

Pubblicato il 05/08/2020

N. 04927/2020REG.PROV.COLL.

N. 10257/2019 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 10257 del 2019, proposto da

Orione Costruzioni S.r.l. in proprio e nella qualità di mandataria della costituenda Ati, Elettrica 2000 S.r.l. in proprio e nella qualità di mandante della costituenda Ati, Termomat S.r.l. in proprio e nella qualità di mandante della costituenda Ati, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dall'avvocato Ubaldo Lopardi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Giuseppe Palumbo 3.

contro

Tecnoclima S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Alfredo Cirillo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
Ater - Azienda Territoriale per l'Edilizia Residenziale della provincia dell'Aquila, non costituita in giudizio.

*per la riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per
l'Abruzzo (Sezione Prima) n. 00552/2019, resa tra le parti.*

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Tecnoclima s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza del giorno 9 luglio 2020, tenuta ai sensi dell'art. 84, comma 5, del d.l. n. 18 del 2020, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 27 del 2020, il Cons. Giuseppina Luciana Barreca e dati presenti gli avvocati Cirillo e Lopardi ai sensi dell'art 4, co. 1, ultimo periodo, del d.l. n. 28 del 2020;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza indicata in epigrafe il Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo ha accolto il ricorso proposto dalla società Tecnoclima s.r.l. contro l'Azienda territoriale per l'edilizia residenziale (ATER) della provincia dell'Aquila e nei confronti delle società Orione Costruzioni s.r.l., Elettrica 2000 s.r.l. e Termomat s.r.l. per l'annullamento dell'aggiudicazione alla costituenda ATI tra queste ultime della gara d'appalto indetta dall'ATER per lavori di riparazione dei danni causati dal sisma del 6 aprile 2009 del fabbricato "H8" sito in Via Antica Arischia 46/E.

1.1. La decisione è stata assunta previo rigetto dell'eccezione di irricevibilità del ricorso formulata dalle controinteressate perché la ricorrente non aveva tempestivamente impugnato, col rito c.d. super accelerato dell'art. 120, comma 2 bis e 6 bis, Cod. proc. amm. il provvedimento di ammissione alla gara del costituendo raggruppamento Orione Costruzioni s.r.l., ma direttamente l'aggiudicazione per illegittimità derivata dall'ammissione illegittima.

1.2. Nel merito, il primo giudice ha ritenuto l'illegittimità, appunto, dell'ammissione alla gara del raggruppamento e, quindi, dell'aggiudicazione per il vizio dedotto col primo motivo di ricorso, vale a dire per violazione dell'art. 48, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016, nonché dell'art. 2 del disciplinare di gara, per omessa indicazione, in percentuale o descrittivamente, del riparto delle quote di esecuzione delle lavorazioni afferenti alla categoria OG11 fra le società componenti la sub ATI orizzontale, Termomat s.r.l. e Elettrica 2000 s.r.l.

Ritenuto che tale omissione avrebbe dovuto comportare l'esclusione dalla gara del raggruppamento, il primo motivo del ricorso è stato accolto, con la dichiarazione di illegittimità dell'aggiudicazione ed assorbimento dei due motivi restanti, proposti in via subordinata (concernenti, rispettivamente, violazione dell'art. 92 del d.P.R. 207 del 2010, che prevede l'obbligo di corrispondenza tra requisiti di qualificazione e quote di esecuzione lavori per i componenti dell'ATI e eccesso di potere sotto vari profili, violazione dei principi di imparzialità e buon andamento-violazione del limite delle 20 pagine stabilito nel disciplinare di gara (art. 11) con riferimento alla relazione descrittiva dell'offerta tecnica.).

1.3. Parte controinteressata aveva proposto ricorso incidentale condizionato, basato su un unico motivo, col quale aveva dedotto la violazione dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016, perché la stazione appaltante avrebbe dovuto disporre il soccorso istruttorio per colmare la mancanza della dichiarazione relativa al riparto delle quote di esecuzione delle lavorazioni.

Il ricorso incidentale è stato respinto.

1.4. Le spese di lite sono state regolate secondo il criterio della soccombenza e perciò poste a carico dell'ATER e delle controinteressate.

2. Queste ultime hanno interposto appello con tre motivi; Tecnoclima s.r.l. si è costituita per resistere all'appello; non si è invece costituita l'ATER della provincia dell'Aquila.

