

Consiglio di stato, sezione quinta, n. 1074 del 12 febbraio 2020

Avvalimento – Natura onerosa del contratto – Interesse di natura patrimoniale – Prova della effettiva concessione delle risorse

REPUBBLICA ITALIANA

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 7406 del 2019, proposto das.p.a. in proprio e in qualità di mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese con Informa s.r.l. e s.p.a. in persona dei rispettivi legali rappresentanti, rappresentate e difese 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.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia; s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa

dagli avvocati, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. in Roma, via

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Sezione Seconda) n. 7926/2019, 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.r.l. e di s.p.a.;

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 4 cui prendevano parte il r.t.i. – raggruppamento temporaneo di imprese con mandataria s.p.a. e mandanti Formazione s.r.l., s.c.a.r.l., s.r.l., Ingegneria s.p.a. e s.r.l., il r.t.i. con mandataria s.p.a., cui subentravas.p.a. a seguito di cessione in affitto dell'intero complesso aziendale, il r.t.i. con s.r.l. mandataria eed s.r.l. e s.r.l. come mandanti, nonché il r.t.i. con s.p.a. come mandataria e consulting s.r.l. quale mandante; 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 Lazios.p.a. e s.p.a. impugnavano il provvedimento di aggiudicazione definitiva del lotto 4 al r.t.i.

Il ricorso era articolato in plurimi motivi: tre rivolti nei confronti del r.t.i., quattro nei confronti del secondo classificato r.t.i. e quattro nei confronti del terzo classificato r.t.i.

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, 18 giugno 2019, n. 7926, che, in parte respingeva e in parte dichiarava improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse il ricorso principale e dichiarava improcedibile il ricorso incidentale di

La parte ricorrente era condannata al pagamento delle spese del giudizio.

3. Propongono appellos.p.a. e s.p.a.; si sono costituiti in giudizio s.p.a., s.p.a. e s.r.l., che ha proposto appello incidentale.

Con ordinanza 25 ottobre 2019, n. 5362 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. Carenza assoluta di istruttoria. Illogicità e irragionevolezza dell'attività amministrativa. Violazione del principio del buon andamento e di par condicio*".

Le appellanti, precisato che l'....., 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’..... (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, riprodotta 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. Nel proprio appello incidentale s.r.l. ha riproposto ex art. 101, comma 2, Cod. proc. amm., l’eccezione di inammissibilità del secondo motivo del ricorso introduttivo del giudizio dis.p.a. e s.p.a. per carenza di interesse.

La ragione risiederebbe nell'essere state anche le appellanti coinvolte nel medesimo procedimento istruttorio avviato a suo carico dall'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato, nonché nella condanna pronunciata dalla medesima Autorità nei confronti di 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*.

È stato, poi, meglio specificato nella memoria di replica che i fatti allegati dimostrerebbero la carenza di interesse dis.p.a. a coltivare il giudizio poiché essa non potrebbe, proprio in quanto attinta dal predetto provvedimento sanzionatorio, in ogni caso ottenere l'aggiudicazione della convenzione.

Nel merito, è ribadito 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 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

Le argomentazioni riportate – e, segnatamente, la necessità di un provvedimento sanzionatorio emesso dall'..... per poter pronunciare l'esclusione di un operatore

concorrente in quanto parte di una intesa anticoncorrenziale – sono condivise da nei propri scritti difensivi.

1.2. Nelle memorie depositate in vista dell'udienza pubblica le parti hanno allegato l'intervenuta adozione da parte dell'..... 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.r.l. riferisce, invece, che il provvedimento sanzionatorio adottato a suo carico è stato impugnato dinanzi al giudice amministrativo, e, per questo, al momento in cui la causa era assunta in decisione, doveva ritenersi privo del carattere di definitività.

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 dell'adozione del 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., fatta 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'..... nei confronti degli operatori concorrenti.

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

Si prospetta come ragione di carenza di interesse un motivo di esclusione del r.t.i. dalla procedura di gara; tale è, infatti, il provvedimento sanzionatorio

adottato dall'..... per l'intesa restrittiva della concorrenza nella procedura di gara Sic 3 (avente ad oggetto *facility management*).

..... s.r.l. avrebbe dovuto introdurre in giudizio siffatta causa 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 quella stessa ragioni in via di eccezione.

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'..... 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 della controinteressata.

2.4. Dalla stessa sequenza dei fatti, per come riportata, emerge che il provvedimento di aggiudicazione 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 quando era già possibile, per il dettaglio e la completezza 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.r.l., che l'..... 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'....., 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 secondo 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. 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 poiché rivolti a conseguire un'utilità maggiore di quella derivante dall'accoglimento del primo motivo di appello.

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. Carezza 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 percentuale di prestazioni da eseguire.

Più precisamente, nella prospettazione della ricorrente, in relazione al lotto *de quo* le mandantied e si sarebbero impegnate 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.

4.1. Il motivo è stato respinto sulla premessa che il predetto principio opera senza esclusioni 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 ma.....a 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 e falsa applicazione dell'art. 275 del d.P.R. 207/2010. Violazione dell'art. 37 del d.lgs. 163/2006. Violazione dell'art. 38, comma 2 bis del d.lgs. 163/2006. Violazione dell'art. 4.1. del disciplinare di gara. Violazione dell'allegato 1 al disciplinare di gara. Carezza assoluta di istruttoria. Illogicità e irragionevolezza dell'attività amministrativa. Violazione del principio di buon andamento e par condicio*".

Il giudice di primo grado avrebbe erroneamente respinto il terzo motivo di ricorso diretto a contestare l'ammissione alla procedura di gara del r.t.i. per violazione dell'art. 275 d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, nonché del par. 4.1. del disciplinare di gara, per i quali, in caso di partecipazione nella forma di

raggruppamento temporaneo di imprese, l'impresa mandataria deve eseguire le prestazioni in misura percentuale superiore rispetto alle mