandante), l'ing. Filippo Alberto Rapisarda (mandante) e l'ing. Domenico Garilli (mandante) ed allegava le relative dichiarazioni a comprova del possesso dei requisiti di qualificazione.

In particolare, per quanto riguarda i servizi “di punta” di cui all'art. 7.3, punto *ii*, del disciplinare, il consorzio dichiarava che il costituendo RTP aveva svolto:

- un incarico di progettazione per opere edilizie (ID E.10) per un importo di € 7.199.365,93;
- un incarico di progettazione per strutture (ID S.06) per un importo di € 3.610.568,37;
- un incarico di progettazione per impianti (ID IA.01) per un importo di € 280.713,47;
- due incarichi di progettazione per impianti (ID IA.04) per gli importi di € 882.257,04 e di € 941.138,00 (per un totale di € 1.823.395,04);
- due incarichi di progettazione per impianti (ID IA.02) per gli importi di € 271.267,70 e di € 245.264,50 (per un totale di € 516.532,20).

4. – Con delibera del Direttore generale del 7.11.2023, l'AUSL Umbria 2 disponeva l'esclusione del consorzio Energoss per mancanza del requisito di qualificazione professionale di cui al citato art. 7.3, punto *ii*, del disciplinare, avendo il consorzio dichiarato di avere svolto, con riferimento a ciascuna delle categorie di opere E.10, S.06 e IA.01, non due servizi di punta, come richiesto dalla *lex specialis*, ma uno solo, benché di importo superiore a quello richiesto.

5. – In data 9.11.2023, il consorzio Energos presentava alla stazione appaltante un'istanza di riammissione in autotutela, alla quale allegava una tabella relativa ai servizi di punta nella quale erano dichiarati, per le tre categorie di opere ritenute manchevoli dalla stazione appaltante, anche i "secondi" servizi di punta svolti dai componenti del costituendo RTP prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte e i relativi attestati di regolare esecuzione.

L'istanza non otteneva il favorevole riscontro dell'Amministrazione.

6. – Con ricorso notificato (anche alla Presidenza del Consiglio dei Ministri ed ai Ministeri delle Infrastrutture e della mobilità sostenibili, dell'Interno, dell'Economia e delle finanze e della Salute) e depositato il 1.12.2023, il consorzio stabile Energos ha impugnato dinnanzi a questo Tribunale amministrativo regionale gli atti della procedura di gara nella parte in cui è stata disposta la sua esclusione dalla stessa e ne ha chiesto l'annullamento, previa sospensione cautelare.

Con il primo motivo di ricorso, Energos deduce che il provvedimento che ha disposto la sua esclusione dalla gara sarebbe illegittimo perché l'art. 7.3, punto ii., del disciplinare di gara dovrebbe essere interpretato, in ossequio ai principi di proporzionalità, adeguatezza e *favor participationis*, nel senso di consentire ai concorrenti di dimostrare la qualificazione professionale, alternativamente, o tramite lo svolgimento, per ciascuna categoria di opere, di due incarichi per servizi di punta che complessivamente raggiungano l'importo minimo richiesto, o tramite lo svolgimento di un solo servizio di punta per ciascuna delle categorie che raggiunga da solo lo stesso importo minimo; in subordine, qualora la citata disposizione della *lex specialis* fosse da interpretare nel senso di richiedere indefettibilmente lo svolgimento, per ogni categoria di opere, di almeno due incarichi per servizi di punta, il consorzio ricorrente chiede che ne sia dichiarata la nullità o disposto l'annullamento, trattandosi di una norma che introdurrebbe un'ingiustificata restrizione della concorrenza, prevedendo

una causa di esclusione ulteriore rispetto a quelle consentite dalla normativa primaria.