2.1. Le appellate hanno depositato memoria difensiva ex art. 73 Cod. proc. amm. ed entrambe le parti note di udienza ai sensi dell'art. 4 del d.l. n. 28 del 2020, convertito con modificazioni dalla legge n. 70 del 2020.

2.2. All'udienza pubblica del 9 luglio 2020, tenuta ai sensi dell'art. 84, comma 5, del d.l. n. 18 del 2020, convertito con modificazioni dalla legge n. 27 del 2020, la causa è passata in decisione, allo stato degli atti, ed è stata deliberata in camera di consiglio ai sensi dello stesso art. 84, comma 6.

3. Col primo motivo è impugnato il rigetto dell'eccezione di irricevibilità del ricorso, denunciando violazione e/o falsa applicazione dell'art. 120, comma 2 bis, Cod. proc. amm. e dell'art. 1, comma 22 (ex 4) e 23 (ex 5) del d.l. 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 giugno 2019, n. 55.

3.1. Va premesso che il provvedimento di ammissione della costituenda ATI Orione Costruzioni s.r.l. oggetto di impugnazione è contenuto nel verbale del 23 luglio 2018, pubblicato, ai sensi dell'art. 29, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016 e succ. mod., dal 23 luglio al 23 agosto 2018; il ricorso introduttivo del presente giudizio, col quale è stato impugnato il detto verbale unitamente al provvedimento di aggiudicazione dell'8 maggio 2019, è stato notificato il 4-7 giugno 2019 e depositato il 12 giugno 2019.

Si è posta perciò la questione interpretativa della disciplina transitoria dell'art. 1, comma 5 (poi comma 23) del d.l. n. 32 del 2019, convertito con modificazioni dalla legge n. 55 del 2019 -per la quale *“le disposizioni di cui al comma 4 si applicano ai processi iniziati dopo la data di entrata in vigore del presente decreto”* - in riferimento all'abrogazione del rito dell'art. 120, comma 2 bis e 6 bis, Cod. proc. amm. (come introdotti dall'art. 204, comma 1, lett. b e c, del d.lgs. n. 50 del 2016) ad opera del detto comma 4 (ora comma 22) del decreto legge.

3.2. Il giudice di prime cure richiamando un precedente dello stesso Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo -dopo aver premesso che, per effetto

dell'abrogazione del rito c.d. super accelerato “si riespande” la vigenza del rito “speciale” degli appalti di cui all'art. 120 Cod. proc. amm. introdotto col d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104- ha ritenuto che *“in forza della disposizione abrogante, le impugnazioni avverso le altrui ammissioni ritornano a dover essere proposte secondo la regola generale processuale dell'interesse ad agire (art. 100 c.p.c.), al momento dell'aggiudicazione definitiva, laddove dall'annullamento di quest'ultima il ricorrente possa trarre un'utilità immediata e diretta o strumentale”* e che, sul piano del diritto processuale transitorio, rileva che il legislatore abbia *“assunto quale riferimento temporale per l'applicazione della disposizione processuale non già la pubblicazione del bando di gara o la spedizione dell'invito ovvero il momento dell'avvio della procedura di affidamento, bensì l'inizio del processo”*; si è quindi intrattenuto sull'individuazione del momento nel quale il giudizio è da ritenersi “iniziato” (se alla data di notificazione ovvero a quella di deposito del ricorso) ai sensi e per gli effetti della citata disposizione transitoria.

3.3. L'appellante obietta che -irrilevante essendo tale ultima questione nel caso di specie, dato che il ricorso è stato notificato e depositato dopo l'entrata in vigore del d.l. n. 32 del 2019 e prima della sua conversione in legge- una norma sopravvenuta, nell'abrogare una disposizione processuale, non potrebbe dare reviviscenza ad una situazione di fatto e di diritto ormai cristallizzatasi. Ricorda che l'art. 11 delle preleggi, dove sancisce che *“la legge non dispone che per l'avvenire; essa non ha effetto retroattivo”*, è stato interpretato nel senso che la fonte abrogante non estende i suoi effetti ai fatti antecedenti alla sua entrata in vigore; con la conseguenza che le situazioni sorte sotto il vigore della precedente disciplina ed esauritesi, come accaduto, secondo l'appellante, alla scadenza del termine dell'art. 120, comma 2 bis, Cod. proc. amm., sono disciplinate dalla normativa abrogata, per il principio *tempus regit actum*. A sostegno di questa interpretazione delle conseguenze dell'abrogazione della norma processuale, sopravvenuta all'inutile decorso del termine per impugnare il provvedimento di ammissione della concorrente risultata poi aggiudicataria,

