

Consiglio di stato, sezione quinta, sentenza n. 4208 del 1 giugno 2021

Avvalimento sovrabbondante – Inammissibilità – No successivo soddisfacimento in proprio il requisito – Osta il principio di auto-responsabilità e par condicio

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 numero di registro generale 1603 del 2021, proposto da s.r.l., in proprio e quale mandataria del costituendo r.t.i., s.r.l. e s.r.l., in proprio e quali mandanti del costituendo r.t.i., in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avvocati, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio in Roma,

contro

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

nei confronti

.....s.r.l., s.p.a. in proprio e quale mandataria del costituendo r.t.i., s.r.l.,s.r.l., non costituite in giudizio;

per la riforma della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Sezione Seconda) n. 01842/2021, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza del giorno 6 maggio 2021 il Cons. Giuseppina Luciana Barreca e uditi per le parti l'avvocato dello Stato, in collegamento da remoto;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza indicata in epigrafe il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio ha respinto il ricorso proposto da s.r.l. in r.t.i. con s.r.l. e s.r.l., nelle diverse qualità ivi indicate, contro s.p.a. e nei confronti di s.r.l. e s.p.a., per l'annullamento del provvedimento di esclusione del costituendo r.t.i. dal lotto 3 della procedura aperta, suddivisa in quattro lotti, per la conclusione di accordi quadro aventi ad oggetto l'erogazione "chiavi in mano" dei servizi di progettazione, gestione del vertice dei capi di stato e di governo, degli eventi ministeriali, di altri eventi tecnico/politici connessi all'anno di presidenza italiana del G20 nonché della gestione delle attività di registrazione, accreditamento e controllo accessi a detti eventi, di cui al bando pubblicato il 25 giugno 2020.

1.1. Il r.t.i. ricorrente aveva presentato offerta per il lotto 2, avente ad oggetto l'erogazione dei servizi di progettazione, organizzazione, allestimento e gestione «chiavi in mano» degli eventi ministeriali e altri eventi a livello politico connessi all'anno di presidenza italiana del G20 –CIG 8351392AB0, per un valore complessivo pari ad € 14.400.000,00, e per il lotto 3, avente ad oggetto l'erogazione dei servizi di progettazione, organizzazione, allestimento e gestione «chiavi in mano» degli eventi a livello tecnico connessi all'anno di presidenza italiana del G20 - CIG: 8351397ECF, per un valore complessivo pari ad € 4.200.000,00.

La *lex specialis* chiedeva per il lotto 2, quale requisito di capacità tecnica e professionale, di avere regolarmente eseguito, in termini di progettazione,

organizzazione, allestimento e gestione del servizio «chiavi in mano», almeno un evento nazionale/internazionale avente come committente una pubblica amministrazione o un privato di importo non inferiore a € 100.000,00.

La medesima *lex specialis* per il lotto 3 chiedeva, quale requisito di capacità tecnico professionale, di avere regolarmente eseguito, in termini di progettazione, organizzazione, allestimento e gestione del servizio «chiavi in mano», almeno un evento nazionale/internazionale avente come committente una pubblica amministrazione o un privato di importo non inferiore a € 50.000,00.

Il capitolato d'oneri specificava che, in caso di partecipazione a più lotti, era richiesto in capo al concorrente il possesso del requisito di capacità tecnica e professionale previsto per la partecipazione al lotto di importo superiore e che, in caso di partecipazione nella forma del r.t.i., il citato requisito tecnico professionale doveva essere posseduto dalla mandataria/capogruppo.

La società, mandataria del r.t.i. ricorrente, pur essendo autonomamente in possesso del requisito esperienziale previsto per il lotto 3, era stata costretta a ricorrere all'istituto dell'avvalimento per dimostrare il possesso del requisito previsto per il lotto 2 di cui era, invece, carente e si era avvalsa del requisito esperienziale della società, mandante dello stesso r.t.i., allegando alla propria domanda di partecipazione la dichiarazione e il contratto di avvalimento.

