

**Consiglio di stato, sezione quinta, sentenza n. 1321 del 21 febbraio 2020**

*Gara d'appalto – Sospetta intesa anticoncorrenziale – Irragionevole l'aggiudicazione della gara – Lesione dell'affidabilità del concorrente*

**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 7407 del 2019, proposto da

..... s.p.a. in proprio e in qualità di mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese con ..... s.r.l. ed ..... s.p.a., in persona dei rispettivi legali rappresentanti, rappresentati e difesi dagli avvocati ....., con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. .... in Roma, via .....

***contro***

..... s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via .....

***nei confronti***

..... s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato ....., con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via .....

..... s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati ....., con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Sezione Seconda) n. 5679/2019, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di ..... s.p.a., di ..... s.p.a. e di ..... s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 novembre 2019 il Cons. Federico Di Matteo e uditi per le parti gli avvocati ..... e l'avvocato dello Stato .....

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. Con bando pubblicato in Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana il 29 dicembre 2015 ..... s.p.a. indiceva la gara per la stipulazione di una convenzione, ai sensi dell'art. 26 l. 23 dicembre 1999, n. 488 e dell'art. 58 l. 23 dicembre 2000, n. 388, per l'affidamento dei *“servizi relativi alla gestione integrata della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro per le pubbliche amministrazioni ai sensi dell'art. 26 legge n. 488/1999 e s.m.i. e dell'art. 58 legge n. 388/2000 – edizione 4”* (denominata Gara SIC 4).

La gara, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, era suddivisa in nove lotti per un valore complessivo di € 100.000.000,00; agli operatori economici era consentito di presentare domanda di partecipazione a tutti i lotti, per rendersi aggiudicatari solamente di sei secondo l'importo decrescente.

Era previsto, infine, che la convenzione stipulata per ciascun lotto avesse la durata di 24 mesi, mentre i singoli contratti di fornitura, stipulati da ciascuna amministrazione a seguito di emissione di ordinativo, la durata di 3 anni.

Il presente giudizio ha ad oggetto le operazioni di gara relativa al lotto 1 cui prendevano parte il r.t.i. – raggruppamento temporaneo di imprese con mandataria ..... s.p.a. e mandanti ..... s.r.l., ..... s.c.a.r.l., ..... s.r.l., ..... s.p.a. e ..... s.r.l., il r.t.i. con mandataria ..... s.p.a., cui subentrava ..... s.p.a. a seguito di

cessione in affitto dell'intero complesso aziendale, il r.t.i. con ..... s.p.a. come mandataria e ..... s.r.l. quale mandante, nonché, infine, il r.t.i. con mandataria ..... CFO s.r.l. e mandanti ..... Italia s.r.l.; al termine delle operazioni di gara era formata la graduatoria con il r.t.i. .... al primo posto e, a seguire, il r.t.i. ...., il r.t.i. ...., e, infine, il r.t.i. ....

Con provvedimento 8 ottobre 2018 ..... aggiudicava definitivamente l'appalto al r.t.i. ....

2. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio .....e s.p.a. impugnavano il provvedimento di aggiudicazione definitiva del lotto 1 al r.t.i. .... Il ricorso era articolato in plurimi motivi: quattro rivolti nei confronti del r.t.i. ...., due nei confronti del secondo classificato r.t.i. Consilia e quattro nei confronti del terzo classificato r.t.i. Com Metodi.

Si costituivano in giudizio ..... s.p.a. e le controinteressate che concludevano per il rigetto della domanda di annullamento.

2.1. Il giudizio di primo grado era concluso dalla sentenza sez. II, 6 maggio 2019, n. 5679, che, in parte respingeva e in parte dichiarava improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse il ricorso principale. La parte ricorrente era condannata al pagamento delle spese del giudizio.

3. Propongono appello ..... s.p.a. e ..... s.p.a.; si sono costituiti in giudizio ..... s.p.a., ..... s.r.l. e ..... s.p.a..

Con ordinanza 25 ottobre 2019, n. 5363 era disposta la sospensione degli effetti esecutivi della sentenza impugnata fino alla decisione del merito.

..... e ..... hanno depositato memorie *ex art. 73* Cod. proc. amm., e ..... s.r.l. anche memoria di replica; all'udienza pubblica del 21 novembre 2019, la causa è stata discussa ed assunta in decisione.

