

Sostituzione dell'ausiliaria per carenza di requisiti pregressa alla presentazione dell'offerta

di Roberto Poppi

Data di pubblicazione: 26-3-2020

Art. 89, comma 3, D. Lgs. N. 50/2016 - sostituzione dell'ausiliaria per carenza di requisiti pregressa all'indizione della procedura di gara – legittimità - settori speciali - previsione nella lex specialis di categoria SOA a qualificazione non obbligatoria (OS31) in alternativa a super specialistica (OS4) - legittimità

1. IL CASO CONCRETO - La pronuncia in commento riguarda la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata, Sez. I, che ha respinto il ricorso con cui il secondo in graduatoria contestava, tra l'altro, anche l'ammissibilità della sostituzione dell'impresa ausiliaria nella fase di gara.

Il ricorrente, col secondo e col terzo motivo, ha dedotto la violazione dell'art. 59, comma 4 e del principio di *par condicio* in quanto la stazione appaltante avrebbe illegittimamente consentito alla aggiudicataria di modificare, attraverso una regolarizzazione postuma, l'oggetto del contratto di avvalimento utilizzato ai fini della qualificazione.

Con lo stesso motivo il ricorrente asseriva che: *«una volta preso atto che l'offerta del primo graduato era sin dall'inizio carente di un requisito di ordine speciale (i contratti di punta), la soluzione adottata dalla Stazione Appaltante è consistita, in realtà, in una regolarizzazione dell'oggetto del contratto di avvalimento, oltre che nella semplice sostituzione dell'impresa ausiliaria. Se il contratto di avvalimento è un elemento necessario ai fini del perfezionamento dell'avvalimento, deve, allora, ritenersi che il documento in esame non poteva essere acquisito attraverso una regolarizzazione postuma. Una regolarizzazione, quindi, di uno dei requisiti che il concorrente avrebbe dovuto dimostrare di possedere, a pena di esclusione, entro la scadenza del termine per presentare le offerte».*

La ricorrente, difatti, ha sostenuto che: *«se è vero che l'art. 89, co. 3, d.lgs. n. 50/2016, recependo quanto previsto dall'art. 63 direttiva 2014/24/UE, consente espressamente la sostituzione dell'impresa ausiliaria rivelatasi carente dei necessari requisiti, è pure vero che detta norma deve essere interpretata in giustapposizione con gli artt. 80 e 83 del medesimo codice dei contratti i quali, rispettivamente, sanzionano le dichiarazioni mendaci, regolamentano la qualificazione e la partecipazione delle imprese alle procedure di gara e limitano la facoltà di integrare ed emendare le carenze formali e sostanziali della documentazione fornita a corredo dell'offerta.*

“Per conseguenza, pare indubitabile che la facoltà di porre rimedio a irregolarità e mancanze, anche essenziali, evitando l'esclusione, deve essere esercitata a determinate condizioni, pena la frustrazione non solo dei principi di par condicio e massima partecipazione alle gare, ma

anche dei canoni di efficacia, efficienza e buon andamento dell'attività amministrativa, in ragione dei quali non si può ammettere che le operazioni di gara vengano differite e/o ritardate sine die, per carenza di diligenza e/o perizia dei concorrenti."

A detta della ricorrente, si dovrebbe pure ritenere che l'operatore che decida -autonomamente, ma responsabilmente di avvalersi della capacità (e della collaborazione) di uno o più ausiliari, debba essere irrimediabilmente escluso dalla gara allorché emerga che questi soggetti, liberamente e discrezionalmente prescelti, risultino *ab initio* privi dei mezzi e delle risorse che avrebbe dovuto mettere a disposizione e la cui sussistenza sia stata attestata finanche falsamente».

Le argomentazioni espone dalla ricorrente, in tema di sostituzione dell'ausiliaria, non hanno persuaso e convinto il Collegio, che in ossequio delle previsioni di cui all'art. 89, co. 3, del codice dei contratti ha disposto 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».*

“Si tratta di norma di portata ampia, il cui dato testuale, di nettezza tale da non rendere percorribile l'utilizzo di criteri ermeneutici differenti da quello letterale, vincola l'azione della stazione appaltante che ravvisi un motivo di esclusione in capo all'ausiliaria, consentendo la sua sostituzione, ed evitando per tale via l'approdo dell'esclusione del concorrente dalla gara.”

Tale disposizione recepisce la previsione dell'art. 63 della direttiva 24/2014/UE, per cui: *"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."*

In tal senso, l'art. 89, co. 3, invece, consente, anzi, impone la sostituzione dell'ausiliaria anche nell'ambito di rapporto tra imprese scaturito dalla stipulazione di un contratto di avvalimento ed anche nella fase precedente l'esecuzione del contratto. La sostituzione dell'ausiliaria durante la gara è istituto 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 con ciò all'esigenza di evitare l'esclusione dell'operatore per ragioni lui non direttamente riconducibili e così, seppur di riflesso, 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, Cons. Stato, sez. V, 21 febbraio 2018 n. 1101; in senso speculare Cons. Stato, sez. V, 26 aprile 2018, n. 2527).

In tale prospettiva, si è pure condivisibilmente affermato che tale disposizione si applica in tutti i casi in cui ricorra una causa “mediata” di esclusione del concorrente, per motivi riconducibili all’ausiliaria, ovverossia non solo se dette condizioni siano successivamente venute meno, ma anche qualora esse siano state sussistenti *ab origine*.

Il legislatore, infatti, non ha distinto il caso in cui l’ausiliaria, in possesso del requisito di partecipazione (messo a disposizione dell’operatore concorrente) al momento della stipulazione del contratto di avvalimento, lo abbia perduto – nel quale la sostituzione sarebbe consentita – da quello in cui il requisito non è mai stato posseduto (in cui, invece, la sostituzione sarebbe preclusa) ma ha, altresì, ammesso la sostituzione dell’ausiliaria in assenza del requisito (ovvero di ricorrenza di una causa obbligatoria di esclusione), quale che sia il momento cui essa risale.

