

Tar Campania, sezione seconda, sentenza n. 1528 dell'8 marzo 2021

Domanda di partecipazione alla gara – Difetto della dichiarazione dei requisiti nel contratto di avvalimento – Integrazione con Soccorso istruttorio – Illegittimità

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 della Campania

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1846 del 2020, integrato da motivi aggiunti, proposto da

.....Soc. Coop., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Modena, via

contro

....., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli, domiciliataria ex lege in Napoli, via

nei confronti

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

.....A R.L., Impresa Devi Impianti S.r.l. non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- del provvedimento DG/2020/200 del 16/03/2020, con il quale il Direttore generale ha decretato l'aggiudicazione del lotto n. 3 della procedura aperta “per l'appalto di conduzione e manutenzione presso edifici UNINA (Gara 6/S/2019)”, avente ad oggetto, quanto al lotto 3, il “Servizio di Conduzione e Manutenzione degli impianti e delle strutture di competenza dell'Ufficio Tecnico Area Centro 3”, in favore dellaS.r.l.

(d'ora in avanti “..... Srl” - doc. 1);

- della comunicazione del 16 marzo 2020 prot. n. PG/2020/0028652 UNINA FEDII - ricevuta a mezzo PEC in pari data - con la quale la Stazione appaltante rendeva nota l'aggiudicazione del lotto n. 3 in favore dellaS.r.l. (doc. 2);

- di tutti i verbali di gara e degli allegati sia delle sedute pubbliche che riservate del Seggio di gara e della Commissione giudicatrice, ed in particolare, dei verbali del 12.9.2019, del 25.9.2019, del 27.9.2019, del 30.9.2019, del 2.10.2019, del 7.10.2019, del 16.10.2019, del 5.11.2019, del 28.11.2019, del 12.12.2019, del 14.1.2020, del 10.3.2020, quanto al lotto n. 3 (doc. da 7 a 10);

- del parere reso dall'Ufficio Contabilità e Adempimenti Fiscali dell'Università del 9.10.2019 (prot. Ateneo 103569 del 16.10.2019) e

dell'istruttoria dell'Ufficio Gare e Contratti dell'Università nonché, in merito all'istanza in autotutela inviata dalla in data 30.9.2019 (atti non noti);

- per quanto occorrer possa, del provvedimento di determinazione degli ammessi e degli esclusi, quanto al lotto n. 3 (atto non noto) nonché del provvedimento DG/2019/1050 del 12.11.2019;

- per quanto occorre, del decreto del Dirigente della Ripartizione Attività Contrattuale n. 326 del 11.3.2020, della dichiarazione resa in data 6.3.2020 dal Responsabile del Procedimento e le dichiarazioni rese in data 10.3.2020 dal Dirigente della Ripartizione Attività Contrattuale e dal Capo Ufficio (atti non noti);

- di ogni altro atto antecedente, connesso o comunque consequenziale ancorché non conosciuto, con espressa riserva di motivi aggiunti.

Per la declaratoria di inefficacia del contratto ove medio tempore concluso

Per il risarcimento del danno in forma specifica mediante il subentro dell'odierna ricorrente nel contratto ovvero, in via subordinata, per equivalente.

Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato daS.R.L. il 22\6\2020 :

Accoglimento del ricorso incidentale e declaratoria di inammissibilità, improcedibilità e, comunque, rigetto del ricorso principale e della correlata istanza cautelare, con ogni conseguenza di legge anche in ordine alle spese del giudizio.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati daSOC. COOP. il 29\7\2020 :

Per l'annullamento

- del provvedimento DG/2020/200 del 16/03/2020, con il quale il Direttore generale ha decretato l'aggiudicazione del lotto n. 3 della procedura aperta “per l'appalto di conduzione e manutenzione presso edifici UNINA (Gara 6/S/2019)”, avente ad oggetto, quanto al lotto 3, il “Servizio di Conduzione e Manutenzione degli impianti e delle strutture di competenza dell'Ufficio Tecnico Area Centro 3”, in favore dellaS.r.l. (d'ora in avanti “..... Srl” - doc. 1);