DIRITTO

1. Con il primo motivo dell'appello è contestata la sentenza di primo grado per “*Error in iudicando. Violazione norme di gara. Violazione e falsa applicazione dell’art. 38, comma 1, lett. f) e comma 1 – ter del d.lgs. 163/2006. Violazione dell’allegato 1 al disciplinare. Violazione dell’art. 101 del TFUE. Violazione del principio del clare loqui. Carezza assoluta di istruttoria. Illogicità e irragionevolezza dell’attività amministrativa. Violazione del principio del buon andamento e di par condicio*”.

Le appellanti, precisato che l’Agcm, con nota del 16 aprile 2019, dava conferma, a conclusione dell’attività istruttoria, dell’esistenza di elementi indiziari di un’intesa tra ....., ..... e ....., finalizzata ad una equilibrata ripartizione dei lotti e così a limitare la concorrenza nella procedura di gara, ripropongono le doglianze già articolate in primo grado alla condotta di ..... che, pur avendo formalmente rilevato l’esistenza di un accordo anticoncorrenziale tra i tre operatori concorrenti – consistente nella tipica formula della “partecipazione a scacchiera” con offerte predisposte con l’intento di garantire ad ognuno l’aggiudicazione di uno specifico lotto grazie ad altre offerte c.d. di appoggio con ribassi differenziati tra i lotti secondo un preciso piano di spartizione – del tutto contraddittoriamente aveva, poi, deciso di procedere ugualmente all’aggiudicazione in favore di quegli stessi operatori che erano stati individuati quali parti dell’accordo illecito.

Le appellanti ribadiscono, inoltre, che, accertata l’esistenza di un’intesa anticoncorrenziale per l’attività istruttoria svolta, ..... avrebbe dovuto, anche in ragione degli atti *medio tempore* adottati dall’Agcm (comunicazione di apertura del procedimento, nonché, ora, comunicazione di conclusione dell’attività istruttoria), disporre l’esclusione dei raggruppamenti controinteressati dalla procedura di gara per disposizione della *lex specialis* sanzionatoria degli operatori stipulanti “*nella presente gara pratiche e/o intese restrittive della concorrenza e del mercato*”; disposizione, a sua volta, riproduttiva dell’art. 38, comma 1 lett. m – *quater*) d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

L'errore imputato al giudice di primo grado, è, inoltre, di aver ritenuto fosse necessario per la stazione appaltante attendere gli esiti del procedimento sanzionatorio avviato dall'Autorità, laddove, invece, a fronte della prescrizione contenuta nel disciplinare di gara e della documentata attività istruttoria svolta, era tenuta a disporre l'esclusione senza attendere le indagini di altre Autorità (come appunto l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, ma anche, l'Autorità giudiziaria); in ogni caso, si afferma, ....., di certo, non avrebbe potuto disporre l'aggiudicazione così consentendo la realizzazione dell'obiettivo del patto illecito che essa stessa aveva denunciato.

A contrasto della decisione di primo grado ribadiscono, infine, che l'esclusione degli operatori concorrenti era dovuta anche per falsa dichiarazione; tale essendo la dichiarazione di non aver in corso né di aver praticato intese e/o pratiche restrittive della concorrenza e del mercato, e tenendo conto che l'Allegato 1 al disciplinare espressamente prevedeva, accertata la non veridicità della dichiarazione, l'esclusione dalla procedura dell'impresa o, qualora fosse risultata aggiudicataria, la decadenza dall'aggiudicazione che era da annullare e/o revocare.

1.1. Nei suoi scritti difensivi ..... s.p.a. sostiene l'inammissibilità del ricorso introduttivo del giudizio di ..... s.p.a. e ..... s.p.a. per carenza di interesse.

Le ragioni esposte sono le seguenti:

- a) le appellanti sono state anch'esse coinvolte nel medesimo procedimento istruttorio avviato a suo carico dall'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato;
- b) ..... risulta essere stata condannata per aver posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza in relazione alla procedura di gara indetta da ..... per la fornitura su tutto il territorio nazionale dei servizi di *facility management* e, per questo, non potrebbe rendersi aggiudicataria della procedura di gara essendo incorsa nella causa di esclusione prevista dall'art. 38, comma 1, lett. f) d.lgs. n. 163 del 2006, senza

considerare la falsa dichiarazione resa per aver affermato, nella precedente procedura di gara, di non aver praticato intese anticoncorrenziali;

c) ..... avrebbe dovuto escludere le appellanti dalla procedura di gara in ragione del “grave errore professionale nell’esercizio della propria attività professionale” commesso da ..... s.p.a. nell’esecuzione del contratto attuativo (ex art. 15, comma 2, lett. g delle condizioni generali) della convenzione c.d. .... Sic 3, del quale era prova il provvedimento di risoluzione contrattuale adottato, con deliberazione 25 febbraio 2019 n. 43/CS, dalla Azienda regionale emergenza sanitaria – Ares 118.

