

Totale mancanza del DGUE in formato elettronico e sua sanabilità a mezzo del soccorso istruttorio.

di Giusy Casamassima

Data di pubblicazione: 5-2-2022

Non muta l'ordine di considerazioni applicabili alla contestata "mancanza del DGUE in formato elettronico (CD-ROM) esclusiva modalità di presentazione" e alla carenza, in quello presentato in forma cartacea dalla ditta -Omissis-, della risposta alla domanda "l'operatore economico partecipa ad una procedura di appalto assieme ad altri?". Il primo aspetto afferisce alla mera veste formale del documento de quo e, comunque, le disposizioni innanzi menzionate consentono l'integrazione postuma dell'incompletezza, e finanche della radicale mancanza, del DGUE. Alla regolarizzazione formale non osta neppure il disposto, invocato dalla stazione appaltante, di cui all'art. 85, comma 1, d.lvo n. 50/2016 (ai sensi del quale "il DGUE è fornito esclusivamente in forma elettronica a partire dal 18 aprile 2018"), in quanto esso fotografa l'irregolarità, ma non preclude espressamente la possibilità della sua successiva sanatoria.

Guida alla lettura

Con la pronuncia n. 8465 del 20 dicembre 2021, la III Sezione del Consiglio di Stato si è soffermata - ancora una volta - sull'istituto del **soccorso istruttorio**.

Al riguardo il **comma 9 dell'art. 83**, Codice appalti (d.lgs. n. 50/2016) così recita: "**Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa**".

La richiamata disposizione non muta il proprio contenuto né, conseguentemente, la sua portata applicativa in presenza di un documento di gara unico europeo (DGUE) in formato elettronico (CD-ROM), parimenti a quanto avvenuto nella gara oggetto del giudizio

conclusosi con la pronuncia in commento. Si legge in sentenza che: *“tale aspetto attiene meramente alla veste formale del documento de quo”*; conseguentemente, alla luce delle disposizioni innanzi menzionate, è ben possibile procedere con l'integrazione postuma dell'incompletezza del DGUE e finanche della radicale mancanza dello stesso.

Alla regolarizzazione formale, invero, non osta neppure la prescrizione, invocata dalla stazione appaltante, **di cui all'art. 85, comma 1, d.lgs. n. 50/2016** (ai sensi della quale: *“Il DGUE è fornito esclusivamente in forma elettronica a partire dal 18 aprile 2018”*), in quanto essa fotografa l'irregolarità, ma non preclude espressamente la possibilità della sua successiva sanatoria.

La conclusione è valida anche con riferimento ai rilievi intesi a contestare le ulteriori carenze contenutistiche del DGUE che l'Amministrazione ha posto a fondamento del provvedimento di esclusione (laddove rileva che la ricorrente *“non ha risposto alle domande se l'operatore si trova in una di queste situazioni “liquidazione coatta”, “concordato preventivo” e “concordato con continuità aziendale”*” e che il DGUE *“risulta carente della dichiarazione relativa all'art. 80, comma 5, lettera e) del Codice”*).

Quanto poi alla contestata mancanza del DGUE della ditta ausiliaria, non può che richiamarsi la **facoltà integrativa che le norme suindicate attribuiscono al concorrente (e, di riflesso, all'impresa ausiliaria) anche con riguardo alla radicale “mancanza” del documento di gara unico europeo**.

ùIn relazione, infine, alla contestazione secondo cui *“il DGUE presentato (forma cartacea) dalla ditta ausiliaria non consente l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa”*, deve osservarsi che **la stazione appaltante ha fatto testualmente leva su una previsione** (rappresentata dall'**ultimo periodo del comma 9 dell'art. 83 cit.**, a mente del quale: *“Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa”*) avente chiaramente **portata residuale rispetto alla generale previsione della facoltà di regolarizzazione contemplata dai periodi precedenti**: essa è quindi applicabile alle **“irregolarità essenziali non sanabili”** mediante il soccorso istruttorio, purché diverse da quelle che, inerendo alle carenze formali del DGUE e/o della domanda di partecipazione, sono invece suscettibili, come sin qui evidenziato, di successiva integrazione.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6889 del 2021, proposto da Afrodite Group S.r.l.s, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giacomo Falcone, Antonia Condemi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto ex art. 25 c.p.a. presso la Segreteria della terza sezione del Consiglio di Stato in Roma, p.zza Capo di Ferro 13;

contro

Movea Servizi S.r.l.s, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Marcello Giuseppe Feola, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio Alfredo Studio Placidi in Roma, via Barnaba Tortolini 30;
Grande Ospedale Metropolitano "Bianchi-Melacrino-Morelli", in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Giorgio Vizzari, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria sezione staccata di Reggio Calabria n. 00545/2021, resa tra le parti, concernente l'esito della procedura aperta per l'affidamento in concessione del servizio di gestione parcheggi a pagamento e traffico veicolare relativo ai Presidi Ospedalieri Riuniti e Morelli Grande Ospedale Metropolitano "Bianchi-Melacrino-Morelli" di Reggio Calabria;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Movea Servizi S.r.l.s e del Grande Ospedale Metropolitano "Bianchi-Melacrino-Morelli";

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 dicembre 2021 il Cons. Giovanni Pescatore e viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con bando di gara del 26 ottobre 2020, il Grande Ospedale Metropolitano “Bianchi – Melacrino – Morelli” di Reggio Calabria indiceva una procedura aperta per l’affidamento in concessione del servizio di gestione parcheggi a pagamento e traffico veicolare dei Presidi Ospedalieri “Riuniti” e “Morelli”.

2. In data 17 dicembre 2020 la commissione di gara procedeva all’apertura dei plichi presentati dai concorrenti ed al conseguente esame della relativa documentazione amministrativa.

Nella stessa seduta di gara la stazione appaltante disponeva la non ammissione della Afrodite Group s.r.l.s., contestandole: a) l’omessa dichiarazione di volersi avvalere di ditte ausiliarie; b) la mancanza del DGUE in formato elettronico; c) la mancanza di alcune dichiarazioni, tra le quali quelle richieste dall’art. 80, comma 5 lettera e), del Codice Appalti; d) la mancanza del DGUE della ditta ausiliaria Caia s.r.l.; e) la genericità del contratto di avvalimento con la Caia s.r.l., in quanto privo di specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall’ausiliaria.

3. Afrodite avversava dapprima, con ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, il verbale nel quale era consacrata la suddetta determinazione escludente; indi, con successivi motivi aggiunti, la determina n. 247 del 26 febbraio 2021, recante l’aggiudicazione della gara in favore del RTI controinteressato, costituito dalle società Movea s.r.l.s. e Hypnos s.r.l.s..

4. Con la sentenza appellata, il Tar adito ha preliminarmente dichiarato l’inammissibilità del gravame, in accoglimento della corrispondente eccezione formulata dal raggruppamento controinteressato, per non avere “.. *la società ricorrente dimostrato né dedotto che, senza l’esclusione ritenuta illegittima, sarebbe risultata aggiudicataria della gara*”.

Dopo aver premesso che “*nel caso di specie, il criterio di aggiudicazione scelto dalla stazione appaltante è quello “dell’offerta al rialzo rispetto all’importo posto a base di gara”, per il quale è esclusa una valutazione di carattere tecnico-discrezionale, derivando l’individuazione del miglior offerente da un mero riscontro automatico del prezzo ivi indicato*”, e che “*tale riscontro, non richiedendo alcuna valutazione discrezionale, riservata all’amministrazione resistente, ben avrebbe potuto essere effettuato in giudizio con conseguente onere a carico della parte ricorrente di dimostrare che la propria offerta (nel caso in esame “in rialzo”) le avrebbe consentito, in caso di annullamento del provvedimento di esclusione, di conseguire l’aggiudicazione dell’appalto*” – il primo giudice ha rilevato che “*la società ricorrente si era limitata a chiedere l’annullamento degli atti impugnati e l’ammissione alla fase successiva di gara, con ogni consequenziale statuizione in ordine all’apertura della più vantaggiosa offerta economica rispetto a quella dell’attuale aggiudicataria, rappresentando di avere interesse a subentrare nel contratto, nulla deducendo in merito al concreto contenuto della propria offerta economica*”.

Alla statuizione in rito il Tar ha fatto seguire la disamina delle censure di merito, disattendendole per la parte concernente la genericità del contratto di avvalimento per omessa specificazione dei requisiti e delle risorse messe a disposizione dalla ditta ausiliaria.

5. Con i proposti motivi di appello - cui resistono il Grande Ospedale Metropolitano “Bianchi – Melacrino – Morelli” di Reggio Calabria e la Movea Servizi s.r.l.s. - l'originaria ricorrente contesta in primo luogo la statuizione di inammissibilità del gravame, depositando l'offerta economica da essa prodotta in gara ed evidenziando di avere già evidenziato - in più parti degli atti difensivi depositati nel giudizio di primo grado - la maggiore convenienza della propria offerta economica rispetto a quella formulata dall'aggiudicataria.

Seguono le contestazioni sui singoli profili escludenti, per la parte esaminata dal Tar (contratto di avvalimento) e per la parte assorbita e non esaminata.

6. A seguito della rinuncia all'istanza cautelare, la causa è stata posta in decisione all'udienza pubblica del 16 dicembre 2021.

7. Deve preliminarmente esaminarsi l'eccezione di inammissibilità dell'appello formulata dalla società resistente e argomentata sul rilievo dell'illeggibilità del nome del sottoscrittore della procura e della mancata indicazione, nell'intestazione dell'appello e nel corpo della procura stessa, della qualità dello stesso sottoscrittore, con conseguente effetto di assoluta incertezza su entrambi i suddetti profili identificativi.

7.1. L'eccezione non può essere accolta. Diversamente da quanto dedotto dalla parte, la sottoscrizione della procura non è affatto illeggibile, essendo agevolmente decifrabile il nome, in calce alla procura, di Pellicano Lucia, che dagli atti depositati in giudizio risulta essere l'amministratore unico, nonché socio unico e legale rappresentante della società appellante.

7.2. Cadono, quindi, entrambi i presupposti in fatto del rilievo di inammissibilità.

8. Meritevole di accoglimento è invece il primo motivo dell'appello, concernente l'ammissibilità del gravame introduttivo del primo grado di giudizio.

8.1. A rendere valido riscontro della sussistenza di un concreto interesse ad agire valgono le allegazioni, contenute nei motivi aggiunti, con le quali l'originaria ricorrente rappresentava quanto segue: *“In via derivativa, pertanto, deve ritenersi viziata anche la determina n. 247 del 26.2.2021 avendo consentito al RTI MOVEA SERVIZI SRLS - HYPNOS SRLS di vedersi aggiudicata la procedura con una minore offerta percentuale rispetto a quella della ricorrente, con conseguente minor introito economico per l'Amministrazione aggiudicatrice”* (cfr. pag. 11).

Nello stesso atto per motivi aggiunti si chiedeva *“l'ammissione della ricorrente alla fase successiva di gara, con ogni conseguenziale statuizione in ordine all'apertura della più vantaggiosa offerta economica rispetto a quella dell'attuale aggiudicataria”* (cfr. pag. 12).

8.2. Ebbene, mediante le surriportate allegazioni la parte ricorrente ha adeguatamente rappresentato l'interesse al ricorso, evidenziando l'effetto vantaggioso – *sub specie* di aggiudicazione della gara – di cui essa avrebbe beneficiato in caso di annullamento del provvedimento di esclusione e per effetto di un'offerta economica più competitiva di quella della aggiudicataria.

8.3. La suddetta allegazione, promanando dall'operatore economico autore dell'offerta e riferendo fatti certamente rientranti nel dominio di conoscenza delle controparti, poteva dirsi connotata da elementi sufficientemente attendibili, puntuali e verificabili, tale quindi da far ritenere adeguatamente assolto l'onere probatorio del quale - quantomeno nella forma minima dell'allegazione del principio di prova – poteva dirsi gravata la parte ricorrente.

8.4. In tale contesto, sarebbe stato onere della stazione appaltante, ove avesse inteso dimostrare l'inconsistenza degli elementi deduttivi offerti dalla parte ricorrente, produrre in giudizio (non più vigendo, per effetto della conclusione della gara, il regime di segretezza delle offerte) la relativa offerta economica; ovvero sarebbe stata facoltà del giudice quella di acquisire l'offerta, onde sincerarsi del suo effettivo contenuto e raggiungere la piena certezza sul punto.

Nessuna delle due evenienze si è realizzata, il che ha fatto sì che la circostanziata allegazione rimanesse incontestata e, dunque, idonea a legittimare l'ammissibilità del mezzo processuale.

9. Con ulteriore motivo di appello, l'originaria ricorrente contesta la sentenza appellata nella parte in cui ha statuito l'infondatezza delle censure aventi ad oggetto il motivo di esclusione incentrato sulla genericità del contratto di avvalimento stipulato tra la società Afrodite e la ditta CAIA, essendo esso *“privo di specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dalla ausiliaria”*.

9.1. La portata invalidante della carenza contenutistica del suddetto contratto di avvalimento è stata desunta dall'inerenza del requisito di cui al punto 7.3 del disciplinare di gara alla capacità tecnica e professionale del concorrente (in quanto avente ad oggetto l'esecuzione negli ultimi tre anni di servizi/forniture analoghi a quelli oggetto della presenta gara di importo complessivo pari a € 210.000/00 IVA esclusa) e dalla conseguente ritenuta necessità di un adeguato livello di dettaglio contenutistico del contratto, tale da implicare, a pena di nullità, la puntuale illustrazione delle risorse messe a disposizione da parte dell'impresa ausiliaria.

Sulla base di questa premessa qualificatoria, il giudice di primo grado ha rilevato che *“il contratto sottoscritto dalla ricorrente con la Caia s.r.l. contiene, invece, un generico impegno a “conferire nella disponibilità immediata e diretta dell'avvalente i mezzi e le risorse umane indicate nel presente contratto” ed è, in ragione di ciò, da considerarsi nullo ai sensi dell'art. 89, comma 1, sopra richiamato, non contenendo alcuna specifica indicazione delle risorse concretamente messe a disposizione dall'impresa ausiliaria”*.

9.2. Dalle allegazioni delle parti contendenti, risultano pacifici tanto la qualificazione *“operativa”* del requisito tecnico in discorso (non toccata da specifiche censure), quanto il necessario rigore descrittivo dell'avvalimento in conformità alla tipologia di appartenenza.

Al netto di queste incontestate premesse, appare imperfetta la lettura resa dal primo giudice degli effettivi contenuti del contratto di avvalimento, nel quale si legge che: *“L'Ausiliaria mette a disposizione dell'Avvalente Requisiti Capacità Economica e Finanziaria ed i requisiti di capacità tecnica e professionale; L'Ausiliaria si obbliga, quindi, con il presente atto a mettere ed a tenere a disposizione dell'Avvalente tali requisiti, in modo pieno ed incondizionato senza*

limitazioni di sorta, ai fini della partecipazione alla procedura di gara di cui alle premesse. In particolare:

- ... l'ausiliaria si impegna a conferire nella disponibilità immediata e diretta dell'avvalente i mezzi e le risorse umane indicate nel presente contratto che saranno utilizzati dall'appaltatore e soggetti a controllo del Rup; - requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali, nonché le connesse risorse necessarie; ... Ogni altro utile elemento ai fini dell'avvalimento si mette a disposizione.