Con il secondo motivo, fermo il carattere assorbente del primo mezzo di impugnazione, il consorzio ricorrente critica la decisione della stazione appaltante di escluderlo dalla procedura di gara deducendo l'illegittima omissione dell'attivazione del soccorso istruttorio, che peraltro avrebbe consentito all'operatore economico di dimostrare che il costituendo RTP indicato per l'attività di progettazione disponeva, per le categorie di opere contestate, anche dei "secondi" servizi di punta per incarichi svolti prima della scadenza del termine di presentazione della domanda, come dimostrato anche dalla tabella allegata all'istanza di riammissione in autotutela rimasta priva di favorevole riscontro da parte della stazione appaltante. (Soccorso Istruttorio)

Con il terzo mezzo d'impugnazione, Energos, pur ritenendo dirimenti i motivi precedenti, censura gli atti della stazione appaltante alla luce delle disposizioni riguardanti la figura del progettista indicato, deducendo che, non rivestendo quest'ultimo il ruolo di concorrente, nemmeno nel caso di appalto integrato, la stazione appaltante avrebbe dovuto consentire la sua sostituzione con altro professionista, e ciò anche aderendosi alla qualificazione del progettista indicato come ausiliario secondo lo schema dell'avvalimento.

Con il proprio ricorso, Energos ha inoltre chiesto la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno mediante reintegrazione in forma specifica, con riammissione del ricorrente alla gara, ovvero, nell'ipotesi in cui tale possibilità fosse ormai preclusa per colpa o fatto imputabile alla stazione appaltante, mediante risarcimento per equivalente, nella misura da determinarsi in corso di causa.

7. – Con decreto del Presidente di questo Tribunale n. 150 del 2 dicembre 2023 è stata accolta l'istanza cautelare urgente proposta dal consorzio, di cui è stata pertanto disposta l'ammissione con riserva alla valutazione dell'offerta tecnica da parte della stazione appaltante.

8. – In vista della discussione collegiale dell'istanza cautelare si sono costituite tanto le Amministrazioni statali evocate in giudizio dal consorzio ricorrente quanto l'AUSL Umbria 2.

9. – Con determinazione del 15.12.2023, prodotta in giudizio il 18.12.2023, la stazione appaltante ha preso atto del succitato decreto cautelare presidenziale e ha disposto la riammissione con riserva del consorzio Energos al prosieguo delle operazioni di gara.

10. – Alla camera di consiglio del 19 dicembre 2023, il collegio ha rappresentato alle parti la possibilità della definizione del giudizio sentenza in forma semplificata e le ha sentite sul punto; quindi, dopo ampia discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

11. – Prima di procedere all'esame dei motivi di ricorso, occorre soffermarsi sulla disciplina applicabile alla fattispecie.

11.1. – L'art. 229 del d.lgs. n. 36/2023 stabilisce che il nuovo codice dei contratti pubblici *«entra in vigore, con i relativi allegati, il 1° aprile 2023»*.

Peraltro, il secondo comma dello stesso articolo prevede che le disposizioni del nuovo codice, con i relativi allegati, *«acquistano efficacia il 1° luglio 2023»*.

Vi è dunque un iato tra la data di entrata in vigore del codice di cui al d.lgs. n. 36/2023 e l'acquisto dell'efficacia delle sue disposizioni e dei suoi allegati.

L'art. 226, co. 1, stabilisce che il d.lgs. n. 50/2016 è abrogato dal 1 luglio 2023, ovvero dalla data di acquisto dell'efficacia del nuovo testo normativo. Il comma 2 dell'articolo da ultimo citato stabilisce che, nella stessa data, *«le disposizioni di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016 continuano ad applicarsi esclusivamente ai procedimenti in corso»*, intendendosi per tali *«a) le procedure e i contratti per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano stati pubblicati prima della data in cui il codice acquista efficacia; b) in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, le procedure e i contratti in relazione ai quali, alla data in cui il codice acquista efficacia, siano stati già inviati gli avvisi a presentare le offerte; c) per le opere di urbanizzazione a scomputo del contributo di*

costruzione, oggetto di convenzioni urbanistiche o atti assimilati comunque denominati, i procedimenti in cui le predette convenzioni o atti siano stati stipulati prima della data in cui il codice acquista efficacia; d) per le procedure di accordo bonario di cui agli articoli 210 e 211, di transazione e di arbitrato, le procedure relative a controversie aventi a oggetto contratti pubblici, per i quali i bandi o gli avvisi siano stati pubblicati prima della data in cui il codice acquista efficacia, ovvero, in caso di mancanza di pubblicazione di bandi o avvisi, gli avvisi a presentare le offerte siano stati inviati prima della suddetta data».