Una differente interpretazione della norma contrasterebbe con «la *ratio* della norma che risponde all’esigenza di evitare l’esclusione dell’operatore economico per cause a lui non direttamente riconducibili e, in questo modo, sia pure indirettamente, stimolare il ricorso all’avvalimento e, per questa via, la più ampia partecipazione delle imprese, anche di dimensioni medio – piccole, alle procedure di affidamento di appalti pubblici (cfr. Cons. Stato, sez. V, 26 aprile 2018, n. 2527; V, 21 febbraio 2018, n. 1101). La mancanza del requisito di partecipazione (messo a disposizione), che sia originaria o sopravvenuta alla stipulazione del contratto di avvalimento, non è, in entrambi i casi, riconducibile all’operatore economico il quale, pertanto, per volontà di legge, non ne deve subire le conseguenze» (in termini, Cons. Stato, sez. V, 3 gennaio 2019, n. 69).

Al riguardo, si è pure già correttamente rilevato come l’art. 89, co. 3, del codice dei contratti, non palesi profili di possibile illegittimità costituzionale, risultando potenzialmente applicabile a tutti i concorrenti e, dunque, non disciplinando in maniera diversa situazione identiche (Cons. Stato, 69 del 2013, *cit.*)

La distinzione proposta dall’appellante non trova aggancio neppure nell’art. 63, comma 1, Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sugli appalti pubblici 26/02/2014 n. 2014/24/UE del quale il ripetuto art. 89, co. 3, riproduce quasi alla lettera il testo, dovendosi escludere la necessità di rinvio alla Corte di Giustizia dell’Unione europea al fine di verificare la conformità della norma nazionale alla disposizione europea (ancora, in termini, Cons. Stato, 69 del 2013, *cit.*).

Corte di Giustizia, invece, interessata in altro giudizio attinente al tema dal Consiglio di Stato, [sez. III, 20 marzo 2020, n. 2005](#) che ha, recentemente, rimesso il caso della falsa dichiarazione resa da un’impresa ausiliaria e della possibilità, per il concorrente, di poterla o meno sostituire. Ivi si richiama il contrasto con l’articolo 89, comma 1, del Codice, che prevede in caso di false dichiarazioni da parte dell’ausiliaria, «la stazione appaltante esclude il concorrente e escute la garanzia». Per il Giudice di ultima istanza, l’articolo 89, comma 1, del Codice deve essere interpretato nel senso che la dichiarazione non veritiera resa da

un'ausiliaria in sede di gara comporta, quale conseguenza automatica, il dovere della stazione appaltante di escludere il concorrente, senza possibilità di provvedere alla sua sostituzione. Il mendacio esclude perciò l'applicazione dell'articolo 89, comma 3, che consente il cambio dell'impresa ausiliaria solo in caso di accertata carenza degli altri requisiti generali richiesti dall'articolo 80. Tuttavia – assume il Consiglio di Stato - la norma europea non si sostanzia in chiara distinzione tra falsa dichiarazione e restanti cause di esclusione imponendo la sostituzione dell'impresa ausiliaria in tutte le ipotesi in cui venga sottolineata un'assenza di detti requisiti. Da qui la rimessione alla Corte di Giustizia.

Il TAR Basilicata nel caso de quo non ha ommesso di considerare tale aspetto in ragione del rilievo da parte ricorrente inerente al fatto che l'aggiudicataria, nel formulare l'offerta, aveva “reso una dichiarazione non corrispondente al vero”, avendo sostenuto di “essere in possesso di adeguata idoneità tecnica in ragione dello svolgimento di attività analoghe (contratto di punta)”. Ciò in quanto, al fine di rispondere a quanto previsto dall'art. 8, co. 1, lett. c) del disciplinare di gara, la mandataria avrebbe stipulato un contratto di avvalimento con l'impresa ausiliaria che non afferiva in alcun modo “ad attività effettivamente analoghe” (i contratti “indicati e prodotti in offerta” da quest'ultima a comprova

della sua capacità tecnica), “come del resto riconosciuto dalla stessa stazione appaltante” (che poi ha imposto la sostituzione per carenza di requisiti).

Il Collegio, invece, non ha accolto considerando che la concorrente e l'ausiliaria producendo i contratti richiesti dalla S.A. hanno fatto mostra di ritenere che detti regolamenti negoziali specificati in sede di avvalimento fossero tecnicamente idonei ad essere qualificati come “attività analoghe” in linea con quanto prescritto dal disciplinare di gara.

“Sul punto, reputa il Collegio che nel caso di specie non possano individuarsi gli estremi della falsità dichiarativa, posto che il possesso del requisito speciale di cui è questione è stato testualmente fatto discendere dall'esecuzione dei due contratti di cui innanzi. In tal senso, è ben plausibile che, come diffusamente sostenuto negli scritti difensivi, vi sia stata assenza della piena consapevolezza e della volontà della non rispondenza al vero della dichiarazione, sì da non potersi configurare la sussistenza del dolo generico (Cass. pen., sez. V, sent. 17 giugno 2015, n. 25468). Ne consegue l'infondatezza della censura di violazione dell'art. 89, co. 1, d.lg.s. n. 50 del 2016, secondo cui: «Nel caso di dichiarazioni mendaci, ferma restando l'applicazione dell'articolo 80, comma 12, nei confronti dei sottoscrittori, la stazione appaltante esclude il concorrente e escute la garanzia”.

Il TAR Basilicata interviene su un altro importante principio di diritto.

Con l'ultimo motivo, la ricorrente deduceva che il raggruppamento di imprese aggiudicatario non sarebbe stato in possesso della qualificazione necessaria per l'ammissione alla gara, in quanto la mandataria dell'RTI primo in graduatoria non sarebbe risultato qualificata né per la categoria OS4, né per la categoria OS31.

