

# La primazia del diritto comunitario e la conseguente disapplicazione dell'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50/2016

di Giusy Casamassima

Data di pubblicazione: 25-11-2022

*L'articolo 63 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale secondo la quale l'impresa mandataria di un raggruppamento di operatori economici partecipante a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico deve possedere i requisiti previsti nel bando di gara ed eseguire le prestazioni di tale appalto in misura maggioritaria*

*La primazia del diritto euro-unitario – così come interpretato dalla CGUE – rispetto al diritto nazionale, comporta che l'articolo 83, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016 deve essere disapplicato, per contrasto con il diritto dell'Unione europea, nella parte in cui prevede che la mandataria di un'a.t.i. debba in ogni caso possedere i requisiti "in misura maggioritaria", e, allo stesso modo ed a fortiori, deve essere disapplicato l'art. 7.4, ultimo periodo, del disciplinare di gara, laddove prevede che i requisiti di capacità tecnica e professionale debbano essere posseduti "per intero dalla mandataria".*

## Guida alla lettura

Con la **pronuncia n. 1099** dello scorso 25 ottobre, la **Sezione giurisdizionale del Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Sicilia** si è interrogata in merito alla doverosa **disapplicazione dell'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50/2016 alla luce dell'applicazione del principio di primazia del diritto euro-unitario.**

In particolare la Corte ha ritenuto infondato il primo motivo del ricorso principale sull'assunto per cui, come affermato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea con la sentenza del 28 aprile 2022 (in causa C-642/20): ***"L'articolo 63 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale secondo la quale l'impresa mandataria di un raggruppamento di operatori economici partecipante a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico deve possedere i requisiti previsti nel bando di gara ed eseguire le prestazioni di tale appalto in misura maggioritaria"***.

Ora, stante la **primazia del diritto euro-unitario** – così come interpretato dalla CGUE – rispetto al diritto nazionale, **l'articolo 83, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016 deve essere**

**disapplicato**, per contrasto con il diritto dell'Unione europea, **nella parte in cui prevede che la mandataria di un'a.t.i. debba in ogni caso possedere i requisiti "in misura maggioritaria"**, e, allo stesso modo ed *a fortiori*, deve essere **disapplicato l'art. 7.4, ultimo periodo, del disciplinare di gara, laddove prevede che i requisiti di capacità tecnica e professionale debbano essere posseduti "per intero dalla mandataria"**.

Conseguentemente, la disapplicazione tanto dell'art. 83, comma 8, cit. quanto dell'art. 7.4, ultimo periodo del disciplinare di gara comporta l'infondatezza del primo motivo del ricorso principale di primo grado con il quale veniva lamentata la violazione dei predetti parametri normativi che, invece, devono essere invece disapplicati.

REPUBBLICA ITALIANA

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 260 del 2020, proposto dalla Caruter s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Paolo Starvaggi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

l'Assessorato regionale delle infrastrutture e della mobilità, in persona dell'Assessore pro tempore, e la Regione Siciliana-Ufficio regionale espletamento gare appalti lavori pubblici (UREGA) di Messina, in persona del legale rappresentante pro tempore, entrambi rappresentati e difesi ope legis dall'Avvocatura distrettuale dello Stato, presso i cui uffici sono domiciliati in Palermo, via Valerio Villareale, n. 6;

la S.R.R. Messina Provincia s.c.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, il Comune di Basicò, in persona del Sindaco pro tempore, il Comune di Falcone, in persona del Sindaco pro tempore, il Comune di Fondachelli Fantina, in persona del Sindaco pro tempore, il Comune di Gioiosa Marea, in persona del Sindaco pro tempore, il Comune di Librizzi, in

persona del Sindaco pro tempore, il Comune di Mazzarrà Sant'Andrea, in persona del Sindaco pro tempore, il Comune di Montagnareale, in persona del Sindaco pro tempore, il Comune di Oliveri, in persona del Sindaco pro tempore, il Comune di Piraino, in persona del Sindaco pro tempore, il Comune di San Piero Patti, in persona del Sindaco pro tempore, il Comune di Sant'Angelo di Brolo, in persona del Sindaco pro tempore, non costituiti in giudizio;

nei confronti

della ditta individuale Pippo Pizzo, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Riccardo Rotigliano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

della Onofaro Antonino s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, della Gial Plast s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, e della Colombo Biagio s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituiti in giudizio;

e con l'intervento di

Consorzio Stabile SIS s.c.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Sergio Santoro e Maria Cristina Lenoci, 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 Quarta), n. 3150/2019, resa tra le parti, pubblicata il 30 dicembre 2019, non notificata, pronunciata nel giudizio di primo grado n.r.g. 1608/2019;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Assessorato regionale delle infrastrutture e della mobilità, della Regione Siciliana-Ufficio regionale espletamento gare appalti lavori pubblici (UREGA) di Messina e della ditta individuale Pippo Pizzo;

Visto l'appello incidentale della ditta individuale Pippo Pizzo, depositato il 30 marzo 2020;

Vista l'ordinanza collegiale n. 660 del 2020;

Vista la sentenza non definitiva n. 1103 del 2020;

Vista l'ordinanza di rimessione n. 1106 del 2020;

Visto l'atto di intervento ad adiuvandum del Consorzio stabile SIS s.c.p.a., depositato il 2 dicembre 2021;

Vista la sentenza della CGUE del 28 aprile 2022, causa C-642/2020, Caruter s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 12 ottobre 2022, il consigliere Michele Pizzi e uditi per le parti l'avvocato Maria Cristina Lenoci, l'avvocato Sergio Santoro e l'avvocato Riccardo Rotigliano;

Ritenuto e considerato in fatto ed in diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. Al fine di illustrare la complessa vicenda in punto di fatto, si ritrascrive – per economia processuale – quanto analiticamente esposto dalla Sezione con la sentenza non definitiva n. 1103 del 2020:

“1. Giova premettere che:

- l'Ati costituita dalla Caruter s.r.l. e dalla Gilma s.r.l., di cui la Caruter s.r.l. è mandataria, partecipava, insieme ad altre imprese concorrenti, tra le quali il Rti costituito dalla Pippo Pizzo, dalla Onofaro Antonino s.r.l. e dalla Gial Plast s.r.l., di cui l'impresa Pippo Pizzo è mandataria, alla procedura aperta indetta dalla S.S.R. Messina Provincia S.C.p.A., con la pubblicazione in GUUE del bando distinto con il C.I.G. 7739240EDF, per l'affidamento, sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, del lotto 2 del servizio settennale di Igiene Urbana di 33 comuni della Provincia di Messina per l'importo complessivo di Euro 19.087.724,73, oltre IVA ed oneri di sicurezza non soggetti a ribasso ammontanti ad € 374.269,11, con importi distinti per ognuno dei Comuni interessati di seguito indicati con i quali stipulare il relativo contratto di appalto: Basicò, Falcone, Fondachelli Fantina, Gioiosa Marea, Librizzi, Mazzarrà Sant'Andrea, Montagnareale, Oliveri, Piraino, San Piero Patti, Sant'Angelo di Brolo;

- all'esito della valutazione delle offerte, l'Ati di cui la Pippo Pizzo era mandataria si collocava in graduatoria al primo posto, con il punteggio complessivo di 91,899 (costituito dalla sommatoria di punti 64,599 per l'offerta tecnica e di punti 27,30 per l'offerta economica), mentre all'Ati di cui la Caruter s.r.l. era mandataria veniva assegnato l'inferiore punteggio complessivo di 88,835 che determinava il collocamento in graduatoria al secondo posto;