Inoltre si metterà a disposizione la direzione tecnica (n° 1 unità)".

9.3. Ebbene, il riferimento alla messa a disposizione della "direzione tecnica" per tutta la durata dell'appalto induce certamente ad escludere il carattere meramente "cartolare" del trasferimento di risorse: la posizione assunta dall'unità oggetto di "prestito" fornisce, al contrario, concreto contenuto operativo all'impegno dell'ausiliaria. La stessa stazione appaltante, d'altra parte, si è ben guardata dal contestare (anche nella presente sede difensiva) l'insufficienza del concreto compendio strumentale offerto dall'ausiliaria, essendosi limitata a denunciare, con affermazione non rispondente al dato reale, che il contratto *de quo* sarebbe "privo di specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dalla ausiliaria".

Dunque, l'asserzione si è concentrata su un profilo (l'assoluta carenza di reali apporti di ausilio) che non trova rispondenza nella lettera del contratto e, per il resto, ha mancato di evidenziare eventuali e concorrenti inadeguatezze di quel concreto elemento contenutistico che indiscutibilmente dal testo emergeva.

9.4. Ai fini della decisione, non rileva, invece, la dedotta carenza di sottoscrizione del suddetto contratto di avvalimento, in quanto profilo (qui eccepito dalla stazione appaltante ma) estraneo al contenuto motivazionale del provvedimento di esclusione impugnato in primo grado; nè risultano persuasive le ulteriori deduzioni della parte appellante intese a sostenere, da un lato, che analoga carenza caratterizzerebbe il contratto di avvalimento prodotto dalla aggiudicataria (meritevole, quindi di esclusione, al pari della ricorrente); e, dall'altro lato, che l'inammissibilità del soccorso istruttorio al fine di sopperire alla carenza contestata, affermata dal giudice di primo grado, sarebbe smentita dal disciplinare di gara laddove, a pag. 9, prevede espressamente che "è sanabile, mediante soccorso istruttorio, la mancata produzione della dichiarazione di avvalimento o del contratto di avvalimento, a condizione che i citati elementi siano preesistenti e comprovabili con documenti di data certa, anteriore al termine di presentazione dell'offerta".

E' qui sufficiente osservare, quanto al primo aspetto, che l'eventuale reciprocità del vizio non varrebbe ad inficiare la legittimità del provvedimento di esclusione adottato nei confronti della ricorrente (potendo al più integrare un possibile motivo di censura avverso l'ammissione della controinteressata); e, quanto al secondo aspetto, che la clausola invocata subordina il soccorso istruttorio al fatto che gli elementi carenti "siano preesistenti e comprovabili con documenti di data certa, anteriore al termine di presentazione dell'offerta", presupposto in ordine al quale la parte appellante non ha articolato alcuna valida deduzione.

10. Vengono quindi in rilievo i motivi articolati in primo grado e non esaminati dal Tar sulla scorta del carattere "pluri-motivato" dell'atto di esclusione impugnato, che troverebbe sufficiente quanto autonomo fondamento nella contestata genericità del contratto di avvalimento stipulato dalla ricorrente con la società CAIA. Si tratta di doglianze intese a censurare le ulteriori ragioni indicate dall'Amministrazione a fondamento della disposta esclusione dell'impresa appellante dalla gara.

Come si evince dal verbale n. 1 del 17 dicembre 2020, dette ragioni attengono al fatto che:

- nella domanda di partecipazione non è indicata la volontà di avvalersi di ditte ausiliarie;
- manca il DGUE in formato elettronico (CD-ROM) e dal cartaceo si rileva che il DGUE della ditta Afrodite, nella parte seconda, sezione "A", non risponde alla domanda "*l'operatore economico partecipa ad una procedura di appalto assieme ad altri?*";
- non risulta la denominazione degli operatori economici di cui la ditta concorrente intende avvalersi;
- non vi è risposta volta a verificare se l'operatore si trova in "liquidazione coatta", "concordato preventivo" e "concordato con continuità aziendale";
- la domanda di partecipazione risulta carente della dichiarazione relativa all'art. 80, comma 5, lettera e) del Codice;
- manca il DGUE della ditta ausiliaria CAIA, ma viene prodotto un DGUE identico a quello della ditta Afrodite, corredato da una dichiarazione finale che conferma le veridicità del documento;
- il DGUE presentato (forma cartacea) dalla ditta ausiliaria CAIA non consente l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa.