l'appellante cita l'ordinanza cautelare 8 novembre 2019, n. 7258 del Tribunale amministrativo regionale del Lazio – Roma (la quale, ha affermato, rispetto al provvedimento di ammissione non impugnato che *“una volta scaduto il termine decadenziale ex lege per la proposizione della sua impugnativa, è divenuto inoppugnabile, sicchè una normativa processuale sopravvenuta non può modificare un dato sostanziale consolidato”* e, pur nel vigore della norma transitoria dell'art. 1, comma 23, del d.l. n. 32 del 2019, ha ritenuto inammissibile l'impugnazione proposta avverso l'aggiudicazione, *“posta la mancata contestazione tempestiva dell'atto presupposto”*).

3.3. Il motivo di appello è infondato.

Giova premettere che si conviene con la constatazione dell'irrelevanza della questione –affrontata *ex professo* dal primo giudice- del momento in cui (tra la data di notificazione e quella di deposito del ricorso) è da reputarsi instaurato il presente giudizio.

La disposizione transitoria dell'art. 1, comma 5, sopra richiamata, riguardo all'abrogazione del rito c.d. super accelerato disposta dall'art. 1, comma 4, del decreto legge n. 32 del 2019, prevede(va) che *“le disposizioni di cui al comma 4 si applicano ai processi iniziati dopo la data di entrata in vigore del presente decreto”* (cioè dopo il 19 aprile 2019); essa è stata modificata in sede di conversione con l'art. 1, comma 23 (avendo il comma 5 assunto tale numerazione dopo la conversione) mediante il riferimento al comma 22 (avendo il comma 4 assunto tale ultima numerazione dopo la conversione) ed all'applicazione ai processi iniziati *“dopo la data di entrata in vigore della presente legge”*, cioè dopo il 18 giugno 2019.

Tuttavia, la disciplina transitoria si completa con l'art. 1, comma 2, della legge di conversione n. 55 del 2019, il quale, con norma di sanatoria, stabilisce che *“restano validi gli atti e i provvedimenti adottati e sono fatti salvi gli effetti prodottisi e i rapporti giuridici sorti sulla base dell'art. 1 del medesimo decreto legge 18 aprile 2019, n. 32”*.

Quest'ultima disposizione consente di escludere qualsivoglia soluzione di continuità tra la disciplina processuale vigente dopo l'entrata in vigore del decreto legge (19 aprile 2019), quando il ricorso della Tecnoclima venne notificato (7 giugno 2019) e depositato (12 giugno 2019), e la disciplina processuale vigente dopo l'entrata in vigore della legge (18 giugno 2019).

Pertanto, pur essendo stato il presente giudizio introdotto prima della data di entrata in vigore della legge, perché prima di tale data il ricorso introduttivo è stato sia notificato che depositato, la valutazione della sua ammissibilità va fatta tenendo presente l'abrogazione del rito c.d. super-accelerato.

3.3.1. In merito alle conseguenze applicative della soppressione *tout court* dell'art. 120, comma 2 bis e 6 bis (oltre che di tutte le parti di altri comma riguardanti il rito c.d. super speciale), Cod. proc. amm., la tesi dell'appellante (seguita da una parte della giurisprudenza di primo grado) non considera, per un verso, che il principio del *tempus regit actum* trova applicazione se la legge sopravvenuta non abbia diversamente disposto; per altro verso, che il divieto di retroattività della legge sancito dall'art. 11 delle disposizioni sulla legge in generale comporta che, in mancanza di deroga espressa, la legge sopravvenuta non possa incidere soltanto sulle posizioni che si siano oramai consolidate sotto il profilo sostanziale.

La questione posta dall'appello va allora risolta interpretando la disciplina transitoria processuale risultante dalle disposizioni sopra esposte.

Dirimente è la considerazione che sia stato assunto come riferimento temporale per l'applicazione della disposizione abrogante "l'inizio del processo", a dimostrazione della volontà legislativa di rendere immediatamente operante l'abrogazione, anche per le procedure di gara già avviate ed ancora in corso.