Secondo la ricorrente: «la *lex specialis* di gara, in coerenza con la specifica normativa dei lavori nelle categorie specialistiche SIOS, ha prescritto la necessità della qualificazione

nella categoria OS4. Conseguentemente, la facoltà concessa agli operatori economici di partecipare alla procedura di gara comprovando, in luogo del possesso di attestazione di qualificazione SOA per la categoria OS4 il possesso di qualificazione nella categoria OS31, non risulta circostanza sufficiente a superare la puntuale previsione della lex specialis di richiedere, sempre e comunque, a pena di esclusione, il possesso di idonea qualificazione SOA anche per tale categoria».

La censura secondo il Tribunale non ha pregio.

L'art. 8, co. 1, lett. b), del disciplinare di gara, non impugnato, disponeva: «*relativamente alle lavorazioni ricadenti nella categoria OS4, in alternativa il concorrente potrà qualificarsi anche mediante il possesso dell'Attestazione SOA per la categoria OS31, classe IV-bis*»[\[1\]](#).

La specifica qualificazione dei partecipanti doveva, inoltre, essere attestata mediante l'ulteriore prova dell'esecuzione contratti "di punta" di lavori (analoghi) inerenti alla categoria di macchinari facenti parte integrante della res aedificanda (nello specifico un deposito per lo stoccaggio di contenitori per combustibile nucleare trattato movimentati mediante rulliere e carriponte).

Tale chiare previsioni hanno consentito al raggruppamento aggiudicatario di assorbire la categoria OS31 nella categoria prevalente OG1 e di produrre idonei contratti di punta realizzati, nel triennio precedente, dalla nuova ausiliaria.

D'altro canto, il D.M. n. 248/2016 non annovera, nell'ambito delle categorie c.d. "superspecialistiche" a qualificazione obbligatoria, quella OS31. Del pari, quest'ultima non rientra neppure nella categoria dei "lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica", c.d. SIOS.

Ne consegue, trattandosi di categoria a qualificazione non obbligatoria, l'applicazione dell'art. 92 del d.P.R. n. 207 del 2010, vigente in via transitoria, fino all'entrata in vigore del nuovo sistema di qualificazione, ai sensi degli artt. 83, co. 2, e 216, co. 14, del Codice dei contratti pubblici, secondo cui, per quanto rileva nel caso di specie, prevede che «i requisiti relativi alle categorie scorporabili non posseduti dall'impresa devono da questa essere posseduti con riferimento alla categoria prevalente».

La ricorrente ha sostenuto, prendendo le mosse dalla tabella recata dall'art. 3 del disciplinare di gara, che quest'ultimo avrebbe imposto, con riguardo alla procedura comparativa in questione, la qualificazione obbligatoria anche della categoria OS31.

Si tratta, tuttavia, per il TAR Basilicata di approdo che contrasta pienamente con quanto previsto dall'art. 8 del Disciplinare, il quale recava proprio l'individuazione dei requisiti speciali di gara, con contenuto antitetico.

2. I RIFERIMENTI NORMATIVI - Con una disposizione di carattere innovativo, inserita nelle direttive europee del 2014 e nel Codice di recepimento del 2016, è stato introdotto un nuovo istituto all'interno della disciplina degli appalti pubblici, almeno per quanto concerne

l'avvalimento.

Per garantire la partecipazione alla procedura del concorrente che sia incolpevole delle eventuali irregolarità dichiarate dall'ausiliario, l'articolo 89, comma 3, del Codice ha introdotto l'onere per la stazione appaltante di richiedere la sostituzione dell'ausiliario che non soddisfi i requisiti richiesti dal Codice.

Nel nuovo quadro normativo comunitario e nazionale la sostituzione dell'impresa ausiliaria priva dei requisiti, quindi, non solo è consentita ma è imposta. L'art. 89, comma 3, del D.Lgs. n. 50/2016, che costituisce diretta attuazione dell'art. 63 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, dispone espressamente che la stazione appaltante debba verificare, 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 ed obbliga l'operatore economico alla sostituzione dei soggetti che non soddisfino un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistano motivi obbligatori di esclusione.

Il carattere obbligatorio di tale verifica e della conseguente sostituzione dell'impresa ausiliaria priva dei requisiti dimostra come il legislatore comunitario, seguito da quello nazionale, abbia deciso di superare definitivamente l'impostazione che individuava nella sostituzione "in corsa" dell'ausiliario inidoneo una pratica lesiva della concorrenza.

Se nel previgente quadro normativo, difatti, la giurisprudenza nazionale e comunitaria aveva escluso la possibilità di sostituire un'impresa ausiliaria che avesse perduto le qualificazioni richieste successivamente al deposito della sua offerta ed aveva affermato che detta situazione determinasse l'esclusione automatica dell'operatore ausiliato, pena la violazione della par condicio tra i concorrenti, le previsioni attualmente in vigore vincolano le scelte delle S.A.

3. LE POSIZIONI DELLA GIURISPRUDENZA - La questione, come si può ben comprendere, risulta essere particolarmente complessa e foriera di differenti e difformi interpretazioni da parte della giurisprudenza in special modo a causa dell'impostazione del precedente Codice che, con gli ultimi arresti giurisprudenziali, non ha comunque potuto che addivenire alla conclusione, chiara e manifesta che le previsioni attualmente in vigore non consentono trasformano la azione delle S.A. da meramente "censoria" (nel senso della mera certificazione dell'assenza dei requisiti ai fini dell'esclusione) a "proattiva" (nell'ottica di garanzia del diritto alla sostituzione al fine di consentire una conservazione della graduatoria).

Una differente interpretazione contrasterebbe con «la *ratio* della norma che risponde all'esigenza di evitare l'esclusione dell'operatore economico per cause a lui non direttamente riconducibili e, in questo modo, sia pure indirettamente, stimolare il ricorso all'avvalimento e, per questa via, la più ampia partecipazione delle imprese, anche di dimensioni medio – piccole, alle procedure di affidamento di appalti pubblici (cfr. Cons. Stato, sez. V, 21 febbraio 2018, n. 1101).