Con il provvedimento prot. 54490/2020 del 17.12.2020 la aveva escluso il raggruppamento dal lotto 3 sulla base del presupposto che il contratto di avvalimento presentato in corso di gara fosse nullo per indeterminatezza ed indeterminabilità del suo oggetto.

1.2. Il r.t.i. aveva dedotto l'illegittimità dell'esclusione, sostenendo, in via principale, la validità del contratto di avvalimento; in subordine, aveva contestato l'operato della commissione di gara che, dopo aver comminato l'esclusione dal lotto 2, prima di procedere all'esclusione anche dal lotto 3 per le stesse motivazioni, avrebbe dovuto

verificare se il r.t.i. possedesse i requisiti necessari per partecipare a tale ultimo lotto, a prescindere dal contratto di avvalimento.

1.3. Il Tribunale amministrativo regionale - dato atto delle argomentazioni difensive di – ha ritenuto infondati i motivi concernenti il contratto di avvalimento ed ha ritenuto quest'ultimo “*contrario al disposto dell'art. 89, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016*”, per ragioni non più rilevanti, attesa la mancata impugnazione dei corrispondenti capi di sentenza.

Ha quindi respinto il motivo subordinato, ritenendo che nel caso di specie non ricorressero “*i presupposti per qualificare il contratto di avvalimento, utilizzato dalla GoupM in relazione al requisito esperienziale previsto per il Lotto 2, come sovrabbondante e, cioè, non necessario, ai fini della propria ammissione alla procedura con riguardo al Lotto 3, con conseguente obbligo dell'amministrazione di procedere ad una nuova verifica anche attraverso il ricorso al soccorso istruttorio*”. In particolare, oltre alla considerazione della portata delle previsioni della *lex specialis*, il primo giudice ha dato atto delle univoche dichiarazioni di parte ricorrente di avere stipulato il contratto di avvalimento con la società e di volerlo utilizzare per entrambi i lotti ed ha evidenziato che “*dalla Relazione allegata all'offerta tecnica non emergano alcuni degli elementi fondamentali affinché la Stazione appaltante potesse effettuare la predetta valutazione di sovrabbondanza*” (mancando l'indicazione dell'importo economico del contratto per la *Convention* nazionale istituzionale della società Vorwerk, rilevante per integrare il requisito esperienziale se non inferiore a euro 50.000,00).

1.4. Rigettata perciò la richiesta istruttoria avanzata dalla ricorrente (per l'esibizione delle richieste di documenti a comprova inviate da a tutti i soggetti partecipanti al lotto 3), il Tribunale amministrativo regionale ha, come detto, respinto il ricorso e condannato la parte ricorrente al pagamento delle spese processuali in favore dell'amministrazione resistente.

2. Avverso la sentenza s.r.l., in proprio e quale mandataria del costituendo r.t.i. con s.r.l. e s.r.l., nonché queste ultime, in proprio e in qualità di mandanti, hanno avanzato appello con un solo motivo, riguardante il rigetto della domanda subordinata, prestando invece acquiescenza alla decisione di rigetto dei primi due motivi del ricorso introduttivo.

2.1. s.p.a. si è costituita in giudizio per resistere al gravame.

2.2. In vista della camera di consiglio del 25 marzo 2021 le parti hanno depositato documenti e memorie.

Con ordinanza cautelare del 26 marzo 2021, n. 1543 è stata respinta l'istanza delle appellanti di sospensione dell'esecutività della sentenza appellata.

2.3. All'udienza del 6 maggio 2021, fissata con tale ultima ordinanza, la causa è stata discussa e assegnata a sentenza, previo deposito di memoria conclusiva delle appellanti.