Riferisce, poi, talune circostanze che definisce “particolari”; ipotizza che ad aver attivato il procedimento istruttorio sfociato nell’accertamento dell’intesa restrittiva della concorrenza sia stata proprio ....., rammenta che alcuni esponenti della ..... risultavano coinvolti in procedimenti penali per corruzione in atti giudiziari con imputati anche magistrati del Consiglio di Stato dalle cui decisioni era stata, in talune occasioni, pregiudicata; aggiunge che, esaminati i documenti presenti nel fascicolo del procedimento penale, era emerso che i bilanci di ..... per gli esercizi 2014 e 2015 non erano stati né approvati né depositati presso il registro delle imprese, configurandosi, così, un’altra causa di esclusione non potendo l’operatore fornire la prova, richiesta dal bando al punto 17.2, lett. a) quale requisito di capacità economica e finanziaria, di aver realizzato un fatturato specifico negli ultimi esercizi finanziari approvati alla data di pubblicazione del bando non inferiore a quello indicato da ..... per ciascun lotto.

Nel merito, poi, ribadisce che l’esclusione di un concorrente per aver concluso un’intesa restrittiva della concorrenza potrebbe essere disposta solo in seguito ad un provvedimento definitivo emesso dall’Autorità competente che tale intesa accerti e sanzioni, non surrogabile dagli atti preparatori quali la comunicazione delle risultanze istruttorie, di mera apertura della fase di contraddittorio con le imprese interessate.

Dal disciplinare di gara (punto 6.1.) l'appellata argomenta, inoltre, che l'eventuale provvedimento sanzionatorio di Agcm non potrebbe essere supinamente acquisito dalla stazione appaltante per escludere gli operatori concorrenti, essendo invece, necessaria una concreta valutazione dei fatti oggetto del provvedimento sanzionatorio, di modo che sia possibile comprendere le ragioni per le quali, in considerazione delle oggettive caratteristiche e gravità dei fatti accertati, nonché della specificità della gara, sia giustificata l'esclusione dall'operatore, la quale, comunque, potrebbe operare per le successive procedure di gara indette da .....

1.2. Nelle memorie depositate in vista dell'udienza pubblica le parti hanno allegato l'intervenuta adozione da parte dell'Agcm del provvedimento 18 settembre 2019 (notificato il 2 ottobre 2019) sanzionatorio dell'intesa anticoncorrenziale conclusa da ....., ..... e ..... nella gara di cui si discute.

Le appellanti evidenziano, altresì, che nel medesimo provvedimento è accertata la completa estraneità di ..... all'accordo restrittivo della concorrenza concluso dagli altri operatori, per ribadire che, anche in ragione di tale sopravvenienza, risulta ancor più fondata la contestazione della mancata esclusione del raggruppamento risultato aggiudicatario dalla procedura di gara.

..... s.p.a. riferisce, invece, che il provvedimento sanzionatorio adottato a suo carico è stato impugnato dinanzi al giudice amministrativo, al quale, in precedenza, era stato richiesto di disporre la condanna dell'Autorità all'ostensione di alcuni documenti ritenuti rilevanti ai fini della articolazione delle proprie difese già in sede procedimentale e che le erano stati negati; condanna, in effetti, pronunciata dal Tribunale amministrativo regionale per il Lazio con sentenza 17 ottobre 2019, n. 11975.

Nella discussione svolta in udienza le parti hanno confermato l'intervenuta impugnazione del provvedimento sanzionatorio dinanzi al giudice amministrativo e

che nessuna pronuncia cautelare, di sospensione degli effetti, era stata fino a quel momento adottata.

2. Il motivo di appello è fondato.

2.1. Preliminarmente occorre precisare che la condotta di ..... va valutata alla luce delle circostanze esistenti al momento in cui era adottato il provvedimento di aggiudicazione impugnato con il ricorso introduttivo del giudizio e, dunque, senza tener conto degli atti sopravvenuti dell'Autorità garante per la concorrenza e il mercato, quali la comunicazione di chiusura dell'attività istruttoria nonché, a maggior ragione, il provvedimento sanzionatorio dell'intesa anticoncorrenziale.

