

Publicato il 12/05/2021

N. 00420/2021REG.PROV.COLL.  
N. 00851/2020 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**

**II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE  
SICILIANA**

**Sezione giurisdizionale**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 851 del 2020, proposto da  
Jonica 2001 soc. coop. a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,  
rappresentato e difeso dall'avvocato Pietro De Luca, con domicilio digitale  
come da PEC da Registri di Giustizia;

*contro*

Comune di Biancavilla non costituito in giudizio;  
Regione Siciliana - Urega - Ufficio regionale espletamento gare appalti e lavori  
pubblici di Catania, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,  
rappresentato e difeso dall'Avvocatura distrettuale, domiciliataria ex lege in  
Palermo, via Valerio Villareale, 6;

*e con l'intervento di*

*ad opponendum:*

Teseco Bonifiche s.r.l., Fratelli Gentile Francesco e Raffaele Autotrasporti e  
Commercio Rottami Metallici s.r.l., Rem S.r.l., in persona del legale  
rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli avvocati Carmelo

Giurdanella e Giampaolo Barsotti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*per la riforma*

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Prima) n. 2591/2020, resa tra le parti,

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Regione Siciliana - Urega - Ufficio regionale espletamento gare appalti e lavori pubblici di Catania;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 maggio 2021, tenutasi *ex art.* 4 del d.l. n. 84 del 2020 e *ex art.* 25 del d.l. n. 137 del 2020, così come modificato dall'art. 6 del d.l. n. 44/2021, il Cons. Sara Raffaella Molinaro;

Considerati presenti, *ex art.* 4 comma 1 penultimo periodo d.l. n. 28/2020 e art. 25 d.l. 137/2020, gli avvocati Pietro De Luca, Carmelo Giurdanella e Giampaolo Barsotti;

Vista la richiesta di passaggio in decisione senza discussione presentata dall'Avvocatura dello Stato con nota di carattere generale a firma dell'Avvocato distrettuale del 2 febbraio 2021;

Rilevato che la parte interveniente, con note d'udienza sostitutive della discussione ai sensi dell'art. 4 comma 1 del d.l. n. 28/2020 e dell'art. 25 d.l. 137/2020, così come modificato dall'art. 6 del d.l. n. 44/2021, ha dichiarato di avere interesse alla pubblicazione anticipata del dispositivo rispetto alla sentenza;

Visto il dispositivo di sentenza n. 407 dell'8 maggio del 2021 recante: *“Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, estromette dal giudizio l'Assessorato regionale Infrastrutture e Mobilità – Urega di Catania, accoglie l'appello e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado. Segue la motivazione nel termine di legge.*

*Spese dei due gradi di giudizio compensate. Ordina che il presente dispositivo sia eseguito dall'autorità amministrativa”.*

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. Preliminarmente il Collegio rileva che – come dato atto nell’epigrafe della presente decisione- si è provveduto in data 8 maggio 2021 a pubblicare il dispositivo della presente decisione, siccome richiesto in data cinque maggio 2021 dalla parte interveniente, con note d’udienza sostitutive della discussione ai sensi dell’art. 4 comma 1 del d.l. n. 28/2020 e dell’art. 25 d.l. 137/2020, così come modificato dall’art. 6 del d.l. n. 44/2021.

Invero, sebbene la dizione del comma V dell’art. 119 del cpa (*“quando almeno una delle parti, nell’udienza discussione, dichiara di avere interesse alla pubblicazione anticipata del dispositivo rispetto alla sentenza, il dispositivo e’ pubblicato mediante deposito in segreteria, non oltre sette giorni dalla decisione della causa. La dichiarazione della parte e’ attestata nel verbale d’udienza.”*)

faccia testuale riferimento ad una dichiarazione resa in udienza di discussione ed alla attestazione della medesima nel verbale di udienza, ha ritenuto il Collegio che dalla equiparazione della trattazione con contraddittorio scritto a quella orale da remoto contenuta nella legislazione emergenziale per contrastare il fenomeno pandemico in atto non potesse che discendere la ritualità della dichiarazione predetta resa nelle note di udienza (chè altrimenti argomentando –per tacere d’altro- si obbligherebbe la parte processuale che ha interesse a formulare tale richiesta a dovere sempre e comunque chiedere la discussione orale, il che, invece, costituisce mera eventualità rimessa alla discrezionale valutazione della strategia defensionale).

1.1. Ciò premesso, la controversia riguarda la gara indetta dal Comune di Biancavilla per l’esecuzione degli *“Interventi di bonifica/messa in sicurezza permanente e ripristino ambientale dell’area di Monte Calvario per la fruibilità a parco”* (C.I.G.: 8225857FEC – C.U.P. C84G1500000001).