11.2. – Con specifico riferimento alle procedure di affidamento e ai contratti riguardanti investimenti pubblici finanziati con le risorse previste dal PNRR e dal PNC, nonché dai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione europea, ivi comprese le infrastrutture di supporto ad essi connesse, anche se non finanziate con dette risorse, l'art. 225, co. 8, del d.lgs. n. 36/2023 dispone che *«si applicano, anche dopo il 1° luglio 2023, le disposizioni di cui al decreto-legge n. 77 del 2021, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 108 del 2021, al decreto-legge 24 febbraio 2023, n. 13, nonché le specifiche disposizioni legislative finalizzate a semplificare e agevolare la realizzazione degli obiettivi stabiliti dal PNRR, dal PNC nonché dal Piano nazionale integrato per l'energia e il clima 2030 di cui al regolamento (UE) 2018/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018».*

Senonché, il d.l. n. 77/2021 non reca una compiuta disciplina delle procedure di affidamento degli appalti finanziati con le risorse del PNRR.

Il decreto, infatti, ha lo scopo di *«defini[re] il quadro normativo nazionale finalizzato a semplificare e agevolare la realizzazione dei traguardi e degli obiettivi stabiliti dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, di cui al regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021, dal Piano nazionale per gli investimenti complementari di cui al decreto-legge 6 maggio 2021, n. 59, nonché dal Piano Nazionale Integrato per l'Energia e il Clima 2030 di cui al Regolamento (UE) 2018/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2018» (art. 1).*

Tali finalità sono perseguite, per quello che qui interessa, attraverso disposizioni derogatorie di specifiche norme del codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 50/2016 (all'epoca vigente), che sono contenute nel titolo IV

del d.l. n. 77/2021 e, in particolare, negli artt. 48 (recante “*Semplificazioni in materia di affidamento dei contratti pubblici PNRR e PNC*”) e seguenti.

11.3. – Dunque, anche successivamente all’entrata in vigore (*rectius*: all’acquisto dell’efficacia) delle disposizioni del nuovo codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 36/2023, alle procedure di affidamento di contratti finanziati con le risorse del PNRR continuano senz’altro ad applicarsi le norme derogatorie e, comunque, speciali di cui al d.l. n. 77/2021, come convertito, in forza della specifica previsione di cui all’art. 225, co. 8, del nuovo codice.

Rimane però il problema se, per quanto non derogato o comunque non diversamente disciplinato dal d.l. n. 77/2021, alle suddette procedure debba applicarsi il d.lgs. n. 36/2023, secondo la regola generale di cui all’art. 226, co. 2, del nuovo codice, o, per una sorta di effetto di trascinamento, la fonte derogata dalle succitate disposizioni del d.l. n. 77/2021, ovvero il d.lgs. n. 50/2016.

11.4. – Secondo il collegio, il problema da ultimo evocato deve essere risolto applicando l’art. 226 del nuovo codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 36/2023, il quale, dopo aver sancito l’abrogazione del d.lgs. n. 50/2016 dal 1 luglio 2023 e la sua residua applicazione «*esclusivamente ai procedimenti in corso*» (commi 1 e 2), stabilisce al comma 5 che «*ogni richiamo in disposizioni legislative, regolamentari o amministrative vigenti al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 del 2016, o al codice dei contratti pubblici vigente alla data di entrata in vigore del codice, si intende riferito alle corrispondenti disposizioni del codice o, in mancanza, ai principi desumibili dal codice stesso*».

Al di là delle disposizioni di cui al d.l. n. 77/2021 e delle altre fonti espressamente richiamate dall’art. 225, co. 8, del d.lgs. n. 36/2023, applicabili anche alle procedure finanziate con i fondi del PNRR pur se bandite successivamente al 1.07.2021, dovranno trovare dunque applicazione le norme ed i principi del nuovo codice dei contratti pubblici, dovendosi ritenere ad essi

· . riferito «ogni richiamo in disposizioni legislative, regolamentari o amministrative vigenti al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50».