Come in più occasioni precisato dalla giurisprudenza amministrativa, a voler tener conto di fatti e circostanze che, intervenute nel corso di un giudizio avente ad oggetto l'impugnazione di atti di una procedura di gara, potrebbero comportare l'adozione di provvedimenti di esclusione nei confronti di taluni dei concorrenti, si finirebbe per pronunciare su poteri amministrativi non ancora esercitati in violazione del divieto posto dall'art. 34, comma 2, Cod. proc. amm., salva l'ipotesi in cui la stazione appaltante medio tempore a ciò provveda e i provvedimenti siano introdotti in giudizio attraverso motivi aggiunti (cfr. Cons Stato, sez. V, 15 maggio 2019, n. 3151; V, 4 febbraio 2019, n. 827).

Va escluso, pertanto, ogni profilo di pregiudizialità *ex art.* 79 Cod. proc. amm. e art. 295 Cod. proc. civ. tra l'odierno giudizio e il giudizio nel quale è impugnato il provvedimento sanzionatorio adottato dall'Agcm nei confronti degli operatori concorrenti.

2.2. L'eccezione di ..... s.p.a., di inammissibilità del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado per carenza di interesse, è essa stessa inammissibile.

..... s.p.a. prospetta come ragioni di carenza di interesse al ricorso introduttivo del giudizio altrettanti motivi di esclusione del r.t.i. .... dalla procedura di gara; tali sono, infatti, il provvedimento sanzionatorio adottato dall'Agcm per l'intesa

restrittiva della concorrenza nella procedura di gara ..... Sic 3 (avente ad oggetto *facility management*), come pure il provvedimento di risoluzione del contratto subito da ..... s.p.a. ad opera dell'Azienda regionale emergenza sanitaria 118 della Regione Sardegna.

..... s.p.a. avrebbe dovuto introdurre in giudizio siffatte cause di esclusione a mezzo ricorso incidentale *ex art. 42 Cod. proc. amm.*, trattandosi di vizi del provvedimento di ammissione del r.t.i. .... alla procedura di gara; non averlo ritualmente fatto le preclude ora di far valere quelle stesse ragioni in via di eccezione. Medesimo discorso vale anche per l'asserita impossibilità di provare il possesso del fatturato specifico non inferire a quello indicato dal bando per ciascun lotto quale requisito di capacità finanziaria ed economica per mancata approvazione e deposito presso il Registro delle imprese dei bilanci relativi agli esercizi 2014 e 2015.

2.3. Si espongono ora le ragioni che inducono a ritenere fondato il motivo di appello, con la necessaria precisazione che, al di là della prospettazione dal ricorrente, spetta al giudice, secondo orientamento costante della giurisprudenza amministrativa, l'esatta qualificazione della censura rivolta dalla parte al provvedimento impugnato (trattandosi di elemento della domanda proposta in giudizio cfr. Cons. Stato, sez. IV, 2 ottobre 2019, n. 6587; IV, 20 febbraio 2019, n. 1177; IV, 5 novembre 2018, n. 6251; IV, 24 maggio 2018, n. 3103; IV, 14 marzo 2018, n. 1616).

Questa la sequenza dei fatti rilevanti:

- la commissione giudicatrice segnalava l'esistenza di una possibile intesa restrittiva della concorrenza tra alcuni degli operatori in gara alla stazione appaltante con la nota del 27 settembre 2017;
- con atto di segnalazione del 24 gennaio 2018 ..... rimetteva all'Agcm di approfondire gli elementi indiziari, provenienti dalla commissione giudicatrice e dall'esposto di altra società, che portavano a ritenere taluni operatori concorrenti in accordo per proporre offerte ad incastro ed impedire, così, il libero dispiegarsi della

concorrenza nella procedura di gara al fine di giungere ad una vera e propria spartizione tra loro dei lotti;

- l'Autorità decideva di avviare un'indagine nei confronti degli operatori segnalati per aver rintracciato il *fumus* dell'esistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza in relazione alla gara de qua negli indizi esposti nell'atto di segnalazione, fissando termine per la conclusione del procedimento sanzionatorio al luglio 2019 e ne dava comunicazione alla stazione appaltante il 21 marzo 2018;

- con provvedimento dell'8 ottobre 2018 ..... disponeva la definitiva aggiudicazione a favore del r.t.i. ....

2.4. Dalla stessa sequenza dei fatti, per come riportata, emerge che il provvedimento di aggiudicazione al r.t.i. .... della procedura di gara è viziato da eccesso di potere per contrasto con il principio di ragionevolezza dell'azione amministrativa.

La decisione di ....., di aggiudicare la procedura di gara al r.t.i. .... quando era già possibile, per il dettaglio e la compiutezza degli elementi indiziari a disposizione, maturare giustificato convincimento dell'esistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza tra gli operatori concorrenti, è scelta non ragionevole.

Si può comprendere che la stazione appaltante, una volta segnalati all'Autorità gli elementi indiziari dell'intesa restrittiva, abbia reputato opportuno non procedere essa stessa all'esclusione degli operatori per assenza di "*mezzo di prova*" adeguato per l'art. 38, comma 1, lett. f) d.lgs. n. 163, come pure, e per le stesse ragioni, che si sia astenuta dal disporre l'esclusione dalla procedura per falsa dichiarazione, ma certo era ragionevole attendersi dalla stazione appaltante una diversa decisione in merito al prosieguo della procedura, di soprassedere all'aggiudicazione fino a che non fossero stati noti gli esiti del procedimento sanzionatorio avviato dall'Autorità sulla propria segnalazione, previa eventuale adozione di adeguati provvedimenti interinali, non di procedere con l'aggiudicazione, così da favorire essa stessa quel risultato

frutto dell'alterazione della concorrenza che, con i propri atti, e sin dal disciplinare di gara, intendeva scongiurare.

Ove si consideri che la procedura di evidenza pubblica è diretta alla scelta del contraente più affidabile per l'esecuzione di un determinato contratto d'appalto, è qui, dunque, irragionevole il risultato dell'azione amministrativa che ha finito con il premiare con l'aggiudicazione un concorrente che la stessa stazione appaltante, per il quadro fornito dagli elementi raccolti nella propria attività istruttoria, avrebbe già ritenuto gravemente indiziato di essere complice dell'accordo illecito.

Se, dunque, è vero che il *Vademecum* fornito alle stazioni appaltanti dall'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato, espressamente precisa che le segnalazioni non vanno “*intese come manifestazioni di una raggiunta consapevolezza, da parte della stazione appaltante, dell'esistenza di criticità concorrenziali, nell'ambito della propria procedura di gara*” (punto 9), cionondimeno è la stazione appaltante a doversi regolare a seconda delle circostanze del caso, con l'obiettivo, questo imprescindibile, di evitare che il supposto accordo illecito possa avere concreta attuazione incidendo sull'azione amministrativa; se del caso, tale determinazione sarà sottoposta al controllo giurisdizionale.

Nell'approccio qui accolto è del tutto irrilevante la circostanza, evidenziata da ..... s.p.a., e fatta propria dal giudice di primo grado per respingere il motivo di ricorso, che l'Agcm abbia ritenuto opportuno estendere anche a ..... la sua indagine sull'esistenza di un'intesa anticoncorrenziale rivolta ad alterare i risultati della gara, poiché è chiaro che quel che si intende censurare è la scelta della stazione appaltante di procedere all'aggiudicazione quando aveva a disposizione elementi tali da fare ragionevolmente sospettare – come in effetti essa stessa aveva fatto: quivi, pertanto, una evidente discrepanza tra le premesse e le conseguenze della sua condotta – l'intervenuta alterazione della concorrenza nell'ambito della procedura indetta.

Né ..... ha replicato con ragioni di sollecita chiusura della procedura di gara, tali da non consentire l'attesa delle determinazioni dell'Agcm, per la peculiarità del contratto d'appalto da affidare.

2.5. In conclusione, il motivo di appello va accolto e la sentenza di primo grado riformata con l'accoglimento del terzo motivo di ricorso e conseguente annullamento del provvedimento di aggiudicazione; la stazione appaltante, pertanto, dovrà nuovamente determinarsi a partire, per tutto quanto fino a questo momento detto, dalla valutazione dell'ammissione degli operatori economici, e questa volta, inevitabilmente, tenendo conto di tutte le sopravvenienze intervenute nel corso della durata del presente giudizio.

3. Il secondo e il terzo motivo di appello sono diretti ad ottenere l'esclusione immediata del r.t.i. .... dalla procedura di gara e, dunque, un'utilità maggiore di quella conseguita ora con l'accoglimento del primo motivo di appello; in ragione di ciò occorre procedere al loro esame.