2. Con provvedimento 18.6.2020 l'UREGA ha comunicato alla concorrente Jonica 2001 soc. coop. a r.l. (di seguito "Jonica 2001") l'ammissione con riserva alla gara, chiedendo, con l'istituto del soccorso istruttorio, la dimostrazione del possesso dell'iscrizione all'Albo Nazionale Gestori Ambientali (A.N.G.A.) anche da parte dell'impresa ausiliaria Research Consorzio Stabile s.c. a r.l. (di seguito "Research Consorzio") *"come previsto al punto 1.8.1) del disciplinare di gara"*.

Con nota 29 giugno 2020 il rup ha riferito che l'Urega, con nota 29 giugno 2020 n. 95118, ha inviato comunicazione, ai sensi dell'art.76 comma 5 del d. lgs. n. 50/2016, di esclusione, nella seduta del 25 giugno 2020, *"in quanto la Ditta Jonica 2001 Soc. Coop. riscontra parzialmente il soccorso istruttorio, non dimostrando di possedere il necessario requisito soggettivo di iscrizione all'ANGA per l'ausiliaria Research Consorzio Stabile"*.

3. I suddetti atti sono stati impugnati dalla società esclusa al Tar Sicilia – Catania, congiuntamente con ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale, ivi compresi il bando e del disciplinare di gara, *"ove fosse possibile interpretare le prescrizioni regolanti l'istituto dell'avvalimento, nel senso di pretendere l'iscrizione all'A.N.G.A. dell'impresa ausiliaria anche nel caso di regolare possesso in capo all'impresa ausiliata"*.

4. Il Tar ha respinto il ricorso con sentenza 13.10.2020 n. 2591.

5. La sentenza è stata appellata da Jonica 2001 davanti a questo CGARS con ricorso n. 851/2020.

6. Nel corso del giudizio di appello si sono costituiti Teseco bonifiche s.r.l., Fratelli Gentile Francesco e Raffaele Autotrasporti e Commercio Rottami Metallici s.r.l. e REM s.r.l. e l'Assessorato regionale Infrastrutture e Mobilità – Urega di Catania.

7. All'udienza del 6 maggio 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

8. L'appello è fondato.

9. Prioritariamente il Collegio, in conformità alla giurisprudenza di questo CGARS, estromette, su istanza della stessa parte, l'Urega.

Per giurisprudenza costante di questo CGARS, infatti, l'Urega, quale “*struttura intermedia del Dipartimento regionale tecnico dell'Assessorato regionale delle infrastrutture e della mobilità*” (art. 9, comma 3, l.r. n. 12/2011), è solo un organo servente della singola stazione appaltante, e conseguentemente la responsabilità ultima degli atti ricade sull'Amministrazione appaltante, e non già sulla medesima, con conseguente difetto di legittimazione passiva di quest'ultimo (CGARS, 21 gennaio 2019, n. 49).

Dal dato normativo emerge che l'Urega dispiega tipicamente attività endoprocedimentale priva di rilevanza esterna, giacché destinata a essere assorbita dal provvedimento dell'Amministrazione che ha indetto la procedura (CGARS, 21 gennaio 2019, n. 49).

In termini generali l'art. 9 comma 22 della l.r. n. 12/2011 prevede che la valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico è affidata ad una commissione giudicatrice (così come l'art. 77 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50).

Ai sensi dell'art. 9 comma 33 della l.r. n. 12/2011 la competente commissione di gara presso l'Urega adotta la proposta di aggiudicazione che viene trasmessa alla stazione appaltante.

La disposizione definisce, insieme, la funzione della commissione presso l'Urega e i limiti della sua competenza; essa svolge un'attività di giudizio consistente nella valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico in qualità di organo straordinario e temporaneo della stazione appaltante con funzioni istruttorie.

Del resto la composizione della commissione di gara è funzionale a garantire proprio la competenza necessaria a formulare il giudizio tecnico: ai sensi dell'art. 8 della l.r. n. 12/2011 fanno parte dell'organo “*un numero dispari di componenti, in numero massimo di cinque, esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto, di cui uno esperto in materie giuridiche*”.

Con riferimento al provvedimento di esclusione dalla procedura, del quale si discute nel presente giudizio, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ritiene che sia il rup, e non la commissione, ad essere competente all'adozione del provvedimento di esclusione dalla procedura di gara degli operatori economici (Cons. St., sez. V, 12 febbraio 2020, n. 1104). Ciò trova conferma nell'art. 80 (*“Motivi di esclusione”*) del d.lgs. n. 50/2016 (Cons. St., sez. V, 12 febbraio 2020, n. 1104).

Detta disposizione in più occasioni (e, precisamente, ai commi 5, 6, 8, 10 – *bis*) individua nella *“stazione appaltante”* il soggetto tenuto ad adottare il provvedimento di esclusione dell'operatore economico.

L'art. 22 comma 4 del d.P.R.S. n. 13/2012 fa rinvio all'art. 48 del d. lgs. n. 163/2006, poi sostituito appunto dal suddetto art. 80 del d. lgs. n. 50/2016.