- della comunicazione del 16 marzo 2020 prot. n. PG/2020/0028652 UNINA FEDII - ricevuta a mezzo PEC in pari data - con la quale la Stazione appaltante rendeva nota l'aggiudicazione del lotto n. 3 in favore dellaS.r.l. (doc. 2);

- di tutti i verbali di gara e degli allegati sia delle sedute pubbliche che riservate del Seggio di gara e della Commissione giudicatrice, ed in particolare, dei verbali del 12.9.2019, del 25.9.2019, del 27.9.2019, del 30.9.2019, del 2.10.2019, del 7.10.2019,

del 16.10.2019, del 5.11.2019, del 28.11.2019, del 12.12.2019, del 14.1.2020, del 10.3.2020, quanto al lotto n. 3 (doc. da 7 a 10);

- della nota prot. 0095388 del 26.09.2019 con cui è stata disposta l'esclusione di dal prosieguo di gara per il lotto 3 (doc. 15);

- del parere tecnico reso dall'Ufficio Contabilità e Adempimenti Fiscali dell'Università con PEC del 9.10.2019 (acquisita al prot. Ateneo n. 103569 del 16.10.2019), nonché dell'istanza in autotutela inviata dalla in data 30.9.2019 (acquisita al prot. Ateneo n. 98666 del 4.10.2019) (docc. 16 e 17);

- del provvedimento di riammissione in autotutela di del 17.10.2019 - prot. 0104112 (doc. 18);

- per quanto occorrer possa, del provvedimento di determinazione degli ammessi e degli esclusi, quanto al lotto n. 3 (atto non noto) nonché del provvedimento DG/2019/1050 del 12.11.2019;

- per quanto occorre, del decreto DD/2020/326 del Dirigente della Ripartizione Attività Contrattuale del 11/03/2020 (doc. 19), della nota prot. 0028644 del 16/03/2020 con cui è stata comunicata a l'aggiudicazione del Lotto 3 (doc. 20), della dichiarazione resa in data 6.3.2020 dal Responsabile del Procedimento e le dichiarazioni rese in data 10.3.2020 dal Dirigente della Ripartizione Attività Contrattuale e dal Capo Ufficio (atti non noti);

- di ogni altro atto antecedente, connesso o comunque consequenziale ancorché non conosciuto, con espressa riserva di motivi aggiunti.

Per la declaratoria di inefficacia del contratto ove medio tempore concluso.

Per il risarcimento del danno in forma specifica mediante il subentro dell'odierna ricorrente nel contratto ovvero, in via subordinata, per equivalente.

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

Visto il ricorso incidentale;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'..... e diS.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Data per letta nell'udienza pubblica del 2 marzo 2021, celebrata da remoto, la relazione del consigliere Paolo Corciulo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con provvedimento dirigenziale n. DG/2020/200 del 16 marzo 2020 ha aggiudicato allaS.r.l. (SICI s.r.l.) il lotto n. 3 della procedura aperta indetta per l'affidamento esennale del servizio di conduzione e manutenzione degli impianti e delle strutture di competenza dell'Ufficio Tecnico Area Centro 3, gara da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Avverso tale provvedimento ha proposto ricorso a questo Tribunale, con contestuale proposizione di domanda cautelare, laSoc. Coop., concorrente collocatosi al secondo posto in graduatoria con 86,794 punti, alle spalle dell'aggiudicataria a cui sono stati attribuiti punti 91,279. E' stata proposta anche domanda per il risarcimento dei danni subiti.