- la Commissione di gara proponeva l'approvazione della graduatoria stilata con conseguente aggiudicazione dell'appalto in favore dell'Ati prima classificata, di cui la Pippo Pizzo è mandataria;

- con delibera del 5 agosto 2019, comunicata all'Ati di cui la Caruter s.r.l. è mandataria, il Consiglio di Amministrazione della S.S.R. Messina Provincia S.C.p.A. approvava la predetta graduatoria, deliberando l'affidamento dell'appalto di cui al lotto 2 all'Ati di cui la Pippo Pizzo è mandataria;

- la Caruter s.r.l. presentava in data 6 agosto 2019 istanza di accesso agli atti che la Stazione appaltante esitava in data 4 settembre 2019;

- con nota prot. n.1240 del 10 agosto 2019, il R.u.p., intanto, comunicava che, a seguito della sostituzione della mandante Gial Plast s.r.l. con la Colombo Biagio s.r.l., l'aggiudicazione relativa al lotto 2 doveva intendersi effettuata in favore dell'Ati costituita dalla Pippo Pizzo, dalla Onofaro Antonino s.r.l. e dalla Colombo Biagio s.r.l.

- il 4 settembre 2019 la Caruter s.r.l. presentava una seconda istanza di accesso agli atti chiedendo ed ottenendo a mezzo P.E.C. in data 11 settembre 2019 copia dei documenti originali dell'A.T.I. che si era aggiudicata la procedura.

2. Con il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado la Caruter impugnava:

- la nota prot. n. 1204 del 5 agosto 2019, trasmessa via p.e.c., con la quale il Responsabile Unico del Procedimento della SRR Provincia – Società per la Regolamentazione del Servizio di Gestione dei Rifiuti S.C.p.A. ha comunicato che era stata aggiudicata al costituendo R.T.I. Pizzo Pippo (s.r.l.) – Onofaro Antonino s.r.l. Gial Plast s.r.l. la gara di appalto per l'affidamento del lotto 2 (C.I.G. 7739240EDF) del servizio di spazzamento, raccolta e trasporto allo smaltimento dei rifiuti solidi urbani differenziati e indifferenziati compresi quelli assimilati, ed altri servizi di igiene pubblica nei Comuni della SRR appartenenti al citato lotto;

- la delibera del 5 agosto 2019, con la quale il Consiglio di Amministrazione della SRR Messina Provincia S.C.p.A., ha approvato i precedenti atti e verbali di gara e la proposta di aggiudicazione definitiva del sopra citato lotto 2 dell'appalto per cui è causa e, in concreto, lo ha affidato al Rti Pizzo Pippo (s.r.l.) – Onofaro Antonino s.r.l. Gial Plast s.r.l., graduando al secondo posto l'Ati Caruter s.r.l./Gilma s.r.l.;

- la comunicazione "Errata Corrige" prot. n. 1240 del 10 agosto 2019, trasmessa via p.e.c., con la quale il Responsabile Unico del Procedimento della SRR Provincia – Società per la Regolamentazione del Servizio di Gestione dei Rifiuti S.C.p.A. ha comunicato che, con la nota prot. n. 1204 del 5 agosto 2019, per errore era stata data comunicazione dell'aggiudicazione in favore del Rti Pizzo Pippo (s.r.l.) – Onofaro Antonino s.r.l. – Gial Plast s.r.l. nonostante che il raggruppamento avesse comunicato la sostituzione della ditta Gial Plast s.r.l. con la ditta Colombo Biagio s.r.l., dovendosi ritenere corretta l'aggiudicazione relativa al lotto 2 all'Ati Pizzo Pippo (SRL) – Onofaro Antonino SRL – Colombo Biagio SRL...; Seconda classificata Ati Caruter s.r.l. Gilma srl;

- il non conosciuto provvedimento/verbale del Consiglio di Amministrazione della SRR Provincia – Società per la Regolamentazione del Servizio di Gestione dei Rifiuti S.C.p.A. con il quale è stata rettificata l'aggiudicazione in favore del RTI Pizzo Pippo (SRL) – Onofaro Antonino SRL – Colombo Biagio SRL, con conferma della graduazione al secondo posto dell'Ati Caruter s.r.l./Gilma srl, come comunicato dal RUP con la suddetta nota p.e.c. del 10 agosto 2019;

- i verbali di gara n. 6/01, n. 6/02, n. 6/03, n. 6/04, n. 6/05, n. 6/06, n. 6/07, n. 6/08, n. 6/09, n.

6/10, conosciuti dopo la comunicazione del provvedimento di aggiudicazione, con la puntualizzazione che non sono conosciuti gli altri verbali dagli stessi richiamati, di cui si chiede pure l'annullamento; nonché del provvedimento con il quale è stato effettuato il soccorso istruttorio in favore dell'ATI Pizzo Pippo – Onofaro Antonino s.r.l. – Gial Plast s.r.l. ai fini della sostituzione della Gial Plast s.r.l.;

- il non conosciuto provvedimento con il quale è stata dichiarata efficace l'aggiudicazione in favore del costituendo Rti controinteressato.

2.1. La società ricorrente chiedeva, oltre al risarcimento del danno in forma specifica mediante declaratoria di inefficacia dei contratti eventualmente stipulati dai Comuni interessati con l'aggiudicataria e subentro negli stessi al posto di quest'ultima, l'annullamento, previa sospensione cautelare degli effetti, dell'aggiudicazione e degli atti sopra richiamati per i seguenti motivi:

I - eccesso di potere per contraddittorietà con i paragrafi 7, 7.3 e 7.4. del disciplinare di gara, violazione di legge con riferimento agli articoli 48, 83, e 89, del decreto lgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii., e agli artt. 1344, 1339 e 1374 del codice civile – perché la mandataria Pippo Pizzo avrebbe comprovato il possesso dei requisiti prescritti dal punto 7.3 del disciplinare di gara ricorrendo integralmente ed esclusivamente all'avvalimento (per quanto concernete il punto 1, ed ossia il possesso di almeno un contratto, che ricomprenda la raccolta differenziata dei rifiuti con la modalità porta a porta e spazzamento, relativo ad un Comune e/comprendorio avente un numero di abitanti pari o superiore a 28.227) dei requisiti della mandante – ausiliaria, dapprima, Gial Plast s.r.l. e, poi, della nuova mandante – ausiliaria subentrante Colombo Biagio, nonché (per quanto concerne il punto 2, ed ossia il possesso di almeno un contratto, relativo ad un Comune e/o un comprendorio di almeno 5.000 abitanti, per un servizio di raccolta differenziata porta a porta, con la modalità puntuale, nell'ambito del quale è stata raggiunta una percentuale di raccolta differenziata di almeno il 50%, ed il punto 3, ed ossia il possesso di almeno un contratto, nell'ambito del quale è stata effettuata la gestione di una isola ecologica (CCR) mediante il censimento dei conferimenti da parte degli utenti) dei requisiti della mandante – ausiliaria Onofaro Antonino s.r.l., non potendo, di conseguenza, essere mandataria dell'A.T.I.;