La stessa fonte regionale primaria, la l.r. n. 12/2011, nel recepire le disposizioni contenute nel codice dei contratti pubblici (art. 1), si limita a precisare che la stazione appaltante comunica l'esclusione al soggetto interessato (*“Restano di competenza della stazione appaltante l'adozione del provvedimento di aggiudicazione e le comunicazioni di cui all'articolo 76, comma 5, del decreto legislativo n. 50/2016 e successive modifiche ed integrazioni”*), così l'art. 9 comma 33 della l.r. n. 12/2011).

Attraverso tale comunicazione la stazione appaltante fa proprie le decisioni della commissione, che decide a maggioranza in base all'art. 20 comma 6 del d.P.R.S. 31 gennaio 2012 n. 13 (*“Le decisioni della commissione sull'ammissione o esclusione dei concorrenti sono prese a maggioranza, prescindendo dalla funzione dei componenti”*).

Del resto la commissione, per come composta, non è strutturata in modo da svolgere attività amministrativa che fuoriesca da quel giudizio tecnico cui è preordinata. Essa infatti, pur essendo di norma presieduta da un dirigente della stazione appaltante o, in caso di mancanza in organico, da un funzionario della stazione appaltante, è composta, per la restante parte, da commissari diversi dal presidente scelti mediante sorteggio fra gli iscritti

all'albo degli esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto dell'appalto, che comprende professionisti, con almeno dieci anni di iscrizione nei rispettivi albi professionali, e professori universitari di ruolo (art. 8 della l.r. n. 12/2011).

Si può quindi ritenere che la verifica della regolarità delle offerte e della relativa documentazione, svolta dalla commissione ai sensi dell'art. 20 comma 6 del d.P.R.S. 31 gennaio 2012 n. 13, viene fatta propria della stazione appaltante, che infatti la comunica al soggetto interessato.

Nel caso di specie il rup ha comunicato l'esclusione a Jonica 2001 con nota 29 giugno 2020, dopo aver ricevuto dall'Urega la nota 29 giugno 2020 n. 95118.

9.1. Donde la conclusione della carenza di legittimazione passiva dell'Urega e la correlata decisione di estrometterla dal giudizio.

10. Definita la posizione dell'Urega, in via pregiudiziale si rileva l'infondatezza dell'eccezione di inammissibilità dell'intervento *ad opponendum* spiegato dal secondo classificato nella gara qui controversa, Teseco bonifiche s.r.l., Fratelli Gentile Francesco e Raffaele Autotrasporti e Commercio Rottami Metallici s.r.l. e REM s.r.l. (in quanto partecipanti del raggruppamento *constituendo*) che vede quale prima in graduatoria la società appellante, ammessa con riserva.

Parte interveniente, pur non avendo la posizione di parte formale in primo grado (essendo stato impugnato un provvedimento di esclusione, nell'ambito di una procedura non ancora conclusa), è nella posizione di poter essere pregiudicata a seguito della definizione della controversia (essendo attualmente posizionata nella graduatoria dopo l'appellante, della cui esclusione dalla gara si discute), avendo interesse al mantenimento dell'atto impugnato.

10.1. Teseco bonifiche s.r.l., Fratelli Gentile Francesco e Raffaele Autotrasporti e Commercio Rottami Metallici s.r.l. e REM s.r.l. (in quanto partecipanti del raggruppamento *constituendo*) sono quindi legittimati a intervenire nel giudizio.

11. Con unico motivo l'appellante, nel censurare la pronuncia gravata, ha riproposto il motivo ritenuto infondato in primo grado, teso ad annullare l'esclusione dalla gara subita da Jonica 2001 in ragione della mancata iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali dell'ausiliaria Research Consorzio.

Il possesso dell'iscrizione all'ANGA da parte della stessa appellante sarebbe, nell'impostazione proposta, sufficiente ad assicurarle l'ammissione alla gara, atteso che il contratto di avvalimento è stato stipulato con Research Consorzio al fine di acquisire un altro requisito, quello dell'attestazione SOA in categoria OG12 classifica VII.

Nel contempo la partecipazione dell'appellante alla gara sarebbe avvenuta nel rispetto della disciplina generale, atteso che il d. lgs. n. 50/2016 dispone che l'avvalimento non è ammesso per soddisfare il requisito dell'iscrizione all'ANGA, ma non richiede una doppia iscrizione, in capo alla partecipante e all'ausiliaria, in caso di avvalimento per requisiti diversi, come nel caso di specie (art. 89 comma 10).

La tesi alla base del provvedimento escludente, invece, contrasterebbe con il principio di tassatività delle clausole di esclusione, con il principio di affidamento e con quello del *favor participationis*, ponendosi in contrasto con l'esigenza di usufruire di un'ampia platea di concorrenti qualificati, sì da garantire l'aggiudicazione dell'appalto all'offerta realmente economicamente più vantaggiosa.