Parte ricorrente lamenta che s.r.l. non avrebbe dovuto essere ammessa alla gara, essendo priva del requisito di capacità economico finanziaria di cui al par. 7.2 lett. c) del disciplinare di gara, relativo al fatturato globale minimo annuo riferito a ciascuno degli ultimi n. 3 esercizi finanziari (2016-2017-2018) per il lotto 3 pari a € 1.201.612,43, oltre IVA. Inoltre, l'aggiudicataria era anche priva del requisito di cui al punto 7.3 che richiedeva al concorrente di aver eseguito nell'ultimo triennio servizi identici e/o analoghi a quelli oggetto dell'appalto presso enti pubblici o privati per il lotto n. 3 per un importo non inferiore a € 1.181.612,43, oltre IVA.

In punto di fatto, si evidenzia che la commissione, nella seduta del 25 settembre 2019, aveva disposto l'esclusione di s.r.l. per carenza del requisito di cui al par.

7.2 lett. c) del disciplinare, ma detta concorrente, in accoglimento di un'istanza di riesame, era stata successivamente riammessa alla gara.

Con il primo motivo, dopo aver premesso che s.r.l. per la dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità economico finanziaria aveva fatto ricorso all'istituto dell'avvalimento con l'ausiliario, la società ricorrente evidenzia che nel contratto di avvalimento, oltre al requisito di cui al punto 7.3. del disciplinare, non sia stato fatto riferimento anche al requisito di cui al punto 7.2., tanto è vero che correttamente la stazione appaltante ne aveva in primo momento disposto l'esclusione; in particolare, il contratto di avvalimento prodotto sarebbe privo dell'impegno da parte dell'ausiliario a prestare anche il requisito di capacità economico-finanziaria di cui al par. 7.2 lett. c) del disciplinare, dal momento che nella narrativa si specifica che «l'impresa concorrente, sebbene tecnicamente ed economicamente organizzata, è carente dei requisiti di capacità tecnica e professionale richiesto al punto 7.3 del disciplinare, che sono oggetto di avvalimento del seguente contratto, ed intende, pertanto, avvalersi dei requisiti, della Impresa Ausiliaria che possiede tramite il consorzio Devi impianti srl, per l'intero importo». Avverso l'atto di riammissione in gara della s.r.l., che era stato preceduto da un parere tecnico di cui la società ricorrente non era ancora a conoscenza, quest'ultima ha ipotizzato che la decisione di riammissione sarebbe stata giustificata dal fatto che i contratti e le risorse messe a disposizione dalper il requisito 7.3 erano stati considerati in grado di sopperire anche alla mancanza del requisito di cui all'art. 7.2 lett. c). Di conseguenza, è stata proposta una giudiziale contestazione di tale supposta motivazione.

Con il secondo motivo di impugnazione si contesta l'ammissione alla gara di s.r.l. per nullità del contratto di avvalimento; invero, tale atto, avuto riguardo al requisito di capacità tecnica professionale di cui al par. 7.3, non conterrebbe nessun impegno ad assumere un ruolo diretto operativo ed esecutivo da parte dell'ausiliaria,

ciò, in violazione dell'art. 89, primo comma del Codice che impone tale specificazione per l'avvalimento di titoli di studio e professionali di cui all'allegato XVII, parte II, lettera f), o di esperienze professionali pertinenti.

Con il terzo motivo si contesta l'ammissione di s.r.l. per omessa indicazione nella dichiarazione di impegno dell'ausiliaria di cui all'art. 89, primo comma del d.lgs n. 50/2016, dei seguenti elementi: a) i requisiti oggetto di prestito di cui era carente s.r.l.; b) che i requisiti fossero prestati dalin favore di s.r.l. (ove l'impegno è genericamente indicato in favore del concorrente); c) che l'impegno fosse assunto anche in favore dell'..... (ove ci si riferisce genericamente alla stazione appaltante); d) quali fossero le risorse messe a disposizione dall'ausiliario.

Si sono costituiti in giudizio l'..... e s.r.l.