2.4. Su richiesta di, il dispositivo della sentenza è stato pubblicato in data 7 maggio 2021.

3. Con l'unico motivo (*Erroneità del capo 9 della sentenza nella parte in cui non ha rilevato la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 4 d.lgs. 50/2016 e degli artt. 7.2 e 13 del capitolato d'oneri e il corrispondente obbligo di di verificare se la mandataria fosse comunque in possesso del requisito esperienziale previsto per il Lotto 3*), le appellanti criticano entrambe le ragioni per le quali il Tribunale amministrativo regionale ha respinto il terzo motivo del ricorso introduttivo.

3.1. In merito all'argomento secondo cui sarebbe stato il r.t.i. a dichiarare espressamente di voler utilizzare il contratto di avvalimento utilizzato nel lotto 2 anche per dimostrare il possesso del requisito per il lotto 3 e quindi non potrebbe dolersi della decisione della stazione appaltante, perché, se avesse voluto, avrebbe potuto indicare l'esistenza del requisito alternativo in capo alla mandataria, le appellanti osservano che:

- malgrado il capitolato d'oneri richiedesse di comprovare requisiti esperienziali differenziati per ciascuno dei due lotti, lo stesso capitolato all'art. 7.2 prevedeva che, in caso di partecipazione a più lotti, il concorrente dovesse attestare esclusivamente il possesso del requisito di capacità tecnica e professionale previsto per la partecipazione al lotto di importo superiore e che, in caso di partecipazione in r.t.i., il requisito tecnico professionale dovesse essere posseduto dalla mandataria/capogruppo;
- in ragione di tale previsione, avendo il r.t.i. presentato l'offerta per entrambi i lotti, la mandataria avrebbe avuto l'obbligo di presentare il medesimo contratto di avvalimento previsto per il lotto 2, pur essendo in possesso autonomamente del requisito esperienziale previsto per il lotto 3;
- a differenza di quanto affermato nella sentenza, il r.t.i. non avrebbe avuto la possibilità di indicare un requisito diverso da quello utilizzato per il lotto 2 e se lo avesse fatto sarebbe incorso in una causa di esclusione dalla gara per aver violato l'art. 7.2 del capitolato;
- per attenersi a quest'ultimo, il r.t.i. ha indicato il requisito esperienziale per il lotto 2, ma ha anche indicato nella propria offerta tecnica tutte le esperienze maturate in passato che avrebbero consentito a ciascuna società del raggruppamento di soddisfare il requisito per il lotto 3 (tra le quali quella maturata per la *Convention* nazionale istituzionale della società Vorwerk, di cui ha depositato il contratto);
- tale scelta è stata effettuata dal r.t.i. in osservanza dell'ulteriore previsione del capitolato d'oneri per la quale, nel caso in cui un concorrente avesse presentato offerta per più lotti, qualora non fosse stato in possesso dei requisiti richiesti per uno di essi, sarebbe stato ammesso a partecipare al lotto per il quale avesse dimostrato di possedere i requisiti.

3.2. In merito all'argomento della sentenza secondo cui correttamente non avrebbe considerato il requisito di indicato nella relazione tecnica perché mancante dell'indicazione del valore economico, le appellanti osservano che:

- a nulla rileverebbe che il raggruppamento avesse ommesso di indicare il valore del contratto, posto che, in base alla *lex specialis*, sarebbe stato obbligo ed onere di consentire al concorrente di integrare tale omissione;

- in tale senso sarebbe chiaro l'art. 13 (*Soccorso istruttorio*) del capitolato d'oneri, il cui testo consentiva di sanare irregolarità anche essenziali;

- è comunque fuori di dubbio che avesse il requisito (avendo dimostrato, depositando il relativo contratto, che il valore del contratto in contestazione era pari a 650.000 euro, circostanza non contestata) ed avesse compiutamente descritto l'esperienza all'interno dell'offerta tecnica, pur senza indicare l'importo;

- essendo requisito preesistente alla gara e non elemento successivo di modifica dell'offerta, – in ossequio al principio del soccorso istruttorio, come regolato dalla legge di gara – avrebbe dovuto consentire al r.t.i. di integrare l'indicazione, perché si sarebbe trattato di una “*incompleta ... presentazione delle dichiarazioni sul possesso dei requisiti di partecipazione*”, sanabile ai sensi del citato art. 13.