10.1. In premessa e ai fini dell'individuazione delle censure delibabili, devono dirsi tali solo quelle presenti nel ricorso introduttivo del giudizio, mentre non assumono rilievo i motivi aggiunti, finalizzati ad ottenere la caducazione del provvedimento di aggiudicazione in via derivata dall'annullamento del provvedimento di esclusione, nella parte in cui introducono censure ulteriori e diverse da quelle proposte, nella fase instaurativa del giudizio, avverso il provvedimento presupposto ed immediatamente lesivo.

10.2. Ai fini, invece, del rituale assolvimento dell'onere di riproposizione ex art. 101, comma 2, c.p.a., deve ritenersi sufficiente il puntuale rinvio - mediante l'indicazione delle pertinenti pagine degli atti di primo grado - operato in sede di appello ai motivi non esaminati dal Tar. La giurisprudenza marca di inidoneità il mero rinvio, del tutto indeterminato, agli atti di primo grado, senza alcuna ulteriore precisazione del loro contenuto (v., *ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, n. 5820/2018); ma da quest'ultima ipotesi si differenzia quella qui all'esame, caratterizzata da un richiamo puntuale dei già formulati passaggi deduttivi, realizzato mediante *relatio* alle pagine dell'atto di primo grado.

10.3. Approssimandosi al merito delle questioni, deve premettersi che, ai sensi dell'art. 83, comma 9, d.lvo n. 50/2016, *“le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa”*.

La previsione codicistica è doppiata da quella dell'art. 14 del disciplinare di gara, ove si dispone che *“le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda, e in particolare, la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del DGUE, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica, possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui all'art. 83, comma 9 del Codice. L'irregolarità essenziale è sanabile laddove non si accompagni ad una carenza sostanziale del requisito alla cui dimostrazione la documentazione omessa o irregolarmente prodotta era finalizzata. La successiva correzione o integrazione documentale è ammessa laddove consenta di attestare l'esistenza di circostanze preesistenti, vale a dire requisiti previsti per la partecipazione e documenti/elementi a corredo dell'offerta. Nello specifico valgono le seguenti regole:*

- il mancato possesso dei prescritti requisiti di partecipazione non è sanabile mediante soccorso istruttorio e determina l'esclusione dalla procedura di gara;

- l'omessa o incompleta nonché irregolare presentazione delle dichiarazioni sul possesso dei requisiti di partecipazione e ogni altra mancanza, incompletezza o irregolarità del DGUE e della domanda, ivi compreso il difetto di sottoscrizione, sono sanabili, ad eccezione delle false dichiarazioni;...”.

10.4. Ebbene, il primo rilievo, secondo cui *“la ditta nella domanda di partecipazione non dichiara di volersi avvalere di ditte ausiliarie”*, è certamente riconducibile alle carenze formali della domanda per le quali, alla luce delle disposizioni (generali e speciali) innanzi menzionate, può esperirsi il soccorso istruttorio a fini integrativi.

Rileva in tal senso considerare che la produzione del contratto di avvalimento fornisce chiara testimonianza della volontà dell'impresa concorrente di partecipare alla gara utilizzando i requisiti di partecipazione prestati dall'impresa ausiliaria, il che consente di far degradare la carenza contestata alla stregua di mera irregolarità di consistenza esclusivamente formale. Come richiesto dal disciplinare di gara, la tempestiva produzione del contratto di avvalimento attesta la preesistenza - e non l'artificiosa costituzione *ex post* - del rapporto di collaborazione tra impresa avvalente ed impresa ausiliaria.