II - violazione dell'art.89 co.1 d.lgs. 50/2016 e dell'art.1346 c.c. per nullità del contratto di avvalimento tra la Onofaro Antonino s.r.l. e l'impresa individuale Pippo Pizzo, in ragione della non veritiera dichiarazione dell'ausiliario – perché, in primo luogo, il contratto di avvalimento stipulato dalla mandataria con la mandante non contemplerebbe l'indicazione puntuale delle occorrenti risorse, ed esattamente dei mezzi e del personale, per la messa a disposizione dei requisiti di carattere tecnico professionale, limitandosi a concretizzare un futuro impegno a porre a disposizione della mandante tutti i mezzi che sarebbero stati necessari, previa pattuizione del corrispettivo con separato atto; in via subordinata, perché il suddetto contratto di avvalimento sarebbe comunque inidoneo allo scopo in ragione della particolare vetustà caratterizzante alcuni degli automezzi messi a disposizione dall'ausiliaria e dell'indisponibilità di altri poiché non di proprietà dell'ausiliaria che, dunque, avrebbe reso non veritiere dichiarazioni ai sensi del D.P.R. 445/2000;

III - Eccesso di potere per travisamento e/o erroneo apprezzamento del percorso, di circa 134,18 chilometri, da seguire per eseguire in 3,73 ore/die il servizio di raccolta giornaliera porta a porta delle diverse frazioni di rifiuto differenziato, comprese case sparse, nel Comune di Piraino, proposto dal r.t.i. guidato dalla Ditta Pizzo Pippo con l'offerta migliorativa effettuata con la Relazione Tecnica dei Servizi Offerti e con il relativo allegato "Tavola allegata servizio di raccolta" e del conseguente omesso apprezzamento dell'impossibilità della realizzabilità della stessa, da verificare in corso di causa anche con l'ausilio di una C.T.U.;

IV - in subordine – eccesso di potere sotto il profilo della contraddittorietà con il disciplinare di gara, dell'illogicità e del travisamento e/o erroneo apprezzamento delle proposte progettuali alle quali gli operatori economici del r.t.i. guidato dalla ditta Pizzo Pippo hanno ancorato l'offerta tecnica cui sono stati attribuiti i punteggi con la valutazione effettuata in seno al criterio di aggiudicazione dell'oepr – poiché sarebbe stato irragionevolmente attribuito all'offerta tecnica dell'aggiudicataria un punteggio superiore a quello dell'offerta tecnica dell'A.T.I con mandataria la ricorrente Caruter s.r.l.

3. Si costituivano dinanzi al Tar,

- la S.R.R, Messina Provincia S.C.p.A. che con memoria resisteva al ricorso asserendone l'infondatezza dei motivi curando il deposito di documenti;

- la Regione Siciliana – Assessorato regionale delle infrastrutture e della mobilità (Dipartimento regionale tecnico – Ufficio regionale per l'espletamento di gare d'appalto U.r.e.g.a. - servizio provinciale di Messina), opponendosi all'accoglimento del ricorso in quanto infondato in fatto e in diritto e curando il deposito di documenti.

4. Si costituiva in primo grado l'impresa individuale Pippo Pizzo sollevando, preliminarmente, l'eccezione di irricevibilità del ricorso per poi, nel merito, opporsi all'accoglimento del ricorso in quanto infondato in fatto e in diritto.

5. Il Tar - con ordinanza n.667/2019 - respingeva la domanda cautelare della ricorrente, fissando l'udienza di merito e compensando le spese processuali di fase.

6. Con ricorso incidentale, la Pippo Pizzo deduceva l'illegittimità del provvedimento di ammissione alla gara dell'Ati Caruter s.r.l. – Gilma s.r.l. poiché:

A - l'offerta sarebbe stata da quest'ultima tardivamente presentata;

B - il contratto di avvalimento prodotto da quest'ultima non sarebbe idoneo a dimostrare l'effettivo possesso del requisito di partecipazione integrato dall'ausiliaria, essendo state irrogate penali pari al 8% durante l'esecuzione di quell'appalto;

C - l'ausiliaria, omettendo di dichiarare che l'esecuzione di quel contratto è stata contraddistinta dall'irrogazione di penali per un ammontare pari al 8%, sarebbe stata autrice di dichiarazioni non veritiere, implicanti di per sé l'esclusione dalla procedura;

D - in ogni caso, il suddetto contratto di avvalimento sarebbe nullo per indeterminazione dell'oggetto.

7. Con apposita memoria, la ricorrente domandava al Tar di ordinare alla S.R.R. Messina Provincia S.C.p.A. ed alla Maggioli S.p.A. la produzione di files contenuti nelle buste della domanda di partecipazione alla gara acquisiti dalla piattaforma telematica il 6 marzo 2019 alle ore 23:48:42.

8. Con la sentenza qui gravata il Tar ha

- accolto il ricorso principale e, conseguentemente, ha annullato l'aggiudicazione e gli ulteriori atti impugnati;

- ha accolto il ricorso incidentale e, per l'effetto, ha annullato il provvedimento di ammissione alla procedura di gara della ricorrente principale.

9. Rispetto alla decisione gravata è bene mettere in evidenza quanto segue:

- il Tar ripercorre l'evoluzione della giurisprudenza interna ed eurounitaria sui rapporti tra ricorso principale e ricorso incidentale fino agli approdi cui perviene la Corte di Giustizia del 2019 (C. giust. UE, X, 5.9.2019 C-333/18), e ritiene di dover esaminare entrambi i proposti ricorsi, in ragione della complessa ed articolata evoluzione che ha contraddistinto il rapporto processuale tra il ricorso principale ed il ricorso incidentale di tipo escludente nell'ambito del contenzioso dei contratti pubblici;

- prosegue il Tar affermando che con riguardo al caso in esame, il ricorso principale ed il ricorso incidentale vanno entrambi esaminati, non essendo possibile sin d'ora prevedere, sulla base dei documenti offerti in comunicazione dalle parti costituite, se il loro eventuale reciproco accoglimento indurrà la Stazione appaltante ad annullare in autotutela la procedura di affidamento indetta per poi rinnovarla con un nuovo bando, oppure ad aggiudicarla, tramite scorrimento della graduatoria, in favore delle altre imprese partecipanti utilmente classificate, non avendo il ricorrente principale dedotto censure di legittimità nei confronti della lex specialis o, comunque, idonee a determinare la caducazione dell'intera procedura;

9.1. Il Tar passa all'esame del merito, muovendo dal ricorso incidentale e in particolare ritiene fondato il primo motivo (e dichiara assorbiti gli ulteriori motivi del ricorso incidentale) perché:

- Caruter ha presentato la domanda di partecipazione oltre il termine perentorio del 7 marzo 2019 ore 12:00, ed ossia in data 11 marzo 2019 in quanto è illegittima la riapertura dei termini disposta dal Rup in quanto non è dato sapere con certezza se, in prossimità della scadenza del termine previsto, il sistema telematico adoperato dalla Stazione appaltante per la ricezione delle domande di partecipazione sia andato in black out.

- Caruter ha presentato una prima domanda il 6 marzo 2019 ma siffatta domanda di partecipazione non può essere presa in considerazione poiché dalla ricorrente implicitamente rinunciata con la sostituzione operata in seguito alla presentazione della successiva domanda

in data 11 marzo 2019.

9.2. A questo punto il Tar passa in rassegna il ricorso principale residuando [...] un ipotetico interesse alla ripetizione della procedura dipendente dalla possibilità in astratto che la Stazione appaltante disponga, all'esito del giudizio, l'annullamento in autotutela dell'intera gara.