11.5. – Nel caso di specie, la determinazione a contrattare è stata adottata – ai sensi dell’art. 17, co. 1, del d.lgs. n. 36/2023 – con deliberazione del Direttore generale n. 1424 del 9.08.2023 e il bando è stato pubblicato il 14.08.2023, successivamente all’acquisto di efficacia, il 1.07.2023, delle disposizioni del nuovo codice dei contratti pubblici.

Non è materia del contendere la conformità degli atti della stazione appaltante al parametro costituito dalle speciali disposizioni del d.l. n. 77/2021, come convertito, e sue successive modifiche ed integrazioni. Nel presente giudizio, infatti, si controverte, oltre che dell’interpretazione del disciplinare di gara, dell’applicabilità del soccorso istruttorio e della disciplina riguardante la posizione del progettista “indicato”, profili non interessati dalle speciali disposizioni di cui al citato d.l. n. 77/2021.

Di conseguenza, le doglianze formulate dal consorzio ricorrente dovranno essere scrutinate alla luce delle norme del d.lgs. n. 36/2023 (oltre che dei principi dalle stesse desumibili), peraltro pure evocate da parte ricorrente quali parametri di legittimità degli atti della stazione appaltante.

12. – Tanto premesso, il primo motivo di ricorso è infondato.

12.1. – Secondo i consolidati principi elaborati dalla giurisprudenza, l’interpretazione della *lex specialis* di una procedura di affidamento soggiace, come tutti gli atti amministrativi, alle stesse regole stabilite per i contratti dagli artt. 1362 e ss. cod. civ., tra le quali assume carattere preminente quella collegata all’interpretazione letterale. Quest’ultima, a tutela dell’affidamento delle imprese, deve dunque essere privilegiata e da essa è consentito discostarsi solo in presenza di un’obiettivo incertezza del testo della documentazione di gara, atteso che è necessario evitare che il procedimento ermeneutico conduca all’integrazione delle regole di gara palesando significati del bando non chiaramente desumibili dalla sua lettura testuale (cfr. Cons. Stato, sez. V, 31 marzo 2021, n. 2710; Id., sez. III, 6 marzo 2019, n. 1547).

Orbene, nel caso che forma oggetto del presente giudizi, la *lex specialis* è chiara nel richiedere, ai fini della dimostrazione della qualificazione professionale, l'avvenuto espletamento «*di almeno due*» servizi di punta di progettazione negli ultimi dieci anni antecedenti la data di scadenza del termine ultimo per la presentazione delle offerte per ciascuna delle categorie e ID della successiva tabella, ovvero «*due servizi per lavori analoghi, per dimensione e caratteristiche tecniche, a quelli oggetto dell'affidamento, di importo complessivo, per ogni categoria e ID, almeno pari a 0,60 volte l'importo stimato dei lavori cui riferisce la prestazione*».

Nessuna disposizione del disciplinare può essere interpretata nel senso voluto dal consorzio ricorrente, ovvero di consentire la possibilità di dimostrare il possesso del requisito speciale di qualificazione per lo svolgimento dell'attività di progettazione di cui al punto *ii.* dell'art. 7.3 anche attraverso la prova dell'espletamento, negli ultimi dieci anni, di un solo servizio di punta di progettazione di valore pari o superiore alle soglie stabilite, per ciascuna categoria di opere, dallo stesso disciplinare.

Una tale lettura non trova alcun appiglio nel testo del disciplinare ed è anzi in aperto contrasto con le succitate disposizioni che richiedono “almeno due” servizi di punta, ovvero “due servizi” per lavori analoghi.