Rispetto a queste ultime, la norma previgente dell'art. 120, comma 2 bis, Cod. proc. amm. non aveva determinato, alla scadenza del termine ivi previsto per l'impugnazione degli atti endo-procedimentali, alcun effetto di tipo sostanziale. In

particolare, contrariamente alla tesi fatta propria dall'appellante, non aveva comportato la sanatoria definitiva delle ammissioni illegittime, dal momento che la stazione appaltante avrebbe ancora potuto riscontrare queste ultime, escludendo il concorrente in sede di controllo delle dichiarazioni sul possesso dei requisiti ex art. 32, comma 7, del d.lgs. n. 50 del 2016 e nell'esercizio dei poteri di autotutela.

Piuttosto, come rilevato anche in una recente decisione di questo Consiglio, l'art. 120, comma 2 bis, Cod. proc. amm. *“ha anticipato l'onere dell'impugnazione dell'ammissione, in deroga al principio di necessaria lesività, imponendo, pena l'inammissibilità delle censure postume, l'immediata contestazione di fatti e valutazioni che tradizionalmente potevano (e possono dopo l'abrogazione della disposizione) essere fatti valere in sede di impugnazione dell'aggiudicazione. E' a questa valutazione processuale di inammissibilità che la norma transitoria si riferisce: nei processi iniziati dopo il 18.6.2019 essa non è più consentita, dovendo il giudice valutare le censure anche se (recte: solo se) proposte avverso l'aggiudicazione”* (così testualmente Cons. Stato, III, 5 giugno 2020, n. 3585).

Giova aggiungere che siffatta conclusione era stata anticipata dall'ordinanza cautelare di questa Sezione V, 17 gennaio 2020, n. 148, di riforma dell'ordinanza cautelare del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio n. 7258/2019, richiamata dalle appellanti.

In continuità con i precedenti appena citati, si ritiene di concludere nel senso che, a seguito della disposizione abrogante del 2019, è venuta meno l'autonoma rilevanza attribuita per legge (mediante una deroga espressa al principio generale della non immediata possibilità di tutela degli interessi strumentali) dall'art. 120, comma 2 bis, Cod. proc. amm. all'interesse procedimentale alla corretta formazione della platea dei concorrenti prima dell'esame delle offerte (su cui cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4) che ha consentito, nella vigenza della norma, di anticipare la tutela giurisdizionale nei confronti di atti appartenenti ad una fase endo-procedimentale. A seguito della soppressione immediata della disposizione, nei processi iniziati dopo

l'abrogazione (cioè dopo l'entrata in vigore della legge di conversione, ma, per quanto sopra, già dopo l'entrata in vigore del decreto legge) l'interesse ad agire è invece regolato secondo i principi generali, cioè avendo riguardo all'interesse sostanziale di cui sono titolari gli operatori economici partecipanti alla gara a conseguire l'aggiudicazione e quindi a fare valere i vizi delle altrui ammissioni, quando queste -all'esito della procedura- risultino effettivamente lesive nei loro confronti.

3.3.2. Nel caso di specie l'impugnazione dell'aggiudicazione, proposta quando non era più richiesta per legge la previa impugnativa dell'ammissione quale presupposto necessario per impugnare l'aggiudicazione, è tempestiva ed ammissibile, non vigendo più la detta preclusione processuale.

Il primo motivo di appello va quindi respinto.

4. La conclusione raggiunta in punto di interpretazione della disciplina transitoria dettata dal d.l. n. 32 del 2019, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 55 del 2019, comporta il rigetto del secondo motivo di appello, col quale è denunciata l'omessa pronuncia o l'omessa motivazione su un'eccezione formulata dalle società controinteressate in primo grado.

4.1. Con tale eccezione, che viene riproposta in appello, si assume l'inammissibilità del ricorso contro il provvedimento di aggiudicazione, dato che unitamente a quest'ultimo è stato impugnato soltanto il verbale del giorno 23 luglio 2018, mentre la stazione appaltante ha emesso un secondo provvedimento di ammissione della costituenda ATI contenuto nel verbale del 6 agosto 2018, invece non impugnato (neanche tardivamente).