Tale principio è stato ribadito anche dal Cons. Stato, sez. V, con la sentenza del 26 aprile

2018, n. 2527, con tale sentenza il supremo consesso di Giustizia Amministrativa, ha statuito: *“L’art. 89, comma 3, cit., invece, consente (anzi, impone) la sostituzione anche nell’ambito di rapporto tra imprese scaturito dalla stipulazione di un contratto di avvalimento ed anche nella fase precedente l’esecuzione del contratto (per questo, è stato definito “istituto del tutto innovativo” da Cons. Stato, III, 25 novembre 2015, n. 5359, dove era stato posto il problema dell’immediata applicabilità dell’art. 63 cit. prima del suo recepimento da parte dell’ordinamento nazionale, nonché da Corte di Giustizia dell’Unione europea in C-223/16 del 14 settembre 2017 causa Casertana costruzioni s.r.l. dove era stata sottoposta la medesima questione).*

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), ma risponde 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”.

La mancanza del requisito di partecipazione (messo a disposizione), che sia originaria o sopravvenuta alla stipulazione del contratto di avvalimento, non è, in entrambi i casi, riconducibile all’operatore economico il quale, pertanto, per volontà di legge, non ne deve subire le conseguenze» (in termini, Cons. Stato, sez. V, 3 gennaio 2019, n. 69).

Anche il Tar Campania, sez. III, 27 maggio 2019, n. 2827, conferma che: *“Va preliminarmente osservato che la possibilità di sostituire l’ausiliario – di cui all’art. 89, comma 3, d.lgs. n. 50/2016 – costituisce deroga al principio di non modificabilità della compagine soggettiva del concorrente. Trattasi, quindi, di norma di favore, che presuppone la fattiva collaborazione del concorrente che di quel “favor” si avvale.*

4. LE POSIZIONI DELL’ANAC - Sulla questione è intervenuta anche l’ANAC, che con il Parere di Precontenzioso n. 899 del 6/09/2017, aveva ritenuto legittima la sostituzione dell’impresa ausiliaria anche in una gara bandita sotto la vigenza del d.lgs. 163/2006, facendo leva sulla specificità del caso in esame.

Tale posizione è stata confermata dalla stessa ANAC nella sua guida sull’avvalimento pubblicata nel corso del 2018.

5. CONCLUSIONI – In ragione di quanto sopra esposto si deve ritenere pacifico che la Stazione Appaltante debba imporre la sostituzione dell’ausiliaria e potrà escludere il concorrente solo in caso di mancata sostituzione o d’inidoneità della nuova ausiliaria.

L’attuale normativa sull’avvalimento prevede che la stazione appaltante, quindi, laddove rilevi che l’impresa ausiliaria non è in possesso di uno o più requisiti di ammissione (fra i quali è

ricompresa ovviamente la correntezza contributiva), “imporre” – e non “può imporre” – al concorrente di sostituire l’ausiliaria.

Questo significa che in nessun caso il mancato possesso, originario o sopravvenuto, in capo all’ausiliaria di un requisito di partecipazione (o anche di un requisito tecnico, quale ad esempio l’attestazione SOA) può determinare l’automatica esclusione dell’ausiliata.

L’art. 89, inoltre, non pone limiti temporali all’esercizio del potere-dovere di procedere alla sostituzione dell’ausiliaria, salvo ovviamente il limite massimo costituito dalla data di prevista stipula del contratto.

Il comma 3, dell’art. 89, ovviamente, si applica a prescindere dal fatto che la lex specialis lo richiami espressamente. E’, infatti, evidente che, essendo incontestata l’ammissibilità dell’avvalimento, l’art. 89 si applica nella sua globalità, ivi incluso il comma 3. Come è noto, il principio di c.d. eterointegrazione dei bandi opera sicuramente quantomeno con riguardo alle disposizioni del Codice dei contratti pubblici e di quelle attuative dello stesso (regolamenti, linee guida ANAC, etc.), non potendosi ovviamente immaginare che un bando o un disciplinare debbano riportare in dettaglio la ormai sovrabbondante normativa prodotta in materia.

E’ concessa, infine, alle S.A. la possibilità, ai fini della qualificazione in gara dei concorrenti, di prevedere nella lex specialis l’alternatività di categoria SOA superspecialistica (cd. SIOS) e SOA a qualificazione non obbligatoria. Ciò laddove la stessa Stazione Appaltante, (operante nei settori speciali) operi nella esercizio della libertà di fissazione dei requisiti di qualificazione in relazione alla normativa tecnica, alle regole dell’arte, alle omologazioni e alle esigenze di sicurezza e continuità del servizio che caratterizzano le attività rientranti del settore specifico, nel rispetto dei principi di proporzionalità e adeguatezza e, comunque in modo da escludere ingiustificate o abusive limitazioni della concorrenza.

[1] Come noto, la declaratoria della cat. “SIOS” OS4 (a qualificazione obbligatoria) “riguarda la fornitura, il montaggio e la manutenzione o ristrutturazione d’impianti trasportatori, ascensori, scale mobili, di sollevamento e di trasporto completi di ogni connessa opera muraria, complementare o accessoria, da realizzarsi in opere generali che siano già state realizzate o siano in corso di costruzione” mentre quella della cat. OS31 “riguarda la fornitura, il montaggio e la manutenzione o ristrutturazione di impianti e apparecchi di sollevamento e trasporto, completi di ogni connessa opera muraria, complementare o accessoria, puntuale o a rete, quali filovie, teleferiche, sciovie, gru e simili”.