10.5. Analoghe considerazioni possono svolgersi in relazione al rilievo secondo cui la ricorrente *“non indica la denominazione degli operatori economici di cui intende avvalersi”*:

anche qui, l'elemento è agevolmente ricavabile dalla documentazione complessivamente presentata in sede di partecipazione alla gara e, in particolare, dai contratti di avvalimento all'uopo prodotti.

10.6. Non muta l'ordine di considerazioni applicabili alla contestata *“mancanza del DGUE in formato elettronico (CD-ROM) esclusiva modalità di presentazione”* e alla carenza, in quello presentato in forma cartacea dalla ditta Afrodite, della risposta alla domanda *“l'operatore economico partecipa ad una procedura di appalto assieme ad altri?”*. Il primo aspetto afferisce alla mera veste formale del documento *de quo* e, comunque, le disposizioni innanzi menzionate consentono l'integrazione postuma dell'incompletezza, e finanche della radicale mancanza, del DGUE. Alla regolarizzazione formale non osta neppure il disposto, invocato dalla stazione appaltante, di cui all'art. 85, comma 1, d.lvo n. 50/2016 (ai sensi del quale *“il DGUE è fornito esclusivamente in forma elettronica a partire dal 18 aprile 2018”*), in quanto esso fotografa l'irregolarità, ma non preclude espressamente la possibilità della sua successiva sanatoria.

10.7. La conclusione è valida anche con riferimento ai rilievi intesi a contestare le ulteriori carenze contenutistiche del DGUE che l'Amministrazione ha posto a fondamento del provvedimento di esclusione (laddove rileva che la ricorrente *“non ha risposto alle domande se l'operatore si trova in una di queste situazioni “liquidazione coatta”, “concordato preventivo” e “concordato con continuità aziendale”* e che il DGUE *“risulta carente della dichiarazione relativa all'art. 80, comma 5, lettera e) del Codice”*).

10.8. Per quanto concerne la contestata mancanza del DGUE della ditta ausiliaria CAIA, non può che richiamarsi la facoltà integrativa che le norme suindicate attribuiscono al concorrente (e, di riflesso, all'impresa ausiliaria) anche con riguardo alla radicale *“mancanza”* del documento di gara unico europeo.

10.9. In relazione, infine, alla contestazione secondo cui *“il DGUE presentato (forma cartacea) dalla ditta ausiliaria CAIA non consente l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa”*, deve osservarsi che la stazione appaltante ha fatto testualmente leva su una previsione (rappresentata dall'ultimo periodo del comma 9 dell'art. 83 d.lvo n. 50/2016, a mente del quale *“costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa”*) avente chiaramente portata residuale rispetto alla generale previsione della facoltà di regolarizzazione contemplata dai periodi precedenti: essa è quindi applicabile alle *“irregolarità essenziali non sanabili”* mediante il soccorso istruttorio, purché diverse da quelle che, inerendo alle carenze formali del DGUE e/o della domanda di partecipazione, sono invece suscettibili, come sin qui evidenziato, di successiva integrazione.

11. L'appello deve quindi essere accolto relativamente alla domanda di annullamento dei provvedimenti impugnati in primo grado.

12. La statuizione cassatoria determina effetti integralmente soddisfattivi dell'interesse della parte appellante alla riammissione alle fasi successive della gara, in vista dell'eventuale soddisfacimento delle sue *chances* di aggiudicazione del servizio. Allo stato, pertanto, non vi è

spazio per disposizioni risarcitorie.

13. Quanto alle spese di lite, esse vanno regolamentate per entrambi in gradi in applicazione del criterio della soccombenza e liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, accoglie il ricorso di primo grado e annulla gli atti con esso impugnati.

Condanna in solido le parti appellate a rifondere in favore della parte appellante le spese dei due gradi di giudizio che liquida in complessivi €. 6.000,00 (seimila/00), oltre accessori di legge.

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