11.1. Il motivo è meritevole di accoglimento.

La questione sottesa al motivo in esame è determinata dal fatto che la società Jonica 2001 si è avvalsa di Research Consorzio al fine di acquisire un requisito di partecipazione, quello dell'attestazione SOA in categoria OG12 classifica VII.

Research Consorzio non è iscritta all'albo dei gestori ambientali (mentre risulta iscritta Jonica 2001).

Per tale motivo Jonica 2001 è stata esclusa (*“in quanto la Ditta Jonica 2001 Soc. Coop. riscontra parzialmente il soccorso istruttorio, non dimostrando di possedere il necessario requisito soggettivo di iscrizione all’ANGA per l’ausiliaria Research Consorzio Stabile”*), come comunicato con la qui impugnata nota 29 giugno 2020 dal rup. Non è pertanto oggetto di controversia l’ammissibilità dell’avvalimento dell’attestazione SOA (sulla quale Ad. plen. 16 ottobre 2020, n. 22) e il riferimento di esso all’intero importo dei lavori, non avendo costituito la ragione di detta esclusione, né motivo di impugnazione.

Research Consorzio si è impegnata, con contratto di avvalimento stipulato il 5 giugno 2020 con Jonica 2001, a:

- consentire l’utilizzo dei requisiti di capacità organizzativa e tecnico-economica dell’impresa ausiliaria, oggetto di avvalimento, per partecipare alla gara;
- attestare il possesso dei requisiti generali previsti dall’art. 80 del d. lgs. n. 20/2016;
- a mettere a disposizione, per tutta la durata del contratto, tutte le risorse necessarie.

Il tema che si pone è quello di valutare se sia richiesto, a pena di esclusione, che l’ausiliaria Research Consorzio sia iscritta all’Albo nazionale dei gestori ambientali.

Ai fini della decisione, la norma che viene anzitutto in rilievo è l’art. 89 del decreto legislativo n. 50 del 2016, che consente l’utilizzazione dell’avvalimento in via generale da parte delle imprese che negoziano con l’Amministrazione, disciplinandone compiutamente le eccezioni, ai commi 4, 10 e 11 (Ad. plen. 16 ottobre 2020, n. 22) e le concrete modalità applicative dell’istituto.

La disposizione si incentra sui rapporti tra l’impresa ausiliaria e l’impresa ausiliata nonché sui rapporti giuridici che ciascuna di esse instaura con la stazione appaltante, prevedendo in capo a quest’ultima poteri di controllo sull’impresa ausiliaria, che, pur non diventando parte nel contratto che segue l’aggiudicazione, è obbligata in solido con l’impresa ausiliata. Naturalmente

poteri di controllo e di conseguente disciplina specifica vengono esercitati dalla stazione appaltante anche nei confronti dell'impresa ausiliata, che è comunque l'unica che partecipa alla gara e sottoscrive il contratto in caso di aggiudicazione. Inoltre essa è garante dell'esatta esecuzione del contratto di avvalimento da parte dell'impresa ausiliaria.

Per quanto di interesse nella presente sede, l'art. 89 del d. lgs. n. 50/2016, conformemente all'art. 63 della direttiva 2014/24/UE (*“l'amministrazione aggiudicatrice verifica, conformemente agli articoli 59, 60 e 61, se i soggetti sulla cui capacità l'operatore economico intende fare affidamento soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione ai sensi dell'articolo 57”*), stabilisce la necessità che, in caso di avvalimento, le due società del rapporto possiedano entrambe i requisiti di ordine generale (art. 89 comma 1 e comma 5).

Lo stesso art. 89 dispone che l'avvalimento non è ammesso per soddisfare il requisito dell'iscrizione all'ANGA (comma 10), così imponendo che ne sia in possesso la società partecipante.

La *lex specialis* altresì prescrive che il concorrente sia in possesso dell'iscrizione all'ANGA e che esso non può ricorrere all'avvalimento per dimostrarne la sussistenza.

Il bando di gara, nel regolamentare l'avvalimento, stabilisce che *“ai sensi dell'art. 89 del “Codice” l'Operatore Economico, singolo o associato ai sensi dell'art. 45 del “Codice”, può dimostrare il possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'art. 83, comma 1, lett. b) e c) del “Codice” avvalendosi dei requisiti di altri soggetti, anche partecipanti al raggruppamento. Non è consentito l'avvalimento per la dimostrazione dei requisiti generali e di idoneità professionale”* (pag. 11, punto 2).