9.2.1. Secondo il Tar il ricorso introduttivo non è tardivo perché la ricorrente ha espressamente chiesto la documentazione inerente alla domanda di partecipazione dell'aggiudicataria, venendo, soltanto dopo la trasmissione degli atti richiesti, a conoscenza dei vizi di legittimità dedotti, come, ad esempio, quello sulla carenza dei requisiti di partecipazione della mandataria. Pertanto, va ritenuto rilevante il procedimento di accesso agli atti conclusosi in data 11 settembre 2019, considerato che la ricorrente ha presentato la relativa istanza il giorno seguente alla comunicazione dell'aggiudicazione [...] peraltro, anche a volere ritenere che la ricorrente fosse venuta a conoscenza degli elementi sufficienti all'impugnazione dell'aggiudicazione già in data 4 settembre 2019, ossia al tempo della prima trasmissione (sebbene soltanto parziale) degli atti richiesti, l'eccezione di irricevibilità sollevata dalla controinteressata sarebbe, comunque, infondata, poiché il ricorso è stato notificato via P.E.C. in data 4 ottobre 2019, ed ossia entro il termine di 30 giorni previsto dall'art.120 co.5 c.p.a., e depositato il 17 ottobre 2019, ossia entro il termine di 15 giorni di cui agli artt.45, 119 co.2 e 120 co.3 c.p.a.

9.3. In riferimento al merito del ricorso principale il Tar ritiene fondato il primo motivo in quanto con riguardo al caso in esame, la Pippo Pizzo non poteva avvalersi delle altre imprese del R.T.I. di cui era mandataria per la dimostrazione del possesso dei requisiti di cui al punto 7.3 del bando. E poiché ha, invece, così operato, la Pippo Pizzo ha violato sia l'art.83 co.8 d.lgs. 50/2016, sia il disciplinare di gara. Di conseguenza, il R.T.I. aggiudicatario dell'appalto doveva essere escluso.

10. Il ricorso in appello è sostanzialmente incentrato sulla censura rubricata come I motivo: erroneità del primo capo della sentenza oggi impugnata, con il quale è stato accolto il primo motivo del ricorso incidentale proposto in primo grado dalla Ditta Pizzo Pippo, rubricato "Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 79, comma 5bis, d.lgs. n. 50/16 – violazione del par. IV3.4 del bando e del Par. 12 del disciplinare – Violazione dei principi di par condicio, imparzialità e buon andamento".

10.1. Il suddetto I motivo è articolato in sette profili di doglianza:

I – 1. Erroneità della sentenza impugnata in ordine all'omesso apprezzamento dei fatti emergenti dagli atti di causa, ed all'omessa declaratoria di inammissibilità del ricorso, in ragione del fatto che l'impugnato provvedimento di riapertura dei termini aveva accolto l'istanza di differimento formulata dalla mandante (Onofaro Antonino s.r.l.) dell'Ati costituenda con la ditta Pizzo Pippo

I – 2. In via subordinata, erroneità della sentenza impugnata in ordine all'asserita violazione dell'art. 79, comma 5 bis, del d.lgs. n. 50/2016 e s.m.i. ancorata all'assunto secondo cui la detta norma non consentirebbe la riapertura dei termini di presentazione delle offerte dopo la

scadenza ancorché sia accertato il malfunzionamento della piattaforma telematica relativa al caricamento delle offerte.

I – 3. Erroneità della sentenza impugnata in ordine all'asserita violazione dell'art. 79, comma 5 bis, del d.lgs. n. 50/2016 e s.m.i. ancorata all'assunto secondo cui il provvedimento di riapertura dei termini di presentazione delle offerte non avrebbe previsto né la riconosciuta possibilità per gli operatori che avevano già presentato la domanda di poterla ritirare o sostituire, né, soprattutto, gli accorgimenti idonei a garantire la segretezza delle offerte già presentate.

I – 4. Erroneità della sentenza impugnata in ordine all'asserita violazione dell'art. 79, comma 5 bis, del d.lgs. n. 50/2016 e s.m.i. ancorata all'assunto secondo cui, dagli atti di causa, non sarebbe emersa la necessità dell'adottato provvedimento di riapertura dei termini.

I – 5. Erroneità del secondo capo della sentenza impugnata, nella parte in cui ha ritenuto che l'illegittimità del provvedimento di riapertura dei termini di presentazione dell'offerta, dell'8.3.2019, dal 7 marzo al 12 marzo 2019, potesse esplicare l'effetto di ritenere tardiva l'offerta dall'ATI guidata da Caruter s.r.l. l'11 marzo 2019.

I – 6. Erroneità del secondo capo della sentenza impugnata, nella parte in cui ha ritenuto che l'illegittimità del provvedimento di riapertura dei termini di presentazione dell'offerta, dell'8.3.2019, dal 7 marzo al 12 marzo 2019, potesse esplicare l'effetto di ritenere come non presentata la prima offerta dell'Ati guidata da Caruter s.r.l. in data 6 marzo 2019, entro il termine originariamente fissato dalla lex specialis di gara alle ore 12,00 del 7 marzo 2019.

I – 7. Erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui, dopo aver accolto il primo motivo del ricorso principale con l'annullamento dell'aggiudicazione disposta in favore dell'Ati guidata dalla Ditta Pizzo Pippo e del prodromico provvedimento di ammissione alla gara, nonché di quelli intermedi, ha dichiarato l'assorbimento degli altri motivi non esaminati, con particolare riguardo alla domanda di risarcimento del danno in forma specifica.

11. Caruter ripropone - ai sensi dell'art. 101 comma 2 c.p.a.- nel presente grado del giudizio le censure dichiarate assorbite dal Tar dopo in ragione della fondatezza del primo motivo del ricorso introduttivo.

11.1. Con il II motivo del ricorso introduttivo per come riproposto in appello (pag.23 del ricorso in appello) Caruter deduce la censura di "violazione di legge con riferimento all'art. 89, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 e s.m.i. e all'art. 1346 c.c.: nullità del contratto di avvalimento fra Onofaro Antonino s.r.l. e ditta Pizzo Pippo. Non veritiera dichiarazione dell'ausiliario".

11.1. 1. La società ricorrente sostiene che il contratto di avvalimento fra la società Onofaro Antonino e la Ditta individuale Pizzo Pippo sarebbe

- nullo in quanto le due società non hanno affatto individuato le risorse, in termini di mezzi e personale, in concreto necessarie per la messa a disposizione dei requisiti di carattere tecnico professionale, ma si sono limitati ad asserire che sarebbero state messe a disposizione solo

se, successivamente, repute necessarie e previa pattuizione del corrispettivo con separato atto;

- indeterminato e non compiutamente perfezionato.

La Caruter nello svolgimento del II motivo del ricorso introduttivo asserisce che la Ditta Pizzo Pippo non avrebbe potuto stipulare il contratto di appalto per carenza della qualificazione relativa alla capacità tecnica e professionale e in subordine sostiene che gli atti gravati sarebbero comunque illegittimi in quanto gli automezzi targati indicati nel contratto di avvalimento non siano stati messi a disposizione e che, comunque, non erano idonei a sorreggere l'offerta del costituendo r.t.i. guidato dalla Ditta Pizzo Pippo. Conclude la società appellante sul punto asserendo che il contratto di avvalimento conterrebbe dichiarazioni non veritiere ne consegue che, ai sensi dell'art. 80 comma 5 lett. f) bis del d.lgs. 50/2016 l'operatore economico in questione andrebbe escluso dalla gara.

11.2. Con il III motivo del ricorso introduttivo per come riproposto in appello (pag.28 del ricorso in appello) la Caruter deduce la censura di "eccesso di potere per travisamento e/o erroneo apprezzamento del percorso, di circa 134,18 chilometri, da seguire per eseguire in 3,73 ore/die il servizio di raccolta giornaliera porta a porta delle diverse frazioni di rifiuto differenziato, comprese case sparse, nel Comune di Piraino, proposto dal r.t.i. guidato dalla Ditta Pizzo Pippo con l'offerta migliorativa effettuata con la Relazione Tecnica dei Servizi Offerti e con il relativo allegato "Tavola allegata servizio di raccolta"; e del conseguente omesso apprezzamento dell'impossibilità della realizzabilità della stessa.

11.2.1. Secondo la Caruter la Stazione appaltante sarebbe incorsa in un errore perché avrebbe ritenuto eseguibile l'offerta migliorativa relativa al Comune di Piraino per come essa risulterebbe da pagina 33 della Relazione Tecnica dei Servizi Offerti. La società appellante asserisce che la Stazione appaltante omettendo i dovuti approfondimenti è incorsa nel vizio di eccesso di potere per travisamento dei fatti e difetto di istruttoria e ciò potrebbe essere accertato con il ricorso ad una Ctu o disponendo una verifica.

11.3. Con il IV motivo del ricorso introduttivo per come riproposto in appello (pag.28 del ricorso in appello) la Caruter deduce, in via del tutto subordinata, la censura di "eccesso di potere sotto il profilo della contraddittorietà con il disciplinare di gara, dell'illogicità e del travisamento e/o erroneo apprezzamento delle proposte progettuali alle quali gli operatori economici del r.t.i. guidato dalla ditta Pizzo Pippo hanno ancorato l'offerta tecnica cui sono stati attribuiti i punteggi con la valutazione effettuata in seno al criterio di aggiudicazione dell'oevp".

11.3.1. Caruter contesta il punteggio complessivo attribuito alla Ditta individuale Pizzo Pippo in risulterebbe erroneo in quanto attribuirebbe 5 punti non dovuti (in ragione del subcriterio sopra specificato come c.1), e del subcriterio sopra specificato come c.2).

11.4. Caruter chiede il risarcimento del danno in forma specifica mediante declaratoria di inefficacia dei contratti eventualmente stipulati dai Comuni interessati con l'aggiudicataria e subentro negli stessi al posto di quest'ultima.

11.5. Per completezza si segnala che Caruter avanza una articolata richiesta istruttoria (pagg. 39 – 42 del ricorso in appello) già avanzata in primo grado.

12. In data 17 marzo 2020 si è costituita in appello l'Amministrazione regionale (Urega Messina) che nella successiva memoria del 15 maggio 2020 ha eccepito il difetto di legittimazione passiva dell'Amministrazione regionale e chiesto l'estromissione dal giudizio dell'Assessorato Regionale infrastrutture e mobilità – Urega di Messina.

13. La sentenza di cui meglio in epigrafe è avversata incidentalmente dalla ditta individuale Pippo Pizzo.

13.1. L'appello incidentale è affidato ai seguenti motivi:

I - Erroneità della sentenza, nella parte in cui ha ritenuto tempestivo il ricorso principale;

II - Erroneità della sentenza nella parte in cui ha esaminato il ricorso principale dopo avere accolto quello incidentale;

III - Erroneità della sentenza, nella parte in cui ha accolto il primo motivo del ricorso principale;

13.1.1. Con l'appello incidentale la ditta Pippo Pizzo ripropone - ai sensi dell'art. 101 comma 2 c.p.a.- nel presente grado del giudizio le censure dichiarate assorbite dal Tar in ragione della fondatezza del primo motivo del ricorso incidentale.

14. Sebbene l'appello sia stato tempestivamente proposto e regolarmente notificato non risultano costituiti nel presente grado di giudizio la SRR Messina Provincia S.C.p.A. e i Comuni indicati in epigrafe.

15. La Caruter e la ditta Pippo Pizzo hanno scambiato memorie ex art. 73.

16. La Ditta individuale Pippo Pizzo con la memoria ex art. 73 depositata il 1° giugno 2020 oltre a ribadire la propria tesi in punto di irricevibilità per tardività del ricorso introduttivo e di infondatezza delle ragioni esposte nell'appello principale, prende posizione anche rispetto ai motivi del ricorso introduttivo non esaminati dal Tar perché assorbiti e riproposti dall'appellante principale nel presente grado del giudizio.

16.1. Rispetto alle censure dedotte da Caruter con il ricorso introduttivo e qui riproposte l'appellante incidentale risponde osservando che:

- il contratto di avvalimento è finalizzato alla dimostrazione dei requisiti di capacità tecnica e professionale. Detti requisiti in quanto "messi a disposizione" non dovrebbero avere le stesse caratteristiche dei mezzi dichiarati in fase di offerta, soprattutto in termini di vetustà. Devono, però, essere "messi a disposizione" nel caso in cui ci fosse la, per quanto remota, necessità di utilizzo;

- nel caso di specie si tratterebbe di un appalto unitario per il quale la Ditta individuale Pippo

Pizzo avrebbe presentato un'offerta considerando quindi l'intero territorio costituito dall'insieme di Comuni e non il singolo Comune. La censura sarebbe riferita solo ad una parte dell'appalto (pari al 17,50) mentre nulla verrebbe detto in merito alla restante parte pari all'82.50%. Sul punto le asserzioni della ricorrente sarebbero prive di riscontri oggettivi e sarebbero superate dai dettagli tecnici esposti sul punto dalla controinteressata;

- per quanto attiene all'attribuzione dei punteggi si evidenzia che detta attribuzione sarebbe frutto di motivazioni soggettive e nel caso di specie la Commissione di gara avrebbe correttamente apprezzato l'offerta della Ditta individuale Pippo Pizzo.

L'appellante principale e l'appellante incidentale hanno scambiato memorie nelle quali hanno ancor meglio esposto le proprie tesi e precisato le proprie domande.

16.2. Con istanza allegata alla memoria di replica del 6 giugno 2020 la Caruter ha chiesto la discussione orale della causa, per l'udienza pubblica già fissata del 18.06.2020, mediante collegamento da remoto ai sensi dell'art. 84 del d.l. n. 28 del 30 aprile 2020.

16.3. In data 17 giugno 2020 l'Amministrazione regionale ha depositato note d'udienza con cui ha chiesto il passaggio in decisione della lite.

Nel corso dell'udienza pubblica del 18 giugno 2020 – svoltasi da remoto in video conferenza – la causa è stata posta in decisione.