4. Con il secondo motivo d'appello la sentenza di primo grado è censurata per "*Error in iudicando. Violazione dell'art. 37 del d.lgs. 163/2006. Violazione dell'art. 92 del d.P.R. 207/2010. Violazione dell'art. 17.2 lett. a) del bando. Violazione del principio di corrispondenza fra i requisiti posseduti e quota di esecuzione. Carenza di istruttoria. Travisamento dei fatti e dei presupposti. Violazione del principio di par condicio. Violazione del principio di buon andamento*".

Le appellanti lamentano la reiezione del primo motivo di ricorso di contestazione dell'ammissione del r.t.i. .... alla procedura di gara per violazione del principio di necessaria corrispondenza tra requisiti di qualificazione e quota di prestazioni da eseguire da parte della mandante ..... s.r.l. che, per il lotto 9, sarebbe stata in possesso di un fatturato specifico inferiore a quello richiesto dal bando di gara (€ 185.707,00 a fronte del richiesto € 218.400,00).

4.1. Il motivo è stato respinto sulla premessa che il predetto principio opera senza esclusioni solamente in relazione all'appalto di lavori, mentre, per l'appalto di servizi, solo in caso di specifica prescrizione in tal senso contenuta nel bando di gara, nel caso di specie non presente poiché anzi il bando – e la stessa stazione appaltante nei chiarimenti resi nel corso della procedura – precisava che il possesso dei requisiti di capacità economico – finanziaria dovesse essere posseduto dal raggruppamento nel suo complesso; situazione appunto verificatasi per il r.t.i. .... poiché il fatturato specifico richiesto dalla *lex specialis* per tutti i lotti era posseduto, in maniera sovrabbondante, dalla sola mandataria.

4.2. La contestazione delle appellanti si appunta sulla premessa del ragionamento; contrariamente a quanto affermato dal giudice di primo grado, sarebbe maggioritario l'orientamento giurisprudenziale per il quale il principio di necessaria corrispondenza tra requisiti di partecipazione e quota di prestazione da eseguire debba trovare applicazione anche in relazione all'appalto di servizi.

5. Il motivo è infondato.

È sufficiente rammentare che per costante giurisprudenza, dopo la pronuncia dell'Adunanza plenaria 28 aprile 2014, n. 27 negli appalti di servizi e forniture "*non vige ex lege il principio di necessaria corrispondenza tra la qualificazione di ciascuna impresa e la quota della prestazione di rispettiva pertinenza, essendo la relativa disciplina rimessa alle disposizioni della lex specialis della gara*" (solo per limitarsi alle più recenti, Cons. Stato, sez. V, 2 dicembre 2019, n. 8249; V 13 novembre 2019, n. 7805; III, 17 giugno 2019, n. 4025; III, 23 aprile 2019, n. 2599).

6. Con il terzo motivo di appello è contestato "*Error in iudicando. Violazione dell'art. 38, comma 1, lett. f) del d.lgs. 163/2006. Carenza di istruttoria. Omessa valutazione. Carenza assoluta di motivazione. Violazione del principio di buon andamento.*"

Il giudice di primo grado avrebbe erroneamente respinto il secondo motivo di ricorso diretto a contestare l'ammissione del r.t.i. .... pur in presenza di un

provvedimento di risoluzione contrattuale adottato dalla Regione Sardegna ai danni della mandante Nier Ingegneria s.p.a.; in particolare, oggetto di censura era la motivazione con la quale ....., ricevuta informazione del provvedimento di risoluzione e della relativa annotazione sul casellario informatico, ne aveva escluso la rilevanza ai fini della partecipazione alla procedura di gara.

6.1. Più esattamente, il giudice di primo grado, preliminarmente precisava che ..... s.p.a. aveva correttamente dichiarato all'atto della partecipazione alla gara la risoluzione contrattuale subita, come pure di aver proposto azione giudiziaria in sede civile contro la Regione Sardegna, e aveva fornito, a ciò espressamente richiesta dalla commissione giudicatrice, ogni elemento a dimostrazione della sua affidabilità professionale, con ciò potendosi escludere ogni profilo di falsità della dichiarazione; rammentava, poi, il carattere ampiamente discrezionale, per espressa indicazione del secondo periodo dell'art. 38, comma 1, lett. f) d.lgs. n. 163 del 2006, del giudizio della stazione appaltante sulla permanenza dell'elemento fiduciario nei confronti dell'operatore a fronte di un errore nell'esercizio dell'attività professionale e concludeva nel senso che la decisione presa dalla stazione appaltante, di mantenere in gara il raggruppamento, era presumibilmente dovuta al fatto che il contratto risolto avesse tutt'altro oggetto rispetto a quello dell'appalto de quo, come pure in ragione dell'avvenuta impugnazione della risoluzione che, pertanto, al momento in cui erano valutati i requisiti di partecipazione alla procedura era *sub judice*.