Con specifico riferimento all'iscrizione ANGA il disciplinare di gara specifica che *“il concorrente deve essere in possesso ai fini della partecipazione alla gara dell'iscrizione all'Albo Nazionale Gestori Ambientali nella categoria 10 B classe A (cfr importo totale lavori) e categoria 5 classe F (Quantità cfr Piano di Gestione Rifiuti – t. 1182,20). Tale requisito costituisce un requisito di partecipazione come chiarito*

*dall'ANAC con comunicato del 28/08/2017 e dal Consiglio di Stato nell'adunanza del 27 luglio 2017 con sentenza n. 1825 del 19 aprile 2017 e va posseduto già alla scadenza di presentazione delle offerte, non già al mero momento della esecuzione. Ai sensi dell'art. 89 c. 10 del D.Lgs. 50/2016 l'avvalimento non è ammesso per soddisfare il requisito dell'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali sopra citato.” (pag. 8, punto 1.8.1).*

Si può quindi affermare che la società partecipante alla gara dovesse possedere il requisito di iscrizione all'ANGA (la prescrizione di legge ha trovato conferma nella *lex* di gara, che non è stata impugnata sul punto, né contestata, non essendo quindi oggetto della presente controversia).

D'altro canto, né la disciplina normativa dei contratti pubblici, né la *lex specialis* di gara impongono espressamente che detto requisito di idoneità professionale sia posseduto (anche) dalla società ausiliaria (non rilevando pertanto nella presente controversia la valutazione circa il potere della stazione appaltante di intervenire sul regime di ammissibilità dell'avvalimento, di cui anche in Cons. St, sentenza non definitiva 17 marzo 2020, n. 1920). Ciò peraltro è in linea con l'individuazione dell'impresa ausiliata quale unica partecipante alla gara, titolare del contratto in caso di aggiudicazione ed esecutrice del contratto (cui viene rilasciato il certificato di esecuzione), fatta salva la responsabilità solidale dell'impresa ausiliaria, come già sopra illustrato. E ciò anche considerando che l'art. 63 della direttiva 2014/24/UE, così come l'art. 89 comma 10 del d. lgs. n. 50/2016, dispone che l'amministrazione aggiudicatrice verifica se i soggetti sulla cui capacità l'operatore economico intende fare affidamento “*soddisfano i pertinenti criteri di selezione*” o se sussistono motivi di esclusione per mancanza dei requisiti di ordine generale. Il riferimento ai “*criteri di selezione*” si riferisce innanzitutto ai requisiti oggetto di avvalimento e, anche a voler ritenere che possa riguardare ulteriori requisiti specifici che la società ausiliaria debba possedere, la norma non può che riferirsi a criteri prestabiliti e nel caso di specie l'iscrizione all'ANGA non è stata richiesta quale requisito dell'ausiliaria. Tanto più che l'eventuale

inserimento nel bando di una clausola specifica riguardante la titolarità di detto requisito da parte dell'ausiliata, oltre a necessitare di idonea specificazione nei confronti (anche) dell'ausiliaria, sconterebbe il principio della tassatività delle clausole di esclusione.

L'art. 83, comma 8, del d. lgs. n. 50/2016, nel disciplinare i criteri di selezione e il soccorso istruttorio, stabilisce infatti che *“Le stazioni appaltanti indicano le condizioni di partecipazione richieste, che possono essere espresse come livelli minimi di capacità, congiuntamente agli idonei mezzi di prova, nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse ed effettuano la verifica formale sostanziale delle capacità realizzative, delle competenze tecniche professionali, ivi comprese le risorse umane, organiche all'impresa, nonché delle attività effettivamente eseguite. I bandi e le lettere d'invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle”*.

La disciplina contenuta nel richiamato art. 83 regola il potere della stazione appaltante di indicare nel bando le condizioni minime di partecipazione e i mezzi di prova. Questo al fine di consentire la verifica, in via formale e sostanziale, delle capacità realizzative dell'impresa, nonché le competenze tecnico-professionali e le risorse umane, organiche all'impresa medesima.

Nondimeno, dal combinato disposto degli artt. 83 de 89 del d. lgs. n. 50/2016 emerge che, conformemente al diritto dell'Unione europea, *“la stazione appaltante incontra il limite di non poter escludere il meccanismo dell'avvalimento se non nei casi tassativamente previsti dalla legge”*, sicché *“la discrezionalità, comunque non illimitata né insindacabile, della pubblica amministrazione nel disporre ulteriori limitazioni alla partecipazione, integranti speciali requisiti di capacità economico-finanziaria o tecnica che siano coerenti e proporzionati all'appalto, è potere ben diverso dalla facoltà, non ammessa dalla legge, di imporre adempimenti che in modo generalizzato ostacolano la partecipazione alla gara”* (Ad. plen. 16 ottobre 2020, n. 22).

Detto ciò può affermarsi che non è presente, nella *lex specialis*, una previsione espressa nel senso che l'iscrizione all'ANGA da parte dell'ausiliaria costituisca

requisito che incide sull'ammissibilità della partecipazione alla gara da parte dell'ausiliata, laddove il contratto di avvalimento ha ad oggetto un requisito diverso, nel caso di specie l'attestazione SOA.