17. Il CGA con l'ordinanza n.660 del 2020 - adottata in esito alle camere di consiglio del 18 giugno e del 7 luglio 2020 - ha evidenziato che

A- con il I motivo dell'appello incidentale si sottolinea che

- la comunicazione ex art. 76, comma 2, lett. b), d.lgs. n. 50/16 è tempestivamente pervenuta all'indirizzo di PEC della ricorrente il 5 agosto 2019;

- il ricorso è stato spedito per la notifica solamente il 4 ottobre 2019 ben oltre il termine decadenziale di 30 giorni (ancorché al netto del periodo di sospensione feriale) previsto dall'art. 120, comma 5, c.p.a., che a tal fine individua in modo indiscutibile quale dies a quo quello della "ricezione della comunicazione di cui all'articolo 79 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163" (oggi: art. 76, comma 2, lett. b), d.lgs. n. 50/16);

- la comunicazione ex art. 76 d.lgs. n. 50/16 reca la motivazione delle ragioni per le quali l'offerta dell'Ati Pippo Pizzo è stata preferita alle altre. Essa, infatti, dopo avere indicato il punteggio complessivo conseguito dall'aggiudicataria e il ribasso percentuale dalla stessa offerto, precisa che "L'aggiudicazione definitiva ed i relativi verbali di gara sono liberamente visionabili e scaricabili sul sito://www.srrmessinaprovincia.com";

B - la difesa della società appellante asserisce l'infondatezza della eccezione di irricevibilità per tardività del ricorso introduttivo in quanto non risulterebbe provata l'avvenuta pubblicazione dei verbali di gara con la comunicazione di cui all'art. 79 cit.; in aggiunta a ciò si

precisa che i profili di illegittimità dedotti con il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado si sarebbero resi percettibili solo in seguito all'acquisizione della documentazione per la quale la società ricorrente si è subito attivata;

C - in punto di diritto l'art. 120 comma 5 c.p.a. dispone che per l'impugnazione degli atti di cui al presente articolo il ricorso, principale o incidentale e i motivi aggiunti, anche avverso atti diversi da quelli già impugnati, devono essere proposti nel termine di trenta giorni, decorrente, per il ricorso principale e per i motivi aggiunti, dalla ricezione della comunicazione di cui all'articolo 79 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, o, per i bandi e gli avvisi con cui si indice una gara, autonomamente lesivi, dalla pubblicazione di cui all'articolo 66, comma 8, dello stesso decreto; ovvero, in ogni altro caso, dalla conoscenza dell'atto. Per il ricorso incidentale la decorrenza del termine è disciplinata dall'articolo 42 (nel testo da ultimo modificato dal dall'articolo 1, comma 22, lettera b), del d.l. 18 aprile 2019, n. 32, convertito con modificazioni dalla Legge 14 giugno 2019, n. 55.);

D – l'avvenuto deposito di un'ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria, recante i seguenti quesiti:

a) se il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione possa decorrere dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara, compresi i verbali di gara;

b) se le informazioni previste dall'art. 76 del d.lgs. 19 aprile 2016, n. 50, nella parte in cui consentono di avere ulteriori elementi per apprezzare i vizi già individuati o per accertarne altri, consentano la sola proposizione dei motivi aggiunti, salva la patologica ipotesi della omessa o incompleta pubblicazione prevista dall'art. 29 del d.lgs. n. 50 del 2016;

c) se la proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara non sia idonea a far slittare il termine per l'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione e legittimi solo la proposizione di motivi aggiunti ovvero se essa comporti la dilazione temporale, almeno con riferimento alle ipotesi in cui le ragioni di doglianza siano tratte dalla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero delle giustificazioni da questi rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta;

d) se la previsione dell'art. 120, comma 5, c.p.a., che fa decorrere il termine per l'impugnazione degli atti di gara dalla comunicazione individuale o dalla conoscenza comunque acquisita del provvedimento, debba intendersi nel senso che essa indica due modi di conoscenza e due momenti di decorrenza equivalenti ed equipollenti tra di loro, senza che la comunicazione principale possa ritenersi modalità principale e prevalente e la conoscenza aliunde modalità secondaria o subordinata e meramente complementare;

e) se, in ogni caso, la pubblicazione degli atti di gara, ai sensi dell'art. 29 del d.lgs. n. 50 del 2016, debba considerarsi rientrante tra le modalità di conoscenza aliunde;

f) se le forme di comunicazione e pubblicità individuate nella lex specialis di gara e accettate dagli operatori economici ai fini della partecipazione alla procedura di gara siano idonee a far decorrere il termine per l'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione (Cons. St., sez. V,

ordinanza 2 aprile 2019, n. 2215);

E – che l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha preso posizione sul punto con la sentenza n. 12 del 2 luglio 2020.

18. Ciò detto il CGA con la citata ordinanza,

- considerato che la citata sentenza dell'Adunanza Plenaria è stata depositata in data successiva all'avvenuta trattazione della lite;

- considerato che, conseguentemente, le parti non hanno avuto modo di prendere posizione su quanto deciso dall'Adunanza Plenaria;

- considerato necessario assicurare il pieno rispetto del principio del contraddittorio;

- ha ritenuto che lo scrutinio del I motivo dell'appello incidentale debba avvenire solo dopo che le parti abbiano preso posizione su quanto deciso dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sentenza n. 12 del 2020);

- ha quindi assegnato alle parti un termine di trenta giorni decorrente dalla comunicazione e/o notifica della suddetta ordinanza per prendere posizione solo sul punto in precedenza richiamato;

- ha poi fissare per la prosecuzione della lite l'udienza pubblica del 14 ottobre 2020

19. La Caruter e la Ditta individuale Pippo Pizzo hanno – con le memorie depositate il 22 settembre 2020 – esposto le rispettive tesi sul I motivo dell'appello incidentale in ragione delle conclusioni alle quali è pervenuta l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 12 del 2020.

19.1. Secondo la difesa dell'appellante incidentale la possibilità di fare slittare il termine per la proposizione del ricorso ad un momento successivo a quello individuato ai sensi dell'art. 120, comma 5, c.p.a., può essere ammessa solo laddove sia stato impossibile percepire il vizio dalla lettura degli atti allegati alla comunicazione di aggiudicazione e/o, già da prima, percepiti o percepibili per avere preso parte alle sedute di gara nel corso del quale sono stati rilevati.

Nel caso di specie non si giustificerebbe alcuna deroga a quanto previsto all'art. 120 comma 5 c.p.a in quanto – si legge in memoria - è stato dimostrato per tabulas che dal 5 agosto 2019 la ricorrente di prime cure, in questo grado appellante principale, era stata messa nelle condizioni di conoscere tutti i verbali di gara e che comunque la conoscenza da parte di Caruter si sarebbe realizzata anche in ragione della partecipazione di un suo rappresentante alla seduta della Commissione di gare del 3 aprile 2019 in esito alla quale fu sciolta l'ammissione con riserva dell'a.t.i. Pippo Pizzo.

In conclusione secondo l'appellante incidentale non gioverebbe all'originario ricorrente oggi appellante il richiamo alle conclusioni alle quali è giunta l'Adunanza Plenaria in quanto la

postergazione del dies a quo del termine per la proposizione del ricorso nel rito appalti conseguente al ritardo nell'accesso agli atti ha carattere eccezionale rispetto alla regola generale dell'art. 120, comma 5, c.p.a..

19.2. La società appellante - che con la memoria del 22 settembre 2020 ha curato il deposito di ulteriore documentazione acquisita al fascicolo della causa - dopo aver operato una ricostruzione analitica dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale sul punto ora in esame, asserisce che nel caso di specie il provvedimento di aggiudicazione ed i verbali di gara non sono stati pubblicati ai sensi dell'art. 29 del d.lgs. n. 50/2016 e s.m.i., sul sito della stazione appaltante, Sezione Amministrazione trasparente e che quindi l'originaria ricorrente non avrebbe avuto percezione del profilo di lesività che viene evidenziato con il ricorso giurisdizionale in quanto dalla pubblicazione di detti verbali non sarebbero stati assolutamente percepibili i vizi degli atti impugnati fatti valere da Caruter s.r.l. con i quattro motivi del ricorso introduttivo di primo grado e poi riproposti in appello. In ragione di tutto ciò si sostiene la tempestività del ricorso introduttivo in quanto (1) l'istanza di accesso agli atti è stata tempestiva perché formulata il 6 agosto 2019, il giorno dopo la comunicazione dell'aggiudicazione definitiva del 5 agosto 2019. (2) Gli atti sono stati rilasciati dalla stazione appaltante il 4 settembre 2019. (3) Il ricorso è stato proposto il 4 ottobre 2019, al 30° giorno dal rilascio degli atti.