Pertanto, anche il bando-tipo n. 3 relativo all'affidamento di servizi di ingegneria e architettura, approvato dall'Anac con delibera n. 723 del 31.07.2018, prevede per la stazione la facoltà appaltante di richiedere, quali requisiti di capacità tecnica e professionale, l'avvenuto svolgimento di due servizi di punta per lavori analoghi di importo complessivo, per ogni categoria di opere, pari ad un valore tra 0,40 e 0,80 volte l'importo stimato dei lavori qui si riferisce la prestazione, e l'ulteriore facoltà di consentire la dimostrazione del possesso del requisito anche mediante un unico servizio purché di importo almeno pari al minimo richiesto nella relativa categoria.

Dalla piana lettura del disciplinare della gara di cui si controverte emerge che l'AUSL Umbria 2 ha esercitato la prima delle due facoltà contemplate dal citato bando-tipo, e cioè la previsione del requisito consistente nell'avvenuto

svolgimento di due servizi di punta per lavori analoghi di importo complessivo pari a 0,60 volte l'importo stimato di ciascuna categoria di opere, ma non la seconda, ovvero la possibilità di consentire la dimostrazione del possesso del requisito mediante un solo servizio di punta di valore pari a quello sopra indicato.

12.2. – Non merita condivisione, poi, la doglianza formulata in via subordinata con il primo motivo di ricorso, con la quale il concorso Energos sostiene la nullità o la necessità dell'annullamento della clausola del disciplinare di cui al citato punto *ii*. dell'art. 7.3.

Per quanto si è visto sopra, la previsione del requisito di qualificazione professionale consistente nell'avvenuto espletamento di almeno due servizi di punta di importo complessivo, per ogni categoria di opere, pari ad un valore tra 0,40 e 0,80 volte l'importo stimato dei lavori qui si riferisce la prestazione è da ritenersi pacificamente ammissibile, tanto che l'Anac, nel bando-tipo n. 3 per l'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura, riconosce in via generale la facoltà per le stazioni appaltanti di inserire la relativa clausola nella documentazione di gara.

Per altro verso, la concreta previsione, nel disciplinare della gara di cui si controverte, di una tale articolazione del requisito di qualificazione professionale per l'attività di progettazione non si pone in contrasto con l'art. 58, par. 4, della direttiva n. 2014/24/UE, che stabilisce che, *«Per quanto riguarda le capacità tecniche e professionali, le amministrazioni aggiudicatrici possono imporre requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessarie per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità. Le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere, in particolare, che gli operatori economici dispongano di un livello sufficiente di esperienza comprovato da opportune referenze relative a contratti eseguiti in precedenza»*.

Più in particolare, tenuto conto del valore dell'appalto e delle peculiarità del suo oggetto, la richiesta di aver svolto almeno due servizi di punta per ciascuna delle categorie di opere indicate non viola – né il ricorrente ha dato

dimostrazione del contrario – i criteri di attinenza e di proporzionalità previsti oggi dall'art. 10, co. 3, del d.lgs. n. 36/2023 (e ieri dall'art. 83, co. 2, del d.lgs. n. 50/2016), oltre che dal par. 1, co. 2, del citato art. 58 della direttiva n. 2014/24/UE.

13. – Passando al secondo gradato motivo di ricorso, il collegio ritiene di dover fare le seguenti considerazioni.

13.1. – Il consorzio ricorrente deduce che la stazione appaltante, a fronte del contenuto della tabella relativa ai requisiti di capacità tecnica e professionale presentata nella procedura di affidamento, avrebbe illegittimamente omesso di attivare il soccorso istruttorio al fine di permettere al concorrente di fornire chiarimenti in ordine allo svolgimento dei servizi di punta per attività di progettazione.

13.2. – La stazione appaltante sostiene che nel caso di specie il soccorso istruttorio non avrebbe potuto essere attivato, dovendo invece trovare applicazione il principio dell'autoresponsabilità del concorrente, giacché l'eventuale integrazione postuma della dichiarazione relativa ai servizi di punta si sarebbe tradotta nell'inammissibile sanatoria di una dichiarazione *ab origine* incompleta ed insufficiente attraverso la postuma indicazione di “nuovi” servizi di punta.

13.3. – Il collegio condivide le censure formulate dal consorzio ricorrente.