4.2. L'interpretazione della disciplina transitoria di cui sopra comporta:

- per un verso, che la sentenza non sia viziata da omessa pronuncia, poiché la decisione di ammissibilità del ricorso nel presupposto dell'insussistenza di preclusioni processuali ha portata assorbente dell'eccezione *de qua*;

- per altro verso, che, proprio in ragione della definitiva eliminazione (o, secondo altra prospettiva, della intervenuta sanatoria) delle preclusioni processuali che conseguivano alla vigenza dell'art. 120, comma 2 bis, Cod. proc. amm., i provvedimenti sulle ammissioni mantengono natura endo-procedimentale, senza che sia più autonomamente rilevante l'interesse procedimentale alla corretta preventiva selezione dei concorrenti.

Venuto meno l'onere dell'impugnazione immediata dell'atto di ammissione di un concorrente per carenza dei requisiti soggettivi, l'atto da impugnarsi dall'operatore economico, che non sia stato escluso dalla gara, è l'aggiudicazione, anche quando si assuma viziata per illegittimità derivata dall'illegittimità dell'ammissione; l'effetto lesivo dell'interesse sostanziale a conseguire il "bene della vita" dell'aggiudicazione si produce infatti con l'affidamento dell'appalto in favore altrui, determinando l'insorgenza dell'interesse ad agire ex art. 100 Cod. proc. civ. al fine di conseguire l'annullamento.

4.3. Il secondo motivo di appello va quindi respinto.

5. Col terzo motivo la sentenza è censurata nella parte in cui ha respinto il ricorso incidentale condizionato, con cui si è sostenuto da parte delle società componenti la costituenda ATI Orione Costruzioni che la stazione appaltante avrebbe dovuto disporre un soccorso istruttorio per consentire alla (sub) ATI orizzontale tra Elettrica 2000 s.r.l. e Termomant s.r.l. di indicare le quote di esecuzione dei lavori da parte di ciascuna delle due società.

5.1. La decisione di rigetto si basa sulla motivazione che *"la mancata indicazione delle quote di esecuzione delle lavorazioni della categoria OG11 non costituisce un'irregolarità formale sanabile con il soccorso istruttorio, ma, in quanto incide su un elemento essenziale dell'offerta contrattuale, costituito dalla carente indicazione dell'oggetto della proposta contrattuale, determina l'incompletezza dell'offerta negoziale da un punto di vista sostanziale"*.

5.2. La parte appellante obietta che, tenendo conto della normativa in materia, sarebbe stato possibile individuare la ripartizione delle quote (in quanto ATI tra due società soltanto, delle quali la Elettrica 2000 sarebbe stata mandante e soggetto portatore della categoria SOA -per cui, ai sensi dell'art. 92 del d.P.R. n. 207 del 2010, quindi *ex lege*, assegnataria di una quota minima del 40% e massima del 49% delle lavorazioni - e la mandataria Termomat avrebbe dovuto essere assegnataria del 51%), sicché:

- la mancata indicazione delle quote di esecuzione delle lavorazioni non avrebbe determinato la mancata indicazione di elementi essenziali dell'offerta;
- quindi avrebbe consentito l'attivazione del soccorso istruttorio, poiché le irregolarità essenziali, non sanabili col soccorso istruttorio, sono soltanto quelle la cui carenza non consenta l'individuazione del contenuto e del soggetto responsabile dell'offerta, mentre nel caso di specie l'offerta sarebbe stata determinata dal punto di vista oggettivo e soggettivo.

5.3. Il motivo è infondato.

La mancata indicazione delle quote di esecuzione dei lavori, anche in caso di ATI orizzontale a due società, comporta un'incertezza sull'offerta dal punto di vista soggettivo, che rende la relativa carenza essenziale e non sanabile col soccorso istruttorio perché, ai sensi dell'art. 83, comma 9, del codice dei contratti pubblici non consente l'individuazione certa del contenuto dell'offerta.

Non soccorre in senso contrario la disposizione regolamentare richiamata dalle appellanti, dal momento che la misura minima prevista dall'art. 92, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010, tuttora in vigore, attiene al possesso dei requisiti di qualificazione, non al riparto delle quote delle lavorazioni.