Con atto depositato in data 22 giugno 2020 s.r.l. ha proposto ricorso incidentale lamentando l'illegittima ammissione alla gara della ricorrente principale, per non avere questa, relativamente ai gravi illeciti professionali commessi ai sensi dell'art. 80 comma 5 lett. c) del d.lgs. n. 50/2016, reso informazioni dettagliate, specificando la tipologia di illecito, né indicato le misure di autodisciplina eventualmente adottate e per non aver fornito la documentazione pertinente. Con un secondo motivo di impugnazione incidentale si deduce altresì che la ricorrente principale non avrebbe sottoscritto con firma digitale la domanda di partecipazione, il DGUE, l'Allegato 2, contenente alcune dichiarazioni sostitutive relative al possesso dei requisiti di ammissione, la copia conforme dell'attestato SOA e del certificato ISO, nonché la dichiarazione sostitutiva del certificato di iscrizione alla CCIAA.

Alla camera di consiglio del 23 giugno 2020, su istanza di parte, la causa è stata cancellata dal ruolo cautelare.

Con atto depositato in data 29 luglio 2020 la società ricorrente ha propositivo motivi aggiunti di impugnazione, conseguenti al deposito agli atti del giudizio di ulteriore

documentazione da parte della stazione appaltante, in particolare espliciti delle ragioni sottese alla riammissione in gara di SICI s.r.l. A tal proposito, la decisione è stata assunta innanzitutto in base ad un'espressa richiesta di s.r.l. che aveva specificato di non avere mai fatto ricorso all'avvalimento per il requisito di cui al punto 7.2. del disciplinare, avendolo posseduto in proprio ed avendone solo omesso la comprova, circostanza emendabile con ricorso al soccorso istruttorio; inoltre, la decisione era stata preceduta da parere dell'UCAF del seguente tenore: «In risposta alla PEC pervenuta in data odierna, ed a seguito di verifica eseguita sui bilanci relativi agli esercizi 2016, 2017 e 2018, si comunica che lasrl, per tutti e tre gli esercizi su indicati, rispetta il requisito di fatturato minimo di importo di euro 1.201.612,43. Tanto per i provvedimenti di competenza».

Con il primo motivo aggiunto si contesta che la stazione appaltante avrebbe illegittimamente operato il ricorso all'istituto del soccorso istruttorio consentendo all'aggiudicataria di rettificare il contenuto di una propria dichiarazione e del DGUE, mediante la produzione dei bilanci che non erano stati in precedenza dichiarati, né prodotti. Invero, l'aggiudicataria nella dichiarazione di cui al Modello A2 aveva espressamente dichiarato di ricorrere all'avvalimento per entrambi i requisiti, mentre il contratto di avvalimento si riferiva soltanto al requisito di cui al par. 7.3 del disciplinare.

Il secondo e terzo motivo aggiunto costituiscono replicazione dei motivi secondo e terzo del ricorso introduttivo.

All'udienza pubblica del 2 marzo 2021, celebrata con modalità da remoto, ed in vista della quale sono state depositate memorie conclusionali e di replica, la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

Occorre innanzitutto esaminare il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata e volto ad ottenere l'esclusione dalla gara della società ricorrente.

Tale mezzo di impugnazione non è meritevole di accoglimento.

Invero, sia con riferimento alla mancata allegazione di circostanze inerenti alla dichiarazione di avvenuta commissione da parte della società ricorrente di gravi illeciti professionali ai sensi dell'art. 80 comma 5 lett. c) del d.lgs. n. 50/2016, sia con riferimento alla mancata sottoscrizione con firma digitale di parte della documentazione di gara, è stata fornita da parte ricorrente prova dell'osservanza alle prescrizioni imposte dalla lex specialis, ciò di cui ha preso atto anche la società controinteressata nella memoria di replica depositata in data 19 febbraio 2021; va aggiunto che in tal scritto difensivo è stata anche contestata la mancata valutazione di tali elementi circostanziali degli illeciti professionali della ricorrente principale da parte della stazione appaltante, profilo di doglianza tuttavia non presente nel ricorso incidentale e come tale non esaminabile per mancata formazione di rituale contraddittorio.