A tale ultimo riguardo neppure può ritenersi che sia il particolare avvalimento avente a oggetto l'attestazione SOA (e la rilevanza anche quantitativa dell'attività e delle risorse altrui di cui la società partecipante intende servirsi) a richiedere il possesso da parte dell'ausiliaria anche dell'iscrizione all'ANGA (*“il contratto di avvalimento indichi nel dettaglio le risorse e i mezzi prestati, con particolare riguardo ai casi in cui l'oggetto di avvalimento sia costituito da certificazioni di qualità o certificati attestanti il possesso di adeguata organizzazione imprenditoriale ai fini della partecipazione alla gara”*, così l'art. 1, comma 1, lett. zz della legge n. 11/2016).

La giurisprudenza non ha infatti incluso detto requisito fra i presupposti di ammissibilità dell'avvalimento del requisito SOA, dettando piuttosto una (diversa e) *“duplice condizione:*

*a) che oggetto della messa a disposizione sia l'intero setting di elementi e requisiti che hanno consentito all'impresa ausiliaria di ottenere il rilascio dell'attestazione SOA;*

*b) che il contratto di avvalimento dia conto, in modo puntuale, del complesso dei requisiti oggetto di avvalimento, senza impiegare formule generiche o di mero stile”* (Ad. plen. 16 ottobre 2020, n. 22).

Alla tesi per cui l'iscrizione all'ANGA da parte dell'ausiliaria costituisce requisito che incide sull'ammissibilità della partecipazione alla gara da parte dell'ausiliata, laddove il contratto di avvalimento ha ad oggetto un requisito diverso, nel caso di specie l'attestazione SOA, neppure si perviene in via interpretativa.

Innanzitutto, in materia di gare, vige il canone ermeneutico del *favor participationis* (nei casi di incertezza del contenuto delle clausole, va preferita l'interpretazione che agevoli la più ampia partecipazione alla procedura), che nel caso di specie comporta di interpretare il bando nel senso che agevoli la

partecipazione di Jonica 2001, così ritenendo che la documentazione di gara non richieda il possesso dell'iscrizione all'ANGA da parte dell'ausiliaria.

Considerato poi che la società partecipante ha l'obbligo di essere iscritta all'ANGA, richiedere, a pena di esclusione, il possesso dell'iscrizione all'ANGA all'ausiliaria significherebbe imporre una duplicazione dei requisiti per la partecipazione alla gara, che verrebbero richiesti all'ausiliata e all'ausiliaria del rapporto di avvalimento (stipulato per requisiti diversi, come nel caso di specie).

Il Collegio ritiene che la disciplina dell'avvalimento si frapponga rendendo impervia un'interpretazione siffatta.

L'istituto dell'avvalimento, di derivazione eurounitaria (ha origine dalla sentenza della Corte di giustizia 14.4.1994, n. 389) e poi trasposto nelle direttive appalti, è uno strumento di agevolazione della partecipazione alla gara, in quanto consente a un soggetto privo di uno o più requisiti di partecipazione di servirsi della capacità di altri soggetti, che invece ne sono muniti. Esso punta a consentire la più ampia partecipazione degli operatori economici e, al tempo stesso, intende assicurare che l'esecuzione delle prestazioni sia svolta da soggetti effettivamente in possesso di adeguata capacità e moralità (Cons. St., sez. III, ordinanza di rimessione alla Corte di giustizia 20 marzo 2020 n. 2005).

Detto strumento giuridico è delineato dal diritto UE come finalizzato a favorire la creazione del mercato interno e ad assicurare un adeguato livello di concorrenzialità del medesimo, consentendo la partecipazione al mercato delle piccole e medie imprese o comunque ad imprese che possono, solo grazie all'avvalimento, partecipare a gare che altrimenti sarebbero loro precluse (dal Considerando 2 della direttiva 2014/24/UE si evince che la disciplina degli appalti è stata rivista *“facilitando in particolare la partecipazione delle piccole e medie imprese (PMI) agli appalti pubblici”*). L'avvalimento risponde infatti *“all’obiettivo dell’apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile, obiettivo perseguito dalle direttive in materia a vantaggio non soltanto degli*

*operatori economici, ma parimenti delle amministrazioni aggiudicatrici. Inoltre, essa è anche idonea a facilitare l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici?* (Corte di giustizia 14 settembre 2017 C-223/16).

A detto inquadramento non si confà un'interpretazione dell'istituto volte a restringerne l'utilizzo al di là di quanto consentito dalla disciplina di settore. *“Conformemente al diritto dell'Unione europea, la stazione appaltante incontra il limite di non poter escludere il meccanismo dell'avvalimento se non nei casi tassativamente previsti dalla legge”* (Ad. plen. 16 ottobre 2020 n. 22).