20. La Caruter con la memoria di replica del 25 settembre 2020 ha ancor meglio esposto la propria linea difensiva in ragione della quale ha chiesto l'accoglimento del ricorso in appello e il rigetto dell'appello incidentale.

21. La Ditta individuale Pippo Pizzo ha in sede di replica - con particolare riferimento alla posizione assunta da controparte per il rigetto del terzo motivo dell'appello incidentale - preso atto che, in relazione alla gara "gemella" (id est, un altro lotto della medesima gara) Codesto Ecc.mo Consiglio ha respinto analogo motivo (sent. n. 663/20), ma ci si permette rispettosamente di insistere, anche ai fini della remissione della questione interpretativa alla Corte di Giustizia UE ex art. 267, terso paragrafo, TFUE, nei termini appresso indicati. [...]"

2. All'esito dell'udienza pubblica del 14 ottobre 2020, la Sezione:

- a) ha pronunciato la menzionata sentenza non definitiva n. 1103 del 2020;
- b) ha pronunciato l'ordinanza collegiale di rimessione n. 1106 del 2020.

3. In particolare, con la predetta sentenza non definitiva n. 1103 del 2020, la Sezione:

- a) ha respinto il primo ed il secondo motivo dell'appello incidentale della ditta individuale Pippo Pizzo, riconoscendo che il ricorso introduttivo di primo grado, proposto dalla Caruter s.r.l., era tempestivo e sorretto da interesse;
- b) ha respinto tutti i sette motivi dell'appello principale proposto dalla Caruter s.r.l., confermando la statuizione di primo grado che, in accoglimento del ricorso incidentale, aveva annullato il provvedimento di ammissione della ricorrente principale alla procedura di

affidamento de quo;

c) ha dichiarato improcedibili, per sopravvenuto difetto di interesse, i motivi di primo grado (concernenti ulteriori profili di esclusione della Caruter s.r.l.) riproposti, ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a., dall'appellante incidentale Pippo Pizzo;

d) ha respinto il secondo, il terzo ed il quarto motivo del ricorso principale di primo grado, riproposti, ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a., dall'appellante principale Caruter s.r.l.;

e) ha respinto la domanda risarcitoria proposta dalla Caruter s.r.l.;

f) ha ritenuto necessario sollevare questione di pregiudizialità euro-unitaria, al fine di decidere il terzo motivo dell'appello incidentale della Pippo Pizzo, con il quale si è lamentata l'erroneità della sentenza di primo grado, che aveva accolto il primo motivo del ricorso principale della Caruter s.r.l.;

g) ha rinviato al definitivo la decisione sulle spese di lite.

4. Con la contestuale ordinanza di rimessione n. 1106 del 2020, la Sezione ha rimesso alla CGUE il seguente quesito: "Se l'articolo 63 della direttiva 2014/24 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, relativo all'istituto dell'avvalimento, unitamente ai principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, di cui agli articoli 49 e 56 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), osti all'applicazione della normativa nazionale italiana in materia di "criteri di selezione e soccorso istruttorio" di cui all'inciso contenuto nel penultimo periodo del comma 8 dell'art. 83 del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, nel senso che in caso di ricorso all'istituto dell'avvalimento (di cui all'articolo 89 del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50), in ogni caso la mandataria deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria".

5. In data 2 dicembre 2021 è intervenuto, nel presente giudizio, il Consorzio stabile SIS s.c.p.a. esponendo:

- di essere risultata aggiudicataria della gara, indetta dal Ministero delle infrastrutture, per la concessione "delle attività di gestione delle tratte autostradali A21 Torino-Alessandria-Piacenza, A5 Torino-Ivrea-Quincinetto, la Bretella di collegamento A4/A5 Ivrea-Santhià, la diramazione Torino-Pinerolo e il Sistema Autostradale Tangenziale Torinese (SAAT)";

- che la sua aggiudicazione era stata contestata da altro partecipante alla medesima procedura di gara (r.t.i. Salt), che aveva instaurato un giudizio amministrativo, conclusosi con la sentenza del Consiglio di Stato n. 3134 del 2021, che aveva confermato l'aggiudicazione al Consorzio stabile SIS ed aveva confermato, altresì, l'esclusione del r.t.i. Salt dalla gara;

- che il predetto r.t.i. Salt – rimasto soccombente – aveva presentato un reclamo-denuncia alla Commissione europea per violazione delle norme euro-unitarie, un ricorso per cassazione ed

un ricorso per revocazione dinanzi al Consiglio di Stato, facendo valere la questione pregiudiziale sollevata nel presente giudizio con l'ordinanza di rimessione n. 1106 del 2020;

- che la menzionata questione pregiudiziale sarebbe comunque “totalmente irrilevante nella fattispecie”, considerato che la controversia tra il r.t.i. Salt ed il Ministero delle infrastrutture, nei confronti del Consorzio stabile SIS, “riguarda non un avalimento interno o infragruppo, ma soltanto un raggruppamento temporaneo d'impresе [...]” (pag. 5 dell'atto di intervento);

- che l'interesse dell'interveniente Consorzio stabile SIS nel presente giudizio “non è certamente diretto ad ottenere una pronuncia direttamente a sé favorevole, dal momento che l'interveniente non è stato parte in alcun modo nei rapporti dedotti in giudizio, dall'esito dei quali non trarrebbe alcun vantaggio”, ma che tale interesse è “viceversa soltanto indiretto e strumentale, per evitare che lo scrutinio della pregiudiziale comunitaria possa condurre ad una soluzione che irrimediabilmente pregiudichi la controversia pendente dinanzi alle Autorità eurounitarie e nazionali [...]” (pag. 6 e 7 dell'atto di intervento).

5.1. L'interveniente chiedeva quindi, tra l'altro, di “dare atto che la questione pregiudiziale eurounitaria sollevata con l'Ordinanza di rinvio n. 1106/2020 attiene soltanto ad un caso di avalimento infragruppo, e non anche quello di raggruppamento temporaneo di imprese, tra le parti del quale difetti ogni rapporto di avalimento, e come tale dunque sia dichiarata infornata e/o inammissibile, e comunque irrilevante” (pag. 7 dell'atto di intervento).

5.2. Essendo l'intervento stato proposto mentre il presente giudizio era sospeso in pendenza del rinvio pregiudiziale alla C. giust. UE, la sua ammissibilità non è stata (non poteva essere) scrutinata durante il periodo di sospensione del processo (sospensione che inibisce qualsivoglia attività processuale, ad esclusione della tutela cautelare).

6. In data 29 aprile 2022 è pervenuta la sentenza della CGUE del 28 aprile 2022 (causa C-642/20), Caruter s.r.l., con la quale la predetta Corte di Giustizia, in relazione al quesito sollevato dalla Sezione, ha enunciato il seguente principio di diritto: “L'articolo 63 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale secondo la quale l'impresa mandataria di un raggruppamento di operatori economici partecipante a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico deve possedere i requisiti previsti nel bando di gara ed eseguire le prestazioni di tale appalto in misura maggioritaria”.