Con riferimento al ricorso principale ed ai motivi aggiunti, occorre esaminare l'eccezione di irricevibilità dei secondi per tardività sollevata dalla difesa di s.r.l. nella memoria depositata in data 12 febbraio 2021; deduce parte controinteressata che rispetto alla notificazione dei motivi aggiunti, avvenuta il 17 luglio 2020, la società ricorrente era da più di trenta giorni a conoscenza degli atti impugnati e delle circostanze oggetto di contestazione con i medesimi motivi aggiunti; tanto, si evincerebbe dal fatto che: a) tutti gli atti di cui si compone l'istruttoria sottesa alla riammissione in gara sono specificamente ed espressamente menzionati nel verbale di gara del 16.10.2019 (istanza di autotutela della di cui alla pec del 30.09.2019; istruttoria dell'Ufficio Gare e Contratti; parere tecnico dell'Ufficio Contabilità e Adempimenti Fiscali; pec del predetto Ufficio Contabilità del 09.10.2019); b) già con l'istanza di accesso del 29.01.2020dimostrava di conoscere l'esito della gara e i relativi atti presupposti, del resto specificamente rappresentati nel relativo verbale (liberamente disponibile sul sito web

dell'Università); c) nessuna preclusione all'accesso è mai stata opposta dalla Stazione appaltante, come dimostra il contenuto delle due note di riscontro prot. n. 23029 del 28/02/2020 e prot. n. 39519 del 14/05/2020, alle quali è allegata l'integrale documentazione richiesta.

L'eccezione non può trovare accoglimento; invero, nel caso in esame non è in discussione la tempestiva impugnazione dell'aggiudicazione e dell'atto endoprocedimentale di riammissione della controinteressata, quanto la piena conoscenza di circostanze ulteriori poste a sostegno dei medesimi, momento dal quale far decorrere il termine decadenziale per la proposizione di motivi aggiunti; ebbene, parte controinteressata non ha assolto a tale onere probatorio, non avendo dimostrato che CLP conoscesse già l'istanza di autotutela, né il parere dell'Ufficio gare e contratti, atti da cui potersi evincere in modo completo quanto posto a giustificazione della riammissione in gara.

Passando al merito, occorre ricostruire quanto accaduto attraverso le risultanze documentali degli atti depositati in giudizio.

Il disciplinare di gara al punto 7.2., per il lotto 3, come requisito di capacità economico finanziaria aveva previsto un fatturato globale minimo annuo, nel triennio 2016/2018, pari a €1.201.612,43, oltre IVA; inoltre, al punto 7.3., quale requisito di requisiti di capacità tecnica e professionale, aveva richiesto quanto segue: «esecuzione servizi/lavori analoghi: g.1) Per la parte SERVIZI: Il concorrente deve aver eseguito nell'ultimo triennio (inteso quale somma degli importi del triennio antecedente a far data dal mese precedente alla pubblicazione del presente bando) servizi identici e/o analoghi a quelli oggetto dell'appalto presso enti pubblici o privati per un importo non inferiore a: (...) g3) per il lotto 3 ad € 1.181.612,43, oltre IVA».

La SICI s.r.l. nella documentazione presentata per la partecipazione alla gara aveva espressamente dichiarato di avere solo parziale possesso di entrambi i requisiti e di