Ai sensi dell'art. 101, co. 1, del d.lgs. n. 36/2023, «*Salvo che al momento della scadenza del termine per la presentazione dell'offerta il documento sia presente nel fascicolo virtuale dell'operatore economico, la stazione appaltante assegna un termine non inferiore a cinque giorni e non superiore a dieci giorni per:*

a) integrare di ogni elemento mancante la documentazione trasmessa alla stazione appaltante nel termine per la presentazione delle offerte con la domanda di partecipazione alla procedura di gara o con il documento di gara unico europeo, con esclusione della documentazione che compone l'offerta tecnica e l'offerta economica; la mancata presentazione della garanzia provvisoria, del contratto di avvalimento e dell'impegno a conferire mandato collettivo speciale in caso di raggruppamenti di concorrenti non ancora costituiti è sanabile

mediante documenti aventi data certa anteriore al termine fissato per la presentazione delle offerte;

b) sanare ogni omissione, inesattezza o irregolarità della domanda di partecipazione, del documento di gara unico europeo e di ogni altro documento richiesto dalla stazione appaltante per la partecipazione alla procedura di gara, con esclusione della documentazione che compone l'offerta tecnica e l'offerta economica. Non sono sanabili le omissioni, inesattezze e irregolarità che rendono assolutamente incerta l'identità del concorrente».

Peraltro, per quanto qui rileva, le disposizioni del nuovo codice in tema di soccorso istruttorio non differiscono significativamente da quanto disposto dall'art. 83, co. 9, del d.lgs. n. 50/2016, che stabiliva che *«Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, 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, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa».*

Oggi come ieri, la disciplina in materia di procedure di affidamento dei contratti pubblici stabilisce l'obbligatorietà dell'attivazione del soccorso istruttorio (ricavabile dall'uso del modo indicativo: *«la stazione appaltante assegna»*) per integrare di ogni elemento mancante la documentazione trasmessa e sanare ogni omissione, inesattezza o irregolarità della domanda di partecipazione, con la sola esclusione della documentazione che compone l'offerta tecnica e l'offerta economica.

Nel caso di specie, si controverte non di un'omissione o di un'inesattezza della documentazione che compone l'offerta tecnica o l'offerta economica, bensì

della dichiarazione parzialmente incompleta di servizi integranti il requisito di qualificazione professionale relativo all'attività di progettazione.

Infatti, come si è visto, il consorzio ricorrente, a fronte della previsione del disciplinare di gara che esigeva la dichiarazione di almeno due servizi di progettazione negli ultimi dieci anni di importo complessivo, per ciascuna delle categorie di opere indicate almeno pari a 0,60 volte l'importo stimato dei lavori cui riferiva la prestazione (i cc.dd. "servizi di punta"), aveva dichiarato, per tre delle cinque categorie, un solo servizio di valore superiore alla soglia richiesta dalla *lex specialis*.

La stazione appaltante, rilevata l'insufficienza dei servizi dichiarati a soddisfare il requisito di qualificazione professionale in parola, prima di disporre l'esclusione dell'operatore economico, avrebbe dovuto attivare il soccorso istruttorio, trattandosi, come detto, di profilo riguardante la qualificazione tecnica e professionale, e non il contenuto dell'offerta tecnica o di quella economica.

Infatti, fermo restando che non è controverso l'avvenuto espletamento in epoca precedente alla scadenza del termine di presentazione delle offerte, per ciascuna delle categorie di opere rispetto alle quali era mancata la dichiarazione in gara, anche del "secondo" servizio di punta (che il consorzio ricorrente, con l'istanza di riammissione in autotutela, ha dichiarato e documentato), la stazione appaltante avrebbe dovuto consentire a Energog di integrare gli elementi dichiarativi non esplicitati nel documento presentato in gara, trattandosi di irregolarità essenziale sanabile, in coerenza con il principio del *favor participationis*, senza violare la parità di trattamento dei concorrenti (discutendosi di servizi svolti, come detto, prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte) ed al fine di evitare esclusioni dettate da ragioni meramente formalistiche che non soddisfano l'interesse sostanziale della stazione appaltante a selezionare, nella più ampia platea di concorrenti, quello che, in possesso dei requisiti richiesti dalla legge di gara, risulti il più idoneo all'esecuzione delle prestazioni oggetto dell'affidamento.