6.2. Per le appellanti, con la ricordata motivazione, il giudice avrebbe integrato in sede giurisdizionale il provvedimento impugnato, così sopperendo alla carenza motivazionale che, per aver ricostruito in via presuntiva il ragionamento della stazione appaltante, egli stesso aveva riscontrato.

Era, invece, indiscutibile che nella valutazione della stazione appaltante mancava la spiegazione della determinazione per la quale la risoluzione era giudicata non rilevante, tanto più che l'errore professionale commesso da ..... s.p.a., consistente

nelle gravi carenze ed errori nella redazione del Piano pluriennale regionale della Protezione civile e delle Linee guida, era suscettibile di mettere in discussione l'elemento fiduciario, mentre di nessun peso doveva considerarsi l'intervenuta impugnazione della risoluzione in sede giurisdizionale.

7. Il motivo è infondato.

Le appellanti contestato al giudice di primo grado di aver integrato la carente motivazione della decisione di ..... di mantenere in gara il r.t.i. .... sebbene destinataria di provvedimento di risoluzione adottato da altra stazione appaltante.

Senonchè, nel provvedimento di ..... del 9 novembre 2016 sono ampiamente esposte le ragioni di tale scelta.

Dopo aver precisato che in caso di provvedimento di risoluzione contrattuale adottato da altra amministrazione, è possibile procedere all'esclusione della gara dell'operatore concorrente, solo se l'inadempimento abbia assunto *“i caratteri della trascuratezza nell'esecuzione delle prestazioni contrattuali di rilevanza tale da qualificare come gravemente colposa la condotta dell'appaltatore”*, ..... riteneva, alla luce dei fatti riportati nei documenti esaminati, che: *“Il comportamento dell'impresa appare, dunque, almeno prima facie, improntato a logiche collaborative e quindi non integrante nel complesso, come già detto, i caratteri della trascuratezza nell'esecuzione delle prestazioni contrattuali di rilevanza tale da qualificare come gravemente colposa la condotta dell'appaltatore”* e concludeva, per questo, nel senso che *“la consistenza delle negligenze addebitate in capo alla ..... s.p.a. non sia tale da giustificare l'esclusione dell'impresa dalla gara in oggetto”*, anche *“in relazione alla complessità della pregressa vicenda contrattuale che risulta di difficile valutazione e peraltro ancora sub judice”*.

A prescindere dalle considerazioni esposte dal giudice di primo grado sulle ragioni a fondamento della decisione di ..... di non considerare rilevante la pregressa risoluzione contrattuale subita da ..... s.p.a., non v'è dubbio che la stazione appaltante abbia dato ampiamente conto del ragionamento effettuato e che, dunque,

per questo, la sua decisione si sottragga a qualsivoglia censura in punto di omessa o carente motivazione.

8. Vanno ora esaminati gli altri motivi di appello diretti ad ottenere l'esclusione immediata dalla procedura di gara dei raggruppamenti temporanei che precedono in graduatoria.

9. Con il secondo motivo d'appello la sentenza di primo grado è censurata per "*Error in iudicando. Violazione dell'art. 37 del d.lgs. 163/2006. Violazione dell'art. 92 del d.P.R. 207/2010. Violazione dell'art. 17.2 lett. a) del bando. Violazione del principio di corrispondenza fra i requisiti posseduti e quota di esecuzione. Carenza di istruttoria. Travisamento dei fatti e dei presupposti. Violazione del principio di par condicio. Violazione del principio di buon andamento*".

Nel motivo di ricorso è contestata l'ammissione del r.t.i. .... alla procedura di gara per violazione del principio di necessaria corrispondenza tra requisiti di qualificazione e percentuale di prestazioni da eseguire.

Più precisamente, nella prospettazione della ricorrente, in relazione al lotto *de quo* la mandataria ..... si sarebbe impegnata per una quota di prestazioni superiore al fatturato disponibile residuo, per tale intendendosi il fatturato non speso nella partecipazione agli altri lotti, considerato che il fatturato specifico in possesso dei concorrenti andava suddiviso proporzionalmente per tutti i lotti cui ciascuno decideva di partecipare.