voler fare per essi ricorso all'istituto dell'avvalimento; poiché nel contratto di avvalimento stipulato con ilè dato leggere che «l'impresa concorrente, sebbene tecnicamente ed economicamente organizzata, è carente dei requisiti di capacità tecnica e professionale richiesto al punto 7.3 del disciplinare, che sono oggetto di avvalimento del seguente contratto, ed intende, pertanto, avvalersi dei requisiti, della Impresa Ausiliaria che possiede tramite il consorziato Devi impianti srl, per l'intero importo», il mancato riferimento nel contratto di avvalimento - e il dichiarato mancato possesso in proprio - anche al requisito di cui al punto 7.2. aveva indotto la stazione appaltante ad escludere s.r.l. dalla gara. La causa di tale situazione è stata rappresentata da SICI s.r.l. nel presente giudizio con la seguente argomentazione: «solo per un mero equivoco formale, infatti, la aveva indicato, nella dichiarazione all. "A2", di possedere "in misura parziale" il requisito di cui fatturato globale richiesto dal disciplinare, atteso quest'ultimo era in effetti integralmente posseduto in proprio» (cfr. memoria di s.r.l. del 12 febbraio 2021). Muovendo dalla prospettazione di un equivoco, s.r.l. aveva proposto istanza di riammissione in autotutela in data 30 settembre 2019, rappresentando che il requisito era posseduto in proprio e che ne era mancata solo la dimostrazione attraverso l'esibizione dei bilanci di esercizio rispetto alla quale veniva chiesto il soccorso istruttorio. La stazione appaltante, previo parere dell'Ufficio Gare e Contratti, che non si esprimeva sulla ammissibilità della istanza, limitandosi ad un riscontro favorevole dei dati di bilancio, riammetteva SICI s.r.l. alla gara, in base al «principio di prevalenza della sostanza sulla forma».

Tanto premesso, va immediatamente evidenziato che non vi è dubbio che non esiste corrispondenza tra la dichiarazione di partecipazione ed il contenuto del contratto di avvalimento, per cui la stazione appaltante non avrebbe potuto in un primo momento che disporre l'esclusione di s.r.l. dalla gara; tale situazione deve essere ascritta ad un errore nella formulazione della domanda di partecipazione,

piuttosto che nella non corretta lettura di essa da parte della stazione appaltante; invero, in nessun documento esibito avrebbe potuto evincersi che s.r.l. aveva inteso partecipare alla gara attraverso il possesso in proprio anche del requisito di cui al punto 7.2. del disciplinare; anzi, tale concorrente aveva espressamente dichiarato di possedere entrambi in misura solo parziale.

La domanda a cui occorre dare risposta è se sia consentito ad un concorrente di modificare i contenuti della domanda di partecipazione e delle connesse dichiarazioni in un tempo successivo rispetto alla scadenza del termine di presentazione delle offerte, magari anche mediante l'integrazione di documentazione probatoria attraverso il soccorso istruttorio, così privilegiando l'applicazione del principio del favor participationis, oppure, nel rispetto dei principi di par condicio e di autoresponsabilità delle imprese, se tale possibilità debba essere esclusa.

Va specificato che, nel caso in esame, si è certamente in presenza di un atto di autotutela decisoria a cui si è accompagnato il ricorso al soccorso istruttorio, rimedio senza il quale la società controinteressata non avrebbe comunque potuto dimostrare il possesso in proprio del requisito di cui al punto 7.2 (cfr istanza di riesame).

In linea di principio, secondo condivisibile giurisprudenza «il soccorso istruttorio non può giungere sino al punto di consentire al concorrente di modificare la domanda di partecipazione, integrandola degli elementi mancanti, essendo netta la distinzione tra il completamento di una domanda formalmente carente su alcuni elementi o dichiarazioni "che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara" (art. 46, comma 1 ter, che richiama l'art. 38 comma 2-bis, del d.lgs. 163/2006), e l'integrazione di un'offerta originariamente non rispettosa delle "prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento" (art. 46, comma 1-bis, cit.), in quanto priva di un elemento essenziale, poiché proveniente da soggetto sfornito della prescritta qualificazione per l'esecuzione di lavori pubblici»

(Consiglio di Stato , sez. III , 18/07/2017 , n. 3541; T.A.R. Lazio, Roma , sez. I , 15/12/2014 , n. 12610).