3.3. Le appellanti sostengono che la correttezza del proprio ragionamento sarebbe attestata dal comportamento tenuto dalla stazione appaltante nella valutazione delle offerte degli altri concorrenti; e segnatamente dal fatto che ai concorrenti che hanno presentato offerta per i lotti 2 e 3 e poi non sono entrati in graduatoria per il lotto 2 (ad esempio SEC s.p.a. o il r.t.i. Carlson Wagonlit Italia s.r.l.- AIM Italy s.r.l.) avrebbe consentito di provare il possesso del requisito inferiore previsto per il lotto 3.

Per tale ragione le appellanti hanno insistito, col ricorso in appello, nella richiesta istruttoria di esibizione già avanzata in primo grado e respinta dal T.a.r., sostenendo che sarebbe stata utile a dimostrare come “*il provvedimento di esclusione dal Lotto 3 sia*

una illegittima misura utilizzata solamente nei confronti del raggruppamento ricorrente”, oltre ad essere contrario ai principi del *favor participationis* e del buon andamento dell’azione amministrativa (considerato che il r.t.i. appellante sarebbe stato il soggetto maggiormente qualificato, essendo risultato primo aggiudicatario per il lotto 3). La richiesta istruttoria è stata superata dall’accesso consentito da in corso di causa, secondo quanto appresso si dirà.

4. Le diverse censure, in diritto e in fatto, nelle quali si articola l’unico motivo di appello non sono fondate.

4.1. L’art. 7.2 (*Requisiti di capacità tecnica e professionale*) del capitolato d’oneri, nel paragrafo relativo ai “*requisiti in caso di partecipazione a più lotti*”, prevede quanto segue: <<*Con riferimento alle condizioni minime di partecipazione di cui al presente punto 7.2, il concorrente che intenda partecipare a più lotti dovrà possedere i requisiti di partecipazione secondo il seguente prospetto:*

i. in caso di partecipazione a più lotti tra i lotti 1, 2 e 3: il concorrente dovrà essere in possesso del requisito di capacità tecnica e professionale richiesto per la partecipazione al lotto di importo superiore (ad esempio: in caso di partecipazione ai lotti 1, 2 e 3 o ai Lotti 1 e 2 il concorrente deve essere in possesso del requisito nella misura di cui al punto 7.2 lett. a); in caso di partecipazione ai lotti 2 e 3, il concorrente deve essere in possesso del requisito nella misura di cui al punto 7.2 lett. b)), ciò tenendo conto della forma con la quale il soggetto partecipa (impresa singola, impresa mandataria, impresa mandante, ecc.);

ii. (omissis)

Nel caso in cui il concorrente che abbia richiesto di partecipare a più lotti non risulti in possesso dei requisiti richiesti per la partecipazione secondo le regole sopra indicate, tenendo conto della forma con la quale il concorrente stesso partecipa alla procedura di gara (impresa singola, RTI o consorzio), verrà ammesso a partecipare unicamente al/i lotto/i per il/i quale/i possiede i requisiti.>>.

La lettera e la *ratio* delle disposizioni appena riportate non sono quelle sostenute dalle appellanti.

Il capitolato d'oneri non sancisce l'*obbligo* per il concorrente di attestare *esclusivamente* il possesso del requisito di capacità tecnica e professionale previsto per la partecipazione al lotto di importo superiore, bensì la sufficienza del possesso del requisito richiesto per il lotto di importo superiore per l'ammissione a partecipare anche per il lotto di importo inferiore. Si tratta di una previsione chiarificatrice della circostanza che i requisiti indicati separatamente per ciascuno lotto nel precedente punto 7.1 non dovessero cumularsi, in caso di partecipazione a più lotti, ma che *l'evento nazionale/internazionale* utilizzato per partecipare al lotto di importo superiore sarebbe stato utile per partecipare anche al lotto di importo inferiore, senza tuttavia affatto impedire al concorrente di indicare *diversi eventi* per l'uno e per l'altro dei lotti oggetto della domanda di partecipazione.

Coerente con questa interpretazione della prima delle su riportate clausole del capitolato d'oneri è poi la clausola immediatamente successiva, secondo la quale, malgrado l'indicazione unitaria dei requisiti, questi, nel caso in cui non fossero stati utili o sufficienti per partecipare ad un lotto, avrebbero comunque potuto consentire allo stesso concorrente di essere "*ammesso a partecipare unicamente al/i lotto/i per il/i quale/i possiede i requisiti*".

In sintesi, si tratta di previsioni volte ad agevolare il concorrente nell'indicazione dei requisiti nel DGUE, non certo - come sostiene l'appellante - ad imporre, addirittura a pena di esclusione, l'obbligo di indicare soltanto il requisito con importo più elevato; né la richiamata disposizione né le altre del capitolato d'oneri impedivano al concorrente di indicare requisiti differenti per ciascuno dei lotti ai quali intendeva partecipare e di precisare, in tale eventualità, quali fossero i requisiti riferiti a ciascun lotto.

Parimenti, la previsione contenuta nella clausola immediatamente successiva non è, come sostengono le appellanti, una *deroga* ad un obbligo sancito dalla clausola precedente, che avrebbe imposto a, una volta constatata la mancanza dei requisiti del lotto 2, di verificare se il r.t.i. avesse i requisiti del lotto 3. Essa, piuttosto, è da intendersi sempre riferita ai requisiti dichiarati nella documentazione amministrativa e chiarisce che, pure in caso di dichiarazione dei requisiti unica e riguardante unitariamente più lotti, la stazione appaltante avrebbe dovuto tenere distinti i requisiti dichiarati per valutare l'ammissibilità della partecipazione in riferimento a ciascuno dei lotti oggetto della domanda.

Ne consegue che è conforme alle disposizioni del capitolato d'oneri la condotta di laddove - avendo ritenuto la nullità del contratto di avvalimento utilizzato per conseguire il possesso dei requisiti sia per il lotto 2 che per il lotto 3 - ha escluso il r.t.i. da entrambi in lotti, considerato che né nel DGUE della mandataria, né nel DGUE dell'ausiliaria e mandante, né nella dichiarazione di avvalimento prodotta da quest'ultima, né nel contratto di avvalimento era chiarito che l'avvalimento fosse riferito solo al lotto 2.

Anzi, il contratto di avvalimento è stato dichiarato e speso in gara per entrambi i lotti, in coerenza con la premessa contenuta nello stesso contratto secondo cui la *“è carente del requisito richiesto per la partecipazione al Lotto 2 ed al Lotto 3”*.

4.1.1. La decisione della stazione appaltante è d'altronde in linea con la giurisprudenza in tema di avvalimento c.d. sovrabbondante.

Quest'ultimo è stato infatti ammesso, eccezionalmente e da una parte della giurisprudenza, nella sola ipotesi in cui dalla dichiarazione resa in sede di presentazione della domanda di partecipazione risulti che l'impresa abbia in proprio i requisiti di partecipazione, ma abbia scelto e dichiarato di fare ricorso all'istituto dell'avvalimento (cfr. Cons. Stato, V, 12 settembre 2017, n. 4301); già questa giurisprudenza impedirebbe di accogliere la pretesa delle appellanti, per la mancanza

di una chiara indicazione del possesso dei requisiti in proprio (come ritenuto nella sentenza gravata, che infatti richiama la stessa giurisprudenza).