LEGGI LA SENTENZA

Publicato il 14/03/2020

N. 00194/2020 REG.PROV.COLL.

N. 00331/2019 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso avente numero di registro generale 331 del 2019, integrato da motivi aggiunti, proposto da

- Società Italiana Costruzioni s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa in giudizio dall'avv. Giuseppe Russo, con domicilio digitale come da casella p.e.c. risultante dai registri di giustizia e domicilio presso la segreteria di questo Tribunale;

contro

- So.G.I.N. s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa in giudizio dall'avv. Luigi Strano, con domicilio digitale come da casella p.e.c. risultante dai registri di giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Filippo Rautiis, in Potenza, alla via Mazzini n. 69;

nei confronti

- Edilgen s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa in giudizio dagli avvocati Antonio Bifulco, Alfredo Cincotti, con domicilio digitale come da casella p.e.c. risultante dai registri di giustizia;

- Costruzioni Cinquegrana s.r.l., Penta System s.r.l. non costituite in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

per quanto attiene al ricorso introduttivo

- della comunicazione della Sogin s.p.a. del 28.05.2018, pervenuta a mezzo pec in pari data;

- dei verbali di gara, nella parte in cui la Commissione di gara ha ammesso (*rectius* non escluso), valutato e punteggiato l'offerta della RTI EDILGENA S.p.A.;

- per quanto possa occorrere del bando di gara e del disciplinare;

- per quanto possa occorrere del provvedimento ex art. 29 del codice dei contratti di ammissione delle imprese alla fase successiva della procedura di gara, nella parte in cui non sono percepibili profili che rendono evidente la lesività dell'ammissione del raggruppamento aggiudicatario;
- di ogni altro atto presupposto o connesso, ancorché non conosciuto, in quanto lesivo degli interessi della ricorrente, nonché e per l'accertamento e la declaratoria dell'inefficacia del contratto, ove nelle more sottoscritto, e del diritto della ricorrente a conseguire l'aggiudicazione ed a subentrare nel contratto medesimo;
- nonché del diritto della ricorrente ad ottenere il risarcimento per equivalente;

per quanto attiene ai motivi aggiunti

- della comunicazione della Sogin s.p.a. del 19.09.2019, pervenuta in pari data;
- dell'aggiudicazione definitiva della procedura per l'affidamento dei "Lavori di completamento dell'Edificio Depositato denominato DMC3/DTC3 presso l'impianto ITREC di Trisaia" al concorrente RTI Edilgena s.p.a.;
- dei verbali di gara, nella parte in cui la Commissione di gara ha ammesso (rectius non escluso), valutato e punteggiato l'offerta della RTI Edilgena s.p.a.;
- per quanto possa occorrere del bando di gara e del disciplinare;
- per quanto possa occorrere del provvedimento ex art. 29 del Codice dei Contratti di ammissione delle imprese alla fase successiva della procedura di gara, nella parte in cui non sono percepibili profili che rendono evidente la lesività dell'ammissione del raggruppamento aggiudicatario;
- di ogni altro atto presupposto e/o connesso ancorché non conosciuto, in quanto lesivo degli interessi della ricorrente.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Sogin s.p.a. e del RTI Edilgena s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore, alla pubblica udienza del giorno 15 gennaio 2020, il Primo Referendario avv. Benedetto Nappi;

Uditi per le parti i difensori presenti, come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La Società Italiana Costruzioni s.p.a., con atto depositato il 15 luglio 2019, è insorta avverso gli atti in epigrafe, concernenti l'aggiudicazione definitiva al raggruppamento controinteressato della procedura per l'affidamento dei "lavori di completamento dell'edificio depositato denominato DMC3/DTC3 presso l'impianto ITREC di Trisaia", deducendo da più angolazioni la violazione di legge e l'eccesso di potere.

2. Costituitasi in giudizio, la stazione appaltante Sogin s.p.a. ha eccepito l'inammissibilità in rito e l'infondatezza nel merito del ricorso.

2.1. A speculare approdo è pervenuta la controinteressata Edilgen s.p.a..

3. Alla camera di consiglio del 17 luglio 2019 il procuratore di parte ricorrente ha chiesto la cancellazione della causa dal ruolo cautelare, risultando in corso il riesame in autotutela della procedura da parte della stazione appaltante.

4. Il 23 ottobre 2019 parte ricorrente ha depositato motivi aggiunti avverso la comunicazione ricevuta dalla Sogin s.p.a. il precedente 19 settembre, con la quale la stazione appaltante ha disposto nuovamente l'aggiudicazione definitiva della procedura stessa al RTI Edilgen s.p.a..

5. Le parti intime hanno concluso per la reiezione dell'atto di motivi aggiunti.

6. Alla camera di consiglio svoltasi il 23 ottobre 2019, con ordinanza n. 165 del 2019 il Collegio, ha rigettato l'incidentale istanza cautelare formulata coi motivi aggiunti per la ritenuta carenza di sufficiente *fumus boni iuris*, avuto riguardo ai condivisibili contenuti delle memorie di parte ricorrente della controinteressata e agli arresti del giudice d'appello in essi richiamate.

7. Alla pubblica udienza del 15 gennaio 2020, previo deposito di memorie e documenti, i procuratori delle parti hanno precisato le rispettive posizioni e il giudizio è transitato in decisione.

8. *In limine litis*, il Collegio rileva l'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse dell'atto introduttivo del giudizio. In effetti, si è nell'occasione impugnata l'aggiudicazione definitiva dei lavori in questione al RTI Edilgena s.p.a.. In seguito, tuttavia, la Sogin s.p.a., ha nuovamente disposto, con atto del 19 settembre 2019, impugnato coi motivi aggiunti, l'aggiudicazione definitiva dell'appalto. È stato dunque adottato dall'amministrazione un provvedimento idoneo a ridefinire l'assetto degli interessi in gioco che, pur senza avere alcun effetto soddisfacente nei confronti del ricorrente, renda certa e definitiva l'inutilità della decisione relativamente all'atto introduttivo del giudizio.

9. Nel merito, l'atto di motivi aggiunti è infondato, alla stregua della motivazione che segue.

9.1. Si è in primo luogo sostenuto che l'aggiudicataria, nel formulare l'offerta, avrebbe "reso una dichiarazione non corrispondente al vero", avendo sostenuto di: «essere in possesso di adeguata idoneità tecnica in ragione dello svolgimento di attività analoghe (contratto di punta), mediante l'esecuzione di un di un singolo lavoro per fornitura e posa in opera di carroponete, di importo non inferiore ad € 1.039.234,20, pari al 40% dell'importo della qualificazione richiesta per la categoria OS4/OS31, ovvero, in alternativa, due lavori, per fornitura e posa in opera di carroponete, di importo complessivo non inferiore ad € 1.428.947,03, pari al 55% dell'importo della qualificazione richiesta per la categoria OS4/OS31, realizzati nei ultimi 3 anni, antecedenti la data di invio della richiesta di offerta». Ciò in quanto, al fine di rispondere a quanto previsto dall'art. 8, co. 1, lett. c) del disciplinare di gara, la Edilgen s.p.a ha stipulato un contratto di avvalimento con l'impresa Emmegiesse s.r.l., pur non attenendo in alcun modo "ad attività effettivamente analoghe" i contratti "indicati e prodotti in offerta" da quest'ultima a comprova della sua capacità tecnica, come del resto riconosciuto dalla stessa stazione appaltante.

L'art. 8 del disciplinare di gara, rubricato "requisiti di ordine speciale per l'ammissione alla gara", al co. 1, lett. c), dispone che: «relativamente alle lavorazioni di cui alla categoria OS4 ovvero OS31, il concorrente dovrà dimostrare adeguata idoneità tecnica in ragione dello svolgimento di attività analoghe (Contratto di punta), mediante l'esecuzione di un (1) singolo lavoro per fornitura e posa in opera di carroponete, di importo non inferiore ad € 1.039.234,20, pari al 40% quaranta per cento dell'importo della qualificazione richiesta per la categoria OS4/OS31, ovvero, in alternativa, due (2) lavori, per fornitura e posa in opera di carroponete, di importo complessivo non inferiore ad € 1.428.947,03, pari al 55% dell'importo della qualificazione richiesta per la categoria OS4/OS31, realizzati nei ultimi 3 anni, antecedenti la data di invio della richiesta di offerta. I contratti valutabili sono quelli iniziati, ultimati e approvati nel triennio antecedente la data di invio della richiesta di offerta, ovvero la parte di essi ultimata e approvata nello stesso periodo per il caso di contratti iniziati in epoca precedente».

La censura non persuade. Occorre osservare come tanto la Edilgen quanto l'ausiliaria Emmegiesse s.r.l. abbiano dichiarato il possesso del requisito di capacità tecnica di cui all'art. 8, co. 1, lett. c) del disciplinare di gara richiamando espressamente e inequivocabilmente il fatturato specifico d'impresa rilevante, con riguardo ai contratti: "17100 KIPIC 'CARRIPONTE ATEX" e "17070 JAZAN'HOISTS ATEX".

In tal modo, hanno fatto mostra di ritenere che i contratti specificati in sede di avvalimento fossero tecnicamente idonei ad essere qualificati come "attività analoghe" in linea con quanto prescritto dal disciplinare di gara.

Sul punto, reputa il Collegio che nel caso di specie non possano individuarsi gli estremi della falsità dichiarativa, posto che il possesso del requisito speciale di cui è questione è stato testualmente fatto discendere dall'esecuzione dei due contratti di cui innanzi. In tal senso, è ben plausibile che, come diffusamente sostenuto negli scritti difensivi, vi sia stata assenza della piena consapevolezza e della volontà della non rispondenza al vero della dichiarazione, sì da non potersi configurare la sussistenza del dolo generico (Cass. pen., sez. V, sent. 17

giugno 2015, n. 25468). Ne consegue l'infondatezza della censura di violazione dell'art. 89, co. 1, d.lg.s. n. 50 del 2016, secondo cui: «Nel caso di dichiarazioni mendaci, ferma restando l'applicazione dell'articolo 80, comma 12, nei confronti dei sottoscrittori, la stazione appaltante esclude il concorrente e escute la garanzia».

9.1.1. Non sussiste, poi, la lamentata violazione dell'art. 80, co. 5, d.lgs. n. 50 del 2016. In effetti, ai sensi del menzionato art. 80, comma 5, lett. c-bis), la stazione appaltante esclude l'operatore economico dalla procedura d'appalto laddove: «dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Tra questi rientra: [...] il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione».

Ora, secondo un condivisibile indirizzo giurisprudenziale, occorre: a) che non si tratti di dichiarazione semplicemente erronea (in quanto non conforme alla verità dei fatti) o materialmente omessa (in quanto taciuta da parte del concorrente che era in possesso dei relativi dati e delle sottese informazioni), ma di dichiarazione propriamente falsa (in quanto oggetto di una condotta intesa alla alterazione, consapevole e volontaria o quanto meno frutto di non giustificabile negligenza, parimenti idonea a strutturare un giudizio di complessiva colpevolezza) o alterata dalla omissione di dati necessari ("informazioni dovute"); b) che, per altro verso, non sia necessario dimostrarne (con giudizio necessariamente a posteriori) le concrete modalità di incidenza sulla operata valutazione, essendo (necessario ma) sufficiente l'apprezzamento (pur sempre in concreto, ma a priori) della rilevanza (cioè della idoneità – suscettibilità, nel linguaggio della norma – a fuorviare il giudizio sulle caratteristiche della proposta negoziale). L'influenza (determinante) sul processo decisionale va, per tal via, certamente dimostrata, ma è a tal fine sufficiente – proprio perché la rimproverabile falsificazione od omissione di dati della realtà economica e professionale è destinata ad incidere sulla affidabilità prima ancora soggettiva (*id est*, del concorrente) che oggettiva (*id est*, dell'offerta) – il riscontro della obiettiva rilevanza, nel senso chiarito, dei dati volta a volta omessi o alterati (in termini, Cons. Stato, sez. V, 12 settembre 2019, n. 6157).

Ebbene, nel caso di specie ben può ritenersi che le puntuali indicazioni fornite in sede di dichiarazione abbiano messo la stazione appaltante in condizione di verificare agevolmente il possesso del requisito in questione, sì da escludere ogni effettiva configurabilità di volontaria (e determinante) alterazione del relativo processo decisionale.

10. Col secondo e col terzo motivo, da esaminare congiuntamente attesa la loro connessione, si è dedotta, per un verso, la violazione dell'art. 59, co. 4 e del principio di *par condicio* in quanto la stazione appaltante avrebbe illegittimamente consentito alla aggiudicataria di modificare, attraverso una regolarizzazione postuma, l'oggetto del contratto di avalimento utilizzato ai fini della qualificazione.

Ciò in quanto: «una volta preso atto che l'offerta del RTI Edilgen era sin dall'inizio carente di un requisito di ordine speciale (i contratti di punta), la soluzione adottata da Sogin è consistita, in realtà, in una regolarizzazione dell'oggetto del contratto di avalimento, oltre che nella

semplice sostituzione dell'impresa ausiliaria. Se il contratto di avvalimento è un elemento necessario ai fini del perfezionamento dell'avvalimento, deve, allora, ritenersi che il documento in esame non poteva essere acquisito attraverso una regolarizzazione postuma. Una regolarizzazione, quindi, di uno dei requisiti che il concorrente avrebbe dovuto dimostrare di possedere, a pena di esclusione, entro la scadenza del termine per presentare le offerte».

Pera altro verso, si è sostenuto che: «se è vero che l'art. 89, co. 3, d.lgs. n. 50/2016, recependo quanto previsto dall'art. 63 direttiva 2014/24/UE, consente espressamente la sostituzione dell'impresa ausiliaria rivelatasi carente dei necessari requisiti, è pure vero che detta norma deve essere interpretata in giustapposizione con gli artt. 80 e 83 del medesimo codice dei contratti i quali, rispettivamente, sanzionano le dichiarazioni mendaci, regolamentano la qualificazione e la partecipazione delle imprese alle procedure di gara e limitano la facoltà di integrare ed emendare le carenze formali e sostanziali della documentazione fornita a corredo dell'offerta. Per conseguenza, pare indubitabile che la facoltà di porre rimedio a irregolarità e mancanze, anche essenziali, evitando l'esclusione, deve essere esercitata a determinate condizioni, pena la frustrazione non solo dei principi di par condicio e massima partecipazione alle gare, ma anche dei canoni di efficacia, efficienza e buon andamento dell'attività amministrativa, in ragione dei quali non si può ammettere che le operazioni di gara vengano differite e/o ritardate sine die, per carenza di diligenza e/o perizia dei concorrenti. Parimenti si deve pure ritenere che l'operatore che decida -autonomamente, ma responsabilmente di avvalersi della capacità (e della collaborazione) di uno o più ausiliari, deve essere irrimediabilmente escluso dalla gara allorché emerga che questi soggetti, liberamente e discrezionalmente prescelti, risultino *ab initio* privi dei mezzi e delle risorse che avrebbe dovuto mettere a disposizione e la cui sussistenza sia stata attestata finanche falsamente».

L'articolata tesi così esposta non persuade. L'art. 89, co. 3, del codice dei contratti dispone 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».

Si tratta di norma di portata ampia, il cui dato testuale - di nettezza tale da non rendere percorribile l'utilizzo di criteri ermeneutici differenti da quello letterale – vincola l'azione della stazione appaltante che ravvisi un motivo di esclusione in capo all'ausiliaria, consentendo la sua sostituzione, ed evitando per tale via l'approdo dell'esclusione del concorrente dalla gara.

In tal senso, si è condivisibilmente osservato come tale disposizione recepisca la previsione dell'art. 63 della direttiva 24/2014/UE, per cui: «l'amministratore 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. In tal senso, l'art. 89, co. 3, invece, consente (anzi, impone) la sostituzione anche nell'ambito di rapporto tra imprese

scaturito dalla stipulazione di un contratto di avvalimento ed anche nella fase precedente l'esecuzione del contratto. La sostituzione dell'ausiliaria durante la gara è istituito 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); ma risponde all'esigenza di evitare l'esclusione dell'operatore per ragioni lui non direttamente riconducibili e così, seppur di riflesso, 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, Cons. Stato, sez. V, 21 febbraio 2018 n. 1101; in senso speculare Cons. Stato, sez. V, 26 aprile 2018, n. 2527).

In tale prospettiva, si è pure condivisibilmente affermato che tale disposizione si applica in tutti i casi in cui ricorra una causa "mediata" di esclusione del concorrente, per motivi riconducibili all'ausiliaria, ovverossia non solo se dette condizioni siano successivamente venute meno, ma anche qualora esse siano state sussistenti *ab origine*. In particolare: «il legislatore, infatti, non ha distinto il caso in cui l'ausiliaria, in possesso del requisito di partecipazione (messo a disposizione dell'operatore concorrente) al momento della stipulazione del contratto di avvalimento, lo abbia perduto – nel quale la sostituzione sarebbe consentita – da quello in cui il requisito non è mai stato posseduto – in cui, invece, la sostituzione sarebbe preclusa – ma ha ammesso la sostituzione dell'ausiliaria in assenza del requisito (ovvero di ricorrenza di una causa obbligatoria di esclusione), quale che sia il momento cui essa risale». Una differente interpretazione della norma contrasterebbe con «la *ratio* della norma che risponde all'esigenza di evitare l'esclusione dell'operatore economico per cause a lui non direttamente riconducibili e, in questo modo, sia pure indirettamente, stimolare il ricorso all'avvalimento e, per questa via, la più ampia partecipazione delle imprese, anche di dimensioni medio – piccole, alle procedure di affidamento di appalti pubblici (cfr. Cons. Stato, sez. V, 26 aprile 2018, n. 2527; V, 21 febbraio 2018, n. 1101). La mancanza del requisito di partecipazione (messo a disposizione), che sia originaria o sopravvenuta alla stipulazione del contratto di avvalimento, non è, in entrambi i casi, riconducibile all'operatore economico il quale, pertanto, per volontà di legge, non ne deve subire le conseguenze» (in termini, Cons. Stato, sez. V, 3 gennaio 2019, n. 69).

10.1. Non ricorre, per tutto quanto considerato al precedente capo 9., il caso della dichiarazione mendace dell'ausiliaria, non trovando dunque qui applicazione, va ribadito, l'art. 89, co. 1, d.lgs n. 50 del 2016.

10.2. Si è pure già correttamente rilevato come l'art. 89, co. 3, del codice dei contratti, non palesi profili di possibile illegittimità costituzionale, risultando potenzialmente applicabile a tutti i concorrenti e, dunque, non disciplinando in maniera diversa situazione identiche (Cons. Stato, 69 del 2013, *cit.*)

10.3. La distinzione proposta dall'appellante non trova aggancio neppure nell'art. 63, comma 1, Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sugli appalti pubblici 26/02/2014 n. 2014/24/UE del quale il ripetuto art. 89, co. 3, riproduce quasi alla lettera il testo, dovendosi escludere la necessità di rinvio alla Corte di Giustizia dell'Unione europea al fine di verificare la conformità della norma nazionale alla disposizione europea (ancora, in termini, Cons. Stato, 69 del 2013, *cit.*).

11. Si è ancora dedotto che sarebbe stata violata la legge di gara in quanto la nuova ausiliaria non avrebbe «eseguito due singoli lavori pari ad un importo non inferiore ad € 1.428.947,03, ma ha dimostrato di aver raggiunto tale soglia minima con ben 17 certificati di collaudo, con la giuridica conseguenza che la stazione appaltante avrebbe dovuto concludere il subprocedimento confermando l'annullamento della aggiudicazione in favore del RTI Edilgen e disponendo l'aggiudicazione in favore del RTI Italiana Costruzioni».

L'argomento va disatteso, posto che la *lex specialis* della procedura fa riferimento testualmente ai "contratti di punta", ovverosia all'insieme di diritti e obbligazioni che ne costituiscono il contenuto, e non all'esigenza, come pare sostenere la deducente, che essi debbano necessariamente esaurirsi in un'unica prestazione esecutiva, isolatamente considerata. In altri termini, come correttamente osservato in sede di scritti difensivi dalla stazione appaltante e dalla controinteressata, ciò che rileva ai fini del possesso del requisito è l'appalto distintamente considerato, in cui l'unicità del rapporto è costituito dall'identità del titolo negoziale, del committente e della commessa.

12. Coll'ultimo motivo, si è dedotto che il raggruppamento di imprese aggiudicatario non sarebbe in possesso della qualificazione necessaria per l'ammissione alla gara, in quanto la mandataria EDILGEN s.p.a non risulterebbe qualificata né per la categoria OS4, né per la categoria OS31.

Secondo la ricorrente: «la *lex specialis* di gara, in coerenza con la specifica normativa dei lavori nelle categorie specialistiche SIOS, ha prescritto la necessità della qualificazione nella categoria OS4. Conseguentemente, la facoltà concessa agli operatori economici di partecipare alla procedura di gara comprovando, in luogo del possesso di attestazione di qualificazione SOA per la categoria OS4 il possesso di qualificazione nella categoria OS31, non risulta circostanza sufficiente a superare la puntuale previsione della *lex specialis* di richiedere, sempre e comunque, a pena di esclusione, il possesso di idonea qualificazione SOA anche per tale categoria».

La censura non ha pregio. L'art. 8, co. 1, lett. b), del disciplinare di gara, non impugnato, dispone: «relativamente alle lavorazioni ricadenti nella categoria OS4, in alternativa il concorrente potrà qualificarsi anche mediante il possesso dell'Attestazione SOA per la categoria OS31, classe IV-bis».

Tale chiara previsione ha consentito al raggruppamento aggiudicatario di assorbire la categoria OS31 nella categoria prevalente OG1, per la quale Edilgen è qualificata anche per l'importo dei lavori relativi alla categoria OS31.

D'altro canto, il d.m. 248/2016 non annovera, nell'ambito delle categorie c.d. "superspecialistiche" a qualificazione obbligatoria, quella OS31. Del pari, quest'ultima non rientra neppure nella categoria dei "lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica", c.d. SIOS.

Ne consegue, trattandosi di categoria a qualificazione non obbligatoria, l'applicazione dell'art. 92 del d.P.R. n. 207 del 2010, vigente in via transitoria, fino all'entrata in vigore del nuovo

sistema di qualificazione, ai sensi degli artt. 83, co. 2, e 216, co. 14, del codice dei contratti, secondo cui, per quanto qui rileva, prevede che «i requisiti relativi alle categorie scorporabili non posseduti dall'impresa devono da questa essere posseduti con riferimento alla categoria prevalente».

12.1. La ricorrente ha sostenuto, prendendo le mosse dalla tabella recata dall'art. 3 del disciplinare di gara, che quest'ultimo avrebbe imposto, con riguardo alla procedura comparativa in questione, la qualificazione obbligatoria anche della categoria OS31. Si tratta, tuttavia, di approdo che contrasta pianamente con quanto previsto dal cennato art. 8, il quale reca proprio l'individuazione dei requisiti speciali di gara, con contenuto antitetico.

13. Da quanto innanzi discende il rigetto del ricorso e della connessa domanda risarcitoria, attesa la legittimità dell'operato dell'Amministrazione in relazione ai profili censurati dalla ricorrente e la conseguente insussistenza dell'indefettibile requisito di anti giuridicità del danno.

14. Sussistono giusti motivi, in ragione delle peculiarità della questione e delle questioni in diritto a essa sottese, per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite tra le parti

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata, definitivamente pronunciando:

- dichiara improcedibile il ricorso introduttivo;
- rigetta l'atto di motivi aggiunti.

Spese compensate.

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

Così deciso in Potenza, nella camera di consiglio del giorno 15 gennaio 2020, con l'intervento dei magistrati:

Fabio Donadono, Presidente

Pasquale Mastrantuono, Consigliere

Benedetto Nappi, Primo Referendario, Estensore