9.1. Il motivo è infondato.

Dopo la pronuncia dell'Adunanza plenaria 28 aprile 2014, n. 27 negli appalti di servizi e forniture "*non vige ex lege il principio di necessaria corrispondenza tra la qualificazione di ciascuna impresa e la quota della prestazione di rispettiva pertinenza, essendo la relativa disciplina rimessa alle disposizioni della lex specialis della gara*" (solo per limitarsi alle più recenti, Cons. Stato, sez. V, 2 dicembre 2019, n. 8249; V 13 novembre 2019, n. 7805; III, 17 giugno 2019, n. 4025; III, 23 aprile 2019, n. 2599).

Nel caso di specie il bando – e la stessa stazione appaltante nei chiarimenti resi nel corso della procedura – precisava che i requisiti di capacità economico – finanziaria dovessero essere posseduti dal raggruppamento nel suo complesso.

10. Con altro motivo di ricorso è contestata l'aggiudicazione al r.t.i. .... per *“Violazione, sotto altro profilo, dell'art. 83 del d.lgs. n. 163/2006. Carenza di istruttoria, erronea valutazione, travisamento dei fatti e dei presupposti. Carenza di motivazione. Disparità di trattamento”*.

Lamenta l'appellante che l'offerta tecnica del raggruppamento aggiudicatario presentava numerose carenze essenziali che avrebbero dovuto condurre alla sua esclusione; sono, quindi, puntualmente indicati i punti del disciplinare – corrispondenti ad altrettanti criteri di valutazione dell'offerta – non soddisfatti dalla proposta proveniente dal r.t.i. ....

10.1. Il motivo è infondato.

Attraverso un esame analitico dell'offerta del r.t.i. .... la ricorrente individua quattro diversi punti – corrispondenti ad altrettanti criteri di valutazione indicati dal disciplinare – rispetto ai quali la stessa risulterebbe carente.

Senonchè la completezza dell'offerta costituiva criterio di valutazione rimesso alla commissione giudicatrice, cosicchè la censura ora proposta in null'altro si risolve se non in una critica alla valutazione operata dalla commissione, per quanto sia stata proposta sotto forma di carenza o incompletezza della proposta tecnica.

Valgono, allora, i noti limiti al sindacato del giudice amministrativo nei confronti delle valutazioni operate dalla commissione in sede di valutazione dell'offerta, per i quali è possibile solo un sindacato per irragionevolezza, illogicità, abnormità o travisamento dei fatti; censure, nel caso di specie, neppure prospettate.

11. Restano assorbiti i motivi proposti avverso il r.t.i. ...., terzo graduato per il lotto 1; la conferma in graduatoria del r.t.i. ...., esclude che ..... s.p.a. abbia

interesse a contestare l'ammissione del r.t.i. .... che immediatamente la precede in graduatoria come secondo graduato.

12. E' in atti la convenzione tra ..... s.p.a. e ..... s.p.a. firmata digitalmente l'11 marzo 2019; le appellanti hanno espressamente riproposto nelle proprie conclusioni *ex art. 101, comma 2, Cod. proc. amm.*, unitamente alla domanda di annullamento degli atti impugnati, anche domanda *“di subentro della deducente nell'aggiudicazione e nella convenzione da dichiararsi travolta e inefficace per quanto in favore dell'illegittima aggiudicataria”*.

In accoglimento della domanda proposta, *ex art. 122, Cod. proc. amm.*, considerata la possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce del vizio del provvedimento di aggiudicazione riscontrato – strettamente connesso ad una possibile alterazione degli esiti del procedimento per la condotta di taluni operatori economici che vi hanno preso parte –, la particolare rilevanza della commessa in affidamento, lo stato di esecuzione del contratto, è dichiarata inefficace la convenzione tra ..... s.p.a. e ..... s.p.a. a far data dalla sua stipulazione.

13. La peculiarità della vicenda giustifica la compensazione tra tutte le parti in causa delle spese del presente grado del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie, e, per l'effetto, in riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio n. 5679/19, accoglie il ricorso di primo grado nei sensi di cui in motivazione, con conseguente annullamento degli atti impugnati.

Dichiara inefficace la convenzione stipulata tra ..... s.p.a. e ..... s.p.a.

Compensa tra tutte le parti in causa le spese del doppio grado del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 novembre 2019

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

**IL SEGRETARIO**