Il detto orientamento giurisprudenziale è stato successivamente superato da altro, ancora più rigoroso, per il quale *“qualora l’operatore economico abbia inequivocabilmente dichiarato, con dichiarazione resa unitamente alla domanda di partecipazione alla gara, di soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di partecipazione, in tutto o in parte, avvalendosi delle capacità di altri soggetti (producendo altresì tutta la documentazione all’uopo richiesta dall’art. 89 del dlgs. n. 50 del 2016), non possa poi, in corso di procedura e men che meno all’esito di questa, mutare la propria originaria dichiarazione, manifestando l’intenzione di soddisfare in proprio la richiesta relativa al possesso dei requisiti, anche quando risulti dai servizi già dichiarati che il concorrente avrebbe potuto fare a meno dell’avalimento”*, ostandovi i principi di auto-responsabilità del dichiarante e di *par condicio* dei concorrenti (Cons. Stato, V, 15 gennaio 2020, n. 386), nonché i principi in base ai quali non è l’*astratto possesso* del requisito ad assumere rilievo in sé, bensì la *concreta spendita* di questo da parte del concorrente, non passibile di modifiche successivamente alla presentazione delle domande (cfr., da ultimo, Cons. Stato, V, 13 agosto 2020, n. 5030).

4.2. In disparte l’inammissibilità, in radice, dell’avalimento c.d. sovrabbondante, vanno comunque disattese le censure mosse dalle appellanti all’argomentazione sulla base della quale il primo giudice ha escluso che l’offerta tecnica presentata dal r.t.i. potesse essere intesa da come contenente l’indicazione del possesso dei requisiti in proprio da parte della mandataria, specificamente in riferimento al lotto 3.

Fermo restando quanto già ritenuto nella sentenza di primo grado in merito alla mancata indicazione del valore del contratto (e dovendosi sottolineare che trattasi di lacuna colmata da solo mediante la produzione del contratto tra quest’ultima e Vorwerk Italia, allegato al ricorso di primo grado), va ribadito che il possesso dei requisiti va dichiarato nella documentazione amministrativa; nel caso

di specie si tratta della documentazione specificata all'art. 14 del capitolato d'oneri, in particolare del DGUE e, per l'avvalimento, della dichiarazione e del contratto da produrre ai sensi dell'art. 89, comma 1, del *codice dei contratti pubblici*.

La relazione illustrativa dell'offerta tecnica ha tutt'altra finalità e non è idonea a supplire alla mancanza della dichiarazione del possesso dei requisiti in proprio nella documentazione amministrativa.

4.2.1. Né si sarebbe potuto pretendere dalla stazione appaltante il ricorso al soccorso istruttorio per colmare, non tanto e non solo la lacuna documentale concernente il contratto stipulato con Vorwerk Italia, bensì l'omessa dichiarazione del possesso di requisiti in proprio nel DGUE della mandataria

Sebbene, infatti, sia da condividere la deduzione delle appellanti circa l'applicabilità, nel caso di specie, non dell'art. 8 del capitolato d'oneri (riguardante *l'avvalimento* e, negli ultimi due comma, il soccorso istruttorio in materia di dichiarazione di avvalimento e di contratto di avvalimento), bensì dell'art. 13 (*soccorso istruttorio*), si ritiene che il caso oggetto del presente contenzioso esuli, in concreto, dall'ambito di applicazione anche di tale ultima previsione del capitolato.

Nella parte qui di interesse essa è formulata come segue:

<<Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda, e in particolare, la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del DGUE, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui all'art. 83, comma 9 del Codice.