La Corte di giustizia ha infatti affermato che le disposizioni delle direttive appalti riguardanti l'istituto dell'avvalimento *“non istituiscono alcun divieto di principio relativo alla possibilità, per un offerente, di avvalersi delle capacità di uno o più soggetti terzi in aggiunta alle proprie capacità, al fine di soddisfare i criteri fissati da un'amministrazione aggiudicatrice”* (Corte di giustizia, 14 settembre 2017, C-223/16).

Non è quindi consentito interpretare le regole di gara nel senso che impongano la duplicazione dei requisiti, in capo alla partecipante e all'ausiliaria (circostanza che si verificherebbe nel caso di specie richiedendo che anche l'ausiliaria, oltre che la partecipante, sia iscritta all'ANGA). Ostacoli alla fruizione dello strumento possono infatti derivare anche dalla configurazione di presupposti che aggravano la possibilità di avvalersi di detto istituto, che invece risponde alla *ratio* di agevolare la partecipazione, non complicarla, con l'obiettivo dell'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile, obiettivo perseguito dalle direttive in materia a vantaggio non soltanto degli operatori economici, ma parimenti delle amministrazioni aggiudicatrici.

Del resto l'Adunanza plenaria, nel delineare le finalità dell'istituto (apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile a vantaggio degli operatori economici e delle amministrazioni aggiudicatrici e più facile accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici), ha precisato che, rientrando queste negli obiettivi generali dell'ordinamento

eurounitario, sulla base dei generali canoni ermeneutici di matrice UE, “*grava sull’operatore nazionale l’obbligo di interpretare le categorie del diritto nazionale in senso conforme ad essi (c.d. criterio dell’interpretazione conforme) e di non introdurre in relazione ad essi vincoli e limiti ulteriori e diversi rispetto a quelli che operano in relazione alle analoghe figure del diritto interno; limitare - in casi eccezionali - la possibilità per gli operatori di fare ricorso all’istituto dell’avvalimento*” (Ad. plen. 4 novembre 2016 n. 23).

Interpretare le regole della gara qui controversa nel senso che impongano, a pena di esclusione, l’iscrizione all’ANGA anche all’ausiliaria significherebbe invece prevedere, in caso di avvalimento per requisiti diversi, come nel caso di specie, una duplicazione dei requisiti, posto che le disposizioni sopra richiamate già stabiliscono che la partecipante debba essere munita del requisito di iscrizione all’ANGA.

Tanto basterebbe ad accogliere il motivo di appello.

Il Collegio aggiunge comunque due ulteriori considerazioni.

In primo luogo, anche a volere prescindere dalla presenza di una clausola che impone all’ausiliata di essere iscritta all’ANGA, e quindi ipotizzando di non considerare detta disposizione (così superando la tematica della duplicazione dei requisiti), il fatto che l’appellante, società partecipante alla gara e ausiliata del contratto di avvalimento avente ad oggetto l’attestazione SOA, sia nel caso di specie provvista di detto requisito non consente di ritenere inammissibile l’offerta presentata dalla medesima. Ciò in quanto l’iscrizione all’ANGA, essendo un requisito di idoneità professionale di cui all’art. 83 comma 1 lett. a) del d. lgs. n. 50/2016 (Cons. St., sez. V, 3.6.2019, n. 3727), non costituisce un requisito di ordine generale di cui all’art. 80 del d. lgs. n. 50/2016 e di cui all’art. 57 della direttiva 2014/24/UE, di cui è richiesto il possesso all’ausiliaria ai sensi dell’art. 89 comma 1 del d. lgs. n. 50/2016 e dell’art. 63 della direttiva 2014/24/UE).

Se si considera la *ratio* agevolatrice della partecipazione alla gara sottesa all’istituto dell’avvalimento infatti la particolarità che caratterizza i requisiti di

idoneità professionale, quale l'iscrizione all'ANGA, di cui all'art. 83 comma 1 lett. a) del d. lgs. n. 50/2016, pur caratterizzandoli rispetto ai presupposti di capacità, economica, finanziaria, tecnica e professionale, non consente di assimilarli ai requisiti di ordine generale (gravanti sull'impresa ausiliaria). Del resto l'Adunanza plenaria ha affermato che l'art. 89 del decreto legislativo n. 50 del 2016 consente l'utilizzazione dell'avvalimento in via generale da parte delle imprese che negoziano con l'Amministrazione, individuando *“quali uniche eccezioni alla regola le ipotesi contemplate nei commi 4, 10 e 11 della stessa”* (Ad. plen. 16 ottobre 2020, n. 22), fra le quali non rientra il caso in esame, posto anche che l'Amministrazione non si è avvalsa della facoltà, riconosciuta dall'art. 89, comma 4, del d. lgs. n. 50 del 2016 di prevedere *“nei documenti di gara che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente”*, rientrandovi piuttosto la diversa fattispecie della mancata iscrizione all'ANGA della società concorrente).