Nelle condizioni date, infatti, il soccorso istruttorio non sarebbe stato utilizzato strumentalmente al fine di consentire al concorrente l'acquisizione in gara di un requisito di partecipazione mancante alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta né per consentire allo stesso un'inammissibile integrazione o modificazione postuma dell'offerta formulata (come nei casi decisi dalle sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea, sez. VII, 28 febbraio 2018, in cause C-523/16 e C-536/16, e del Consiglio di Stato, sez. V, 9 dicembre 2020, n. 7752, citate dalla stazione appaltante) ma al solo ed esclusivo fine di provvedere ad un'integrazione documentale inerente l'indicazione dei servizi di punta comprovanti il possesso del requisito rispetto all'elencazione contenuta nel plico di gara (cfr. Cons. Stato, sez. V, 12 settembre 2018, n. 5332).

L'ulteriore precedente (TAR Lazio, Roma, sez. IV, 30 maggio 2023, n. 9149) richiamato dalla stazione appaltante per escludere la possibilità dell'attivazione del soccorso istruttorio non è pertinente.

Nel caso deciso dal TAR Lazio, infatti, si controverteva della mancata attivazione del soccorso istruttorio a fronte della dichiarazione, da parte dell'operatore economico offerente, di servizi "di punta" per un valore inferiore a quello reale, che non aveva comportato l'esclusione dell'impresa, ma l'aggiudicazione di un *cluster* di lavori per un importo corrispondente al valore dei servizi erroneamente dichiarato. In altri termini, nella vicenda oggetto del pronunciamento del TAR Lazio, l'errore commesso dall'operatore economico nel dichiarare il valore dei servizi di punta non era percepibile dalla stazione appaltante, avendo comunque la sua dichiarazione un effetto utile ai fini dell'aggiudicazione di un *cluster* di lavori, sebbene per un importo più basso rispetto a quello al quale il concorrente avrebbe potuto ambire sulla base del valore reale dei servizi di punta, con la conseguenza che non vi era alcuna apparente ragione per l'attivazione del soccorso istruttorio.

Nel caso oggetto del presente giudizio, invece, la dichiarazione di Energoss relativa all'espletamento dei servizi di punta avrebbe non avrebbe analogo

effetto utile, esponendo il consorzio alla esclusione per il mancato possesso, per tre delle cinque categorie di opere, del secondo servizio di punta.

Per questa ragione, la dichiarazione di Energog avrebbe obbligato la stazione appaltante ad interrogarsi sulla sua completezza e ad attivare quindi il soccorso istruttorio onde ottenere chiarimenti da parte dell'offerente.

La mancata attivazione del soccorso istruttorio al fine dell'eventuale integrazione degli elementi mancanti nella documentazione trasmessa rende pertanto illegittima l'esclusione disposta nei confronti di Energog, che deve quindi essere annullata.

14. – L'accoglimento del secondo motivo di ricorso, unito alla constatazione del contenuto della tabella allegata all'istanza di riammissione in autotutela presentata dal ricorrente il 9.11.2023, determina il logico assorbimento del terzo mezzo d'impugnazione, con il quale il consorzio si duole, peraltro in via subordinata (considerando dirimenti i precedenti rilievi), del fatto che la stazione appaltante avrebbe illegittimamente impedito allo stesso di provvedere alla sostituzione del progettista indicato in quanto in ipotesi sprovvisto del requisito di capacità professionale.

15. – In conclusione, il ricorso del consorzio Energog deve essere accolto nei sensi e nei limiti sopra indicati, con conseguente annullamento della sua esclusione dalla gara.

16. – Considerato il complessivo esito del giudizio, le spese di lite possono essere compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Perugia nella camera di consiglio del giorno 19 dicembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Pierfrancesco Ungari, Presidente

Daniela Carrarelli, Primo Referendario

Davide De Grazia, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Davide De Grazia

IL PRESIDENTE
Pierfrancesco Ungari

IL SEGRETARIO