L'essentialità dell'indicazione della ripartizione delle quote di esecuzione dei lavori nell'economia dell'offerta delle imprese associate o consorziate è stata già affermata in giurisprudenza, tra l'altro, sia nel precedente di cui a Cons. Stato, Ad. plen., 13

giugno 2012, n. 22 (che, come evidenziato nella sentenza appellata, ha affermato che *“l’offerta contrattuale, che non contiene la specificazione delle quote di lavorazione che saranno eseguite dalle singole imprese associande o associate, anche in un raggruppamento orizzontale, deve ritenersi parziale e incompleta, non permettendo di ben individuare l’esecutore di una determinata prestazione nell’ambito dell’a.t.i., e rimanendo dunque indeterminato il profilo soggettivo della prestazione offerta”*), sia nella sentenza della stessa Adunanza plenaria 5 luglio 2012, n. 26 (che ha statuito che l’obbligo di specificazione delle quote di esecuzione del contratto ex art. 37, comma 4, d.lgs. n. 163 del 2006 è espressione di un principio generale che va assolto a pena di esclusione in sede di formulazione dell’offerta, perché *“soddisfa l’esigenza, consustanziale alla funzione dei raggruppamenti (e dunque anche dei consorzi ordinari), che risulti quale sia il ruolo operativo assegnato a ciascuna delle imprese raggruppate e consorziate, allo scopo di evitare che si avvalgano del raggruppamento non per unire le rispettive disponibilità tecniche e finanziarie, ma per aggirare le norme di ammissione nel bando e consentire la partecipazione di imprese non qualificate.”*).

Di qui la necessità che l’impegno delle imprese riunite o associate sia definito sin dal momento di partecipazione alla gara, perché, come pure affermato in giurisprudenza, esso *“è un elemento che attiene all’offerta e non al possesso dei requisiti di partecipazione alla gara. Attraverso questa dichiarazione le imprese consorziate assumono un impegno giuridicamente vincolante nei confronti della stazione appaltante, in vista dell’(eventuale) esecuzione del contratto. [...] L’impegno deve essere pertanto essere già definito al momento in cui si partecipa alla gara, perché in questo modo le imprese consorziate, come quelle raggruppate, formalizzano nei loro rapporti e nei confronti dell’amministrazione la misura entro la quale si assumeranno l’esecuzione del contratto e la corrispondente misura dei requisiti di qualificazione di cui devono essere in possesso.*

Ne segue che questo impegno non può essere formalizzato in sede di gara, attraverso il potere di soccorso istruttorio della stazione appaltante. Infatti, in questo modo si consentirebbero eventuali aggiustamenti secondo convenienza in relazione ai requisiti di qualificazione in concreto utilizzabili

da ciascuna impresa consorzata, e comunque si consentirebbe di mutare le condizioni economiche e di futura esecuzione del contratto attraverso una differente ripartizione delle relative quote.” (così Cons. Stato, V, 21 giugno 2017, n. 3029).

I principi giurisprudenziali richiamati in tema di essenzialità dell'indicazione del riparto delle quote di esecuzione dei lavori (o delle parti di servizi e forniture), nonché in tema di impossibilità di sanarne l'omissione col soccorso istruttorio, sebbene espressi in riferimento alla disciplina del d.lgs. n. 163 del 2006, sono tuttora validi, alla stregua delle seguenti disposizioni:

- l'art. 48, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016 che, come modificato col d.lgs. n. del 2017, impone ai raggruppamenti temporanei nel caso di lavori di specificare nell'offerta *“le categorie di lavori ... che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati”*; la *ratio* della disposizione (anche alla luce della contestuale previsione che, per le forniture e i servizi, nell'offerta devono essere specificate *“le parti del servizio o della fornitura”* da eseguirsi da ciascuno, con disposizione testualmente e teleologicamente identica a quella dell'art. 37 del d.lgs. n. 163 del 2006, cui il nuovo codice dei contratti pubblici ha aggiunto il riferimento espresso alla categoria dei lavori) è chiara nel senso che, qualora per una stessa categoria di lavori si preveda l'esecuzione congiunta da parte di più operatori economici del raggruppamento, allora debbano essere specificate le quote di esecuzione di ciascuno; in tal senso, d'altronde, la disposizione è stata interpretata, nel caso di specie, dal primo giudice, con la statuizione di accoglimento del primo motivo di ricorso, non fatta oggetto di appello; a tutto ciò si aggiunga che l'art. 92, comma 2, ultimo inciso, del d.P.R. n. 207 del 2010, come sostituito dall'art. 12, comma 9, della legge 23 maggio 2014 n. 80, tuttora in vigore in via transitoria ai sensi dell'art. 216, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016, espressamente prevede che *“I lavori sono eseguiti dai concorrenti riuniti secondo le quote indicate in sede di offerta, fatta salva la facoltà di modifica delle stesse, previa autorizzazione della stazione appaltante che ne verifica la compatibilità con i requisiti di qualificazione posseduti*

dalle imprese interessate”, a riscontro della necessità dell’indicazione delle quote in sede di offerta;

- l’art. 83, comma 9, che non consente la sanatoria col soccorso istruttorio delle mancanze, incompletezze e altre irregolarità essenziali dell’offerta, tale essendo, per quanto sopra, l’omissione qui contestata.