Con tale orientamento non risulta in linea l'argomentazione della commissione di gara che ha ritenuto di far prevalere la sostanza sulla forma, verosimilmente assegnando decisiva rilevanza all'effettivo possesso del requisito, in pratica azzerando quanto dichiarato dal concorrente in sede di gara.

Innanzitutto, quella che la commissione definisce quale "forma" s'identifica piuttosto nella puntuale ed esatta applicabilità di precetti normativi inderogabili in tema di partecipazione - se non nei limiti in cui la legge stessa non disponga diversamente – che costituiscono corollario dei principi di imparzialità dell'azione amministrativa e par condicio; è noto che il punto di equilibrio rispetto al principio di favor participationis, che consente di porre rimedio ad eventuali carenze formali della documentazione del concorrente, è stato affidato alla fonte normativa, segnatamente all'istituto del soccorso istruttorio di cui all'art. 83, comma nono del d.lgs 18 aprile 2016 n. 50, che stabilisce le ipotesi in cui eventuali errori siano emendabili, quali carenze di qualsiasi elemento formale della domanda ed ipotesi di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85.

Ad avviso del Collegio a nessuna delle ipotesi descritte può essere ricondotto il caso di correzione o modificazione di dichiarazioni del concorrente circa il possesso di requisiti di partecipazione, come avvenuto nel caso di specie, in cui non vi è stata alcuna erronea lettura da parte della stazione appaltante che rettamente aveva proceduto all'esclusione di s.r.l. Invero, l'ipotesi in scrutinio non vi s'identifica con condizioni di mancanza, incompletezza, o irregolarità essenziale della domanda, consistendo piuttosto nella correzione o modificazione di una specifica ed erronea dichiarazione del concorrente circa il possesso di un requisito di partecipazione che viene così di fatto radicalmente sostituita novando la domanda, ciò innanzitutto in

violazione della perentorietà del termine di presentazione delle offerte. Pretendere, in ossequio a paventate esigenze di tipo sostanziale, di dare decisiva rilevanza, a fini di ammissione, alla sola effettiva disponibilità di un requisito di partecipazione rappresentato e comprovato dal concorrente in tempo successivo ed in rettifica/modifica di una precedente dichiarazione determinerebbe anche la violazione del principio di par condicio, assicurando una posizione di privilegio esclusivo al concorrente singolo, senza considerare che il principio di autoresponsabilità dell'imprenditore imporrebbe quantomeno una verifica di oggettiva scusabilità dell'errore commesso in fase di partecipazione (quali, ad esempio una incertezza sulle prescrizioni della *lex specialis*).

Dalle considerazioni che precedono discende l'accoglimento del primo ricorso del ricorso introduttivo e del primo motivo aggiunto, con consequenziale annullamento dell'impugnata aggiudicazione della gara, evidenziando che i vizi riscontrati sono decisivi dell'intera controversia.

L'annullamento dell'aggiudicazione comporta ai sensi dell'art. 122 c.p.a. l'inefficacia del contratto con decorrenza dal passaggio in giudicato della presente sentenza, in quanto il rapporto è di durata esennale e la stipulazione è di epoca recente (18.11.2020); va tenuto conto della posizione della società ricorrente, concorrente giunto secondo in graduatoria e, quindi, della sua concreta possibilità di conseguire l'aggiudicazione all'esito della parziale rinnovazione della procedura di gara che impone la verifica di congruità della sua offerta, previo eventuale assoggettamento a tale procedimento; va aggiunto che il vizio riscontrato determina solo l'esclusione della controinteressata e che CLP ha proposto domanda di subentro.

In tal senso è accolta la domanda risarcitoria proposta da parte ricorrente in forma specifica.

In ragione della particolarità della controversia sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese processuali.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e nei sensi e limiti di cui in motivazione ed annulla l'impugnata aggiudicazione, dichiarando l'inefficacia del contratto, anche a fini di tutela risarcitoria. Spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 2 marzo 2021, celebrata da remoto, con l'intervento dei magistrati

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

IL SEGRETARIO