L'irregolarità essenziale è sanabile laddove non si accompagni ad una carenza sostanziale del requisito alla cui dimostrazione la documentazione omessa o irregolarmente prodotta era finalizzata. La successiva correzione o integrazione documentale è ammessa laddove consenta di attestare l'esistenza di circostanze preesistenti, vale a dire requisiti previsti per la partecipazione e documenti/elementi a corredo dell'offerta. Nello specifico valgono le seguenti regole:

- il mancato possesso dei prescritti requisiti di partecipazione non è sanabile mediante soccorso istruttorio e determina l'esclusione dalla procedura di gara;
- l'omessa o incompleta nonché irregolare presentazione delle dichiarazioni sul possesso dei requisiti di partecipazione e ogni altra mancanza, incompletezza o irregolarità del DGUE e della domanda, ivi compreso il difetto di sottoscrizione, sono sanabili, ad eccezione delle false dichiarazioni;
[...]>>.

Orbene, malgrado la previsione dell'art. 13 consentisse di attivare il soccorso istruttorio anche in caso di irregolarità "essenziale" ed in particolare in caso di omessa o irregolare presentazione delle dichiarazioni sul possesso dei requisiti di partecipazione, il caso in esame non vi è compreso perché il r.t.i. ha reso regolare e completa dichiarazione sul possesso dei requisiti di partecipazione, riferita sia al lotto 2 che, come detto, al lotto 3. Pertanto, rispetto a quest'ultimo, non si tratterebbe di sanare una dichiarazione mancante, irregolare o incompleta, bensì di sostituire al requisito dichiarato, facente capo all'impresa ausiliaria, un diverso requisito, facente capo direttamente all'impresa mandataria, ed, in definitiva, di sostituire quest'ultima all'impresa ausiliaria.

Così ragionando, però, si finirebbe per ammettere la fattispecie di avvalimento c.d. sovrabbondante, in violazione dei principi sopra richiamati.

4.3. L'interpretazione del capitolato d'oneri fin qui sostenuta ed il corollario della correttezza della condotta tenuta dalla stazione appaltante nell'escludere il r.t.i. dal lotto 3, per mancanza dei requisiti a causa della nullità del contratto di avvalimento, non sono smentiti dalla condotta tenuta da nei confronti dei concorrenti che, non entrati in graduatoria per il lotto 2, sono poi risultati aggiudicatari per il lotto 3.

Va infatti considerato che le richieste di comprova dei requisiti di partecipazione - delle quali le appellanti avevano chiesto disporsi l'esibizione in giudizio ed alle quali hanno avuto accesso nelle more del grado di appello (come da produzione dei

documenti 11, 12 e 13) – sono state inviate ai detti aggiudicatari (in particolare a SEC s.p.a. e al r.t.i. Carlson Wagonlit Italia s.r.l. – AIM Italy s.r.l., indicati negli atti delle appellanti) perché fornissero, ai sensi dell’art. 32, comma 7 e 85, comma 5, del d.lgs. n. 32 del 2016, comprova del requisito già dichiarato nel DGUE (secondo quanto si legge appunto nei citati documenti 11, 12 e 13, tutti recanti l’inciso: “*la documentazione di seguito indicata a comprova del possesso del requisito di cui al punto 7.2 lettera c del Capitolato d’Oneri, come dichiarato nel DGUE*”).

La posizione del r.t.i. appellante si distingue perché, come ripetutamente detto, il requisito di capacità tecnica e professionale dichiarato nella documentazione amministrativa è risultato mancante, per la nullità del relativo contratto di avvalimento, e non avrebbe potuto essere accolta la pretesa del r.t.i. di *sostituire* il requisito *dichiarato* con il requisito *posseduto in proprio* dalla mandataria. Va pertanto esclusa la lamentata disparità di trattamento.

5. In conclusione, l’appello va respinto.

5.1. Sussistono giusti motivi di compensazione delle spese del grado di appello, considerato che il gravame è stato limitato ad uno solo dei capi di rigetto della sentenza di primo grado e che l’unico motivo di appello ha comportato la soluzione di questioni interpretative della legge di gara particolarmente controverse.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 6 maggio 2021, tenuta ai sensi dell’art. 25 del d.l. n. 137 del 2020, convertito dalla legge n. 176 del 2020, con l’intervento dei magistrati

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

IL SEGRETARIO