In conclusione, la specificazione, da parte delle imprese che partecipano alla gara in raggruppamento temporaneo, delle categorie di lavori e, in caso di medesima categoria, delle quote che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti, ai sensi dell’art. 48, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016, in quanto dichiarazione d’impegno vincolante nei confronti dell’amministrazione, va formalizzata sin dal momento della formulazione dell’offerta, costituendone elemento essenziale, non integrabile né modificabile (cfr. in tale ultimo senso anche Cons. Stato, Ad. Plen. 27 marzo 2019, n. 6) col soccorso istruttorio.

6. Le appellanti assumono che, interpretando come sopra la disciplina vigente, andrebbe rimessa alla Corte di Giustizia dell’Unione europea la questione se il diritto dell’Unione (e segnatamente i principi di legittimo affidamento, di certezza del diritto, di libera circolazione, di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi) osti a una normativa nazionale in base alla quale la mancata indicazione da parte di un concorrente a una pubblica gara di appalto delle percentuali di ripartizione non consenta il ricorso all’istituto del soccorso istruttorio, in un caso quale quello di specie, non essendo tale obbligo dichiarativo previsto, ad avviso dell’appellante, né dalla normativa interna né dalla legge di gara e non sussistendo nel modello predisposto dalla stazione appaltante alcuna specifica richiesta al riguardo.

6.1. Va ribadito che sulla questione dell’obbligatorietà della specificazione delle quote di esecuzione dei lavori, a pena di esclusione, nel caso di specie, si è formato il giudicato interno, poiché non è stato appellato il capo di sentenza col quale è stato

accolto il primo motivo di ricorso, laddove il primo giudice ha concluso che l'omissione della detta indicazione da parte dell'ATI orizzontale tra Termomat s.r.l. e Elettrica 2000 s.r.l. *“avrebbe dovuto comportare l'esclusione dalla gara, con conseguente illegittimità dell'aggiudicazione”*.

6.2. Dato ciò, la questione di compatibilità della normativa interna con quella dell'Unione resta delimitata all'istituto del soccorso istruttorio.

In proposito, sono pertinenti i richiami della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione che si rinvengono negli scritti difensivi della Tecnoclima, sia in punto di impossibilità che si giunga, per il tramite del soccorso istruttorio, *“alla presentazione, da parte dell'offerente interessato, di quella che in realtà sarebbe una nuova offerta”* (CGUE, sez. VIII, sentenza 28 febbraio 2018 in causa C-523/16) sia in punto conformità al principio della parità di trattamento ed all'obbligo di trasparenza dell'esclusione di un operatore economico dalla procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico a causa del mancato rispetto, da parte del medesimo, di un obbligo imposto espressamente, a pena di esclusione, dai documenti relativi alla stessa procedura o dalle disposizioni del diritto nazionale in vigore (CGUE, sez. IX, sentenza 2 maggio 2019, in causa C-309/18), quale nel caso di specie l'art. 48, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016 (come irrevocabilmente interpretato dal primo giudice), richiamato dall'art. 2 del disciplinare di gara.

7. L'appello va quindi respinto, senza che vi sia luogo a rimettere alla Corte di giustizia la questione pregiudiziale dedotta.

7.1. La novità della questione posta dalla disciplina transitoria concernente l'abrogazione dell'art. 120, comma 2 bis, Cod. proc. amm. rende di giustizia la compensazione delle spese del grado di appello.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa le spese processuali.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 9 luglio 2020, tenuta ai sensi dell'art. 84, comma 6, del d.l. n. 18 del 2020, convertito con modificazioni dalla legge n. 27 del 2020, con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giuseppina Luciana Barreca

IL PRESIDENTE
Giuseppe Severini

IL SEGRETARIO