In secondo luogo, prescindendo dalla sopra illustrata tematica della duplicazione dei requisiti in caso di avvalimento e soffermandosi unicamente sulla necessità dell'iscrizione all'ANGA da parte dell'ausiliaria (in disparte la tematica della tassatività delle clausole di esclusione), il principio di trasparenza e di concorrenzialità impedisce comunque di addivenire alla conclusione che detto requisito di idoneità da parte di Research Consorzio costituisca presupposto dell'ammissione della partecipante Jonica 2001 alla gara controversa.

L'obbligo di trasparenza implica infatti che tutte le condizioni e le modalità della procedura di aggiudicazione siano formulate in maniera chiara, precisa e univoca nei documenti di gara, così da permettere, anzitutto, a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di comprenderne l'esatta portata e d'interpretarle allo stesso modo e, poi, all'Amministrazione di essere nelle condizioni di verificare se le offerte degli offerenti rispondano ai criteri che disciplinano l'appalto di cui trattasi. *“A tal proposito, occorre ricordare, da un lato, che il principio di parità di trattamento impone che*

*tutti gli offerenti dispongano delle stesse possibilità nella formulazione dei termini delle loro offerte e implica quindi che tali offerte siano soggette alle medesime condizioni per tutti gli offerenti. Dall'altro lato, l'obbligo di trasparenza, che ne costituisce il corollario, ha come scopo quello di eliminare i rischi di favoritismo e di arbitrio da parte dell'amministrazione aggiudicatrice. Tale obbligo implica che tutte le condizioni e le modalità della procedura di aggiudicazione siano formulate in maniera chiara, precisa e univoca nel bando di gara o nel capitolato d'onere, così da permettere, da un lato, a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di comprenderne l'esatta portata e d'interpretarle allo stesso modo e, dall'altro, all'amministrazione aggiudicatrice di essere in grado di verificare effettivamente se le offerte degli offerenti rispondano ai criteri che disciplinano l'appalto in questione"* (Corte di giustizia, sez. VI, 2 giugno 2016, C-27/15).

La Corte ha altresì dichiarato che i principi di trasparenza e di parità di trattamento che disciplinano tutte le procedure di aggiudicazione di appalti pubblici richiedono che le condizioni sostanziali e procedurali relative alla partecipazione ad un appalto siano chiaramente definite in anticipo e rese pubbliche, in particolare gli obblighi a carico degli offerenti, affinché questi ultimi possano conoscere esattamente i vincoli procedurali ed essere assicurati del fatto che gli stessi requisiti valgono per tutti i concorrenti (Corte di giustizia, sez. VI, 2 giugno 2016, C-27/15).

Nel caso di specie l'asserito requisito dell'iscrizione all'ANGA per la società ausiliaria non è stato predeterminato, neppure sulla base dei canoni ermeneutici applicabili al settore, non potendo quindi spiegare, in caso di mancanza, un'efficacia escludente.

In conclusione, non solo la normativa e la legge di gara non hanno previsto quale requisito di partecipazione alla gara il possesso da parte della società ausiliaria (in base a contratto di avvalimento avente ad oggetto l'attestazione SOA) dell'iscrizione all'ANGA ma neppure in via interpretativa può giungersi a tale conclusione 2001 (e quindi la mancata iscrizione all'ANGA da parte dell'ausiliaria non determina alcuna conseguenza sull'affermazione di Jonica 2001, contenuta nella nota 23 giugno 2020, circa il fatto che "*i lavori verranno*

*interamente eseguiti dall'Impresa ausiliata Jonica 2001 Soc. Coop., la quale risulta pertanto in possesso di tutti i requisiti richiesti dalla Stazione Appaltante”).*

Non può quindi ritenersi che l'iscrizione all'ANGA da parte dell'ausiliaria Research Consorzio costituisca un requisito di ammissibilità alla gara controversa per la partecipante Jonica.

11.2. Ne deriva che il motivo di appello è meritevole di accoglimento, con conseguente riforma della sentenza impugnata.

12. In conclusione l'appello deve essere accolto e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, deve essere accolto il ricorso di primo grado.

La novità della questione di diritto giustifica la compensazione delle spese dei due gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, estromette dal giudizio l'Assessorato regionale Infrastrutture e Mobilità – Urega di Catania, accoglie l'appello e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado.

Spese dei due gradi di giudizio compensate.

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

Così deciso dal C.G.A.R.S. con sede in Palermo nella camera di consiglio del giorno 6 maggio 2021, tenutasi da remoto e in modalità telematica e con la contemporanea e continua presenza dei magistrati:

Fabio Taormina, Presidente

Raffaele Prospero, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere, Estensore

Maria Immordino, Consigliere

Antonino Caleca, Consigliere

**Sara Raffaella Molinaro**

**Fabio Taormina**

IL SEGRETARIO