7. La ditta individuale Pippo Pizzo, con memoria depositata il 26 settembre 2022, ha insistito per l'accoglimento del terzo motivo dell'appello incidentale.

8. Il Consorzio interveniente, con note di udienza depositate il 1° ottobre 2022, ha ribadito la richiesta al Collegio di “dare atto che la questione posta all'attenzione della CGUE con l'Ordinanza [...] n. 1106 del 24 novembre 2020 e dalla medesima CGUE risolta con la sentenza del 28 aprile 2022 non riguarda le ipotesi di partecipazione alla gara di un RTI la cui mandataria sia priva della qualifica SOA richiesta dal bando a pena di esclusione e che ciononostante detta mandataria abbia gareggiato senza ricorrere allo strumento

dell'avvalimento”.

9. All'udienza pubblica del 12 ottobre 2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

10. In via preliminare, deve essere dichiarato inammissibile l'intervento spiegato dal Consorzio stabile SIS, il quale è soltanto mosso dall'interesse relativo alla questione di diritto su cui la Corte di giustizia dell'Unione europea si è pronunciata, senza vantare alcuna posizione sostanziale, diretta o indiretta, riferita allo specifico provvedimento impugnato ed oggetto del presente giudizio, come più volte ribadito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato: “È inammissibile l'intervento nel processo amministrativo determinato dal mero interesse alla decisione della questione di diritto, rappresentato dall'incidenza che tale decisione può avere in altro giudizio di cui il soggetto intervenuto sia parte, posto che l'intervento può essere proposto solo da un soggetto titolare di una posizione giuridica collegata o dipendente da quella del ricorrente in via principale.” (Cons. Stato, ad. plen., n. 18 del 2021; id., n. 23 del 2020; id. n. 10 del 2020; id., n. 13 del 2018); infatti “laddove si ammettesse la possibilità di spiegare l'intervento volontario a fronte della sola analogia fra le “*quaestiones iuris*” controverse nei due giudizi, si finirebbe per introdurre nel processo amministrativo una nozione di ‘interesse’ del tutto peculiare e svincolata dalla tipica valenza endoprocessuale connessa a tale nozione e potenzialmente foriera di iniziative anche emulative, in toto scisse dall'oggetto specifico del giudizio cui l'intervento si riferisce.” (Cons. Stato, ad. plen., n. 23 del 2016).

11. Venendo ora allo scrutinio del terzo motivo dell'appello incidentale proposto dalla ditta individuale Pippo Pizzo, motivo che rappresenta l'ultima censura ancora da esaminare dopo la sentenza non definitiva della Sezione n. 1103 del 2020, il Collegio ne rileva la fondatezza, alla luce di quanto affermato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea con la citata sentenza del 28 aprile 2022, pronunciata nella causa C-642/20.

11.1. L'appellante incidentale, con il terzo motivo di gravame, ha lamentato l'erroneità della sentenza di primo grado, laddove il T.a.r. aveva accolto il primo motivo del ricorso principale proposto dalla Caruter s.r.l.

11.2. A sua volta la Caruter s.r.l., con il suddetto primo motivo del ricorso principale, aveva lamentato l'illegittimità dell'aggiudicazione disposta in favore dell'a.t.i. Pippo Pizzo-Onofaro Antonino s.r.l.–Gial Plast s.r.l., deducendo eccesso di potere per contraddittorietà con i paragrafi 7, 7.3 e 7.4 del disciplinare di gara, nonché violazione degli articoli 48, 83 e 89 del d.lgs. n. 50/2016 e degli articoli 1339, 1344 e 1374 cod. civ., in quanto la predetta a.t.i. avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara tenuto conto che, ai sensi dell'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016 “la mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria” e che, ai sensi dell'art. 7.4, ultimo periodo, del disciplinare di gara, i requisiti di capacità tecnica e professionale devono essere posseduti “per intero dalla mandataria”; al contrario, nel caso di specie, la mandataria ditta individuale Pippo Pizzo – al fine di rispettare i tre requisiti tecnici professionali stabiliti dall'art. 7.3 della *lex specialis* - aveva fatto ricorso “all'avvalimento totale” delle mandanti-ausiliarie, in tal modo “aggirando” il tenore del disciplinare di gara “che imponeva il possesso in capo alla mandataria dei suddetti tre requisiti di capacità tecnica e professionale in via esclusiva e non frazionabile, e,

quindi, in modo maggioritario rispetto alle mandanti anche in violazione dell'art. 83, comma 8, che impone che i requisiti siano posseduti in misura maggioritaria dalla mandataria, norma applicata dalla suddetta lex specialis di gara" (pag. 12 del ricorso principale di primo grado).

11.3. Il primo motivo del ricorso principale di primo grado è infondato e deve essere respinto.

11.4. Infatti, come affermato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea con la citata sentenza del 28 aprile 2022 (causa C-642/20): "L'articolo 63 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale secondo la quale l'impresa mandataria di un raggruppamento di operatori economici partecipante a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico deve possedere i requisiti previsti nel bando di gara ed eseguire le prestazioni di tale appalto in misura maggioritaria".

11.5. Pertanto, stante la primazia del diritto euro-unitario – così come interpretato dalla CGUE – rispetto al diritto nazionale, l'articolo 83, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016 deve essere disapplicato, per contrasto con il diritto dell'Unione europea, nella parte in cui prevede che la mandataria di un'a.t.i. debba in ogni caso possedere i requisiti "in misura maggioritaria", e, allo stesso modo ed a fortiori, deve essere disapplicato l'art. 7.4, ultimo periodo, del disciplinare di gara, laddove prevede che i requisiti di capacità tecnica e professionale debbano essere posseduti "per intero dalla mandataria".

11.6. Stante la disapplicazione dell'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016 e dell'art. 7.4, ultimo periodo, della lex specialis nei sensi sopra esposti, deve essere respinto il primo motivo del ricorso principale di primo grado, con il quale veniva lamentata la violazione dei predetti parametri normativi che devono essere invece disapplicati.

11.7. Pertanto, in accoglimento del terzo motivo dell'appello incidentale ed in parziale riforma della sentenza impugnata, deve essere respinto il primo motivo del ricorso principale di primo grado.

12. In definitiva l'intervento del Consorzio stabile SIS s.c.p.a. deve essere dichiarato inammissibile, l'appello principale della Caruter s.r.l. deve essere respinto, l'appello incidentale della ditta individuale Pippo Pizzo deve essere in parte respinto (primo e secondo motivo) ed in parte accolto (terzo motivo) e, per l'effetto, in parziale riforma della sentenza impugnata, che per il resto deve essere confermata, deve essere respinto il ricorso principale di primo grado.

13. Stante la complessità della controversia e la reciproca parziale soccombenza, è possibile compensare integralmente tra le parti le spese di lite del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando sull'appello n.r.g. 260/2020 e sull'appello incidentale, come in

epigrafe proposti:

- dichiara inammissibile l'intervento del Consorzio stabile SIS s.c.p.a.;
- respinge l'appello principale della Caruter s.r.l.;
- respinge in parte l'appello incidentale della ditta individuale Pippo Pizzo ed in parte lo accoglie;
- per l'effetto, in parziale riforma della sentenza impugnata, che per il resto deve essere confermata, respinge il ricorso principale di primo grado;
- compensa le spese di lite del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 12 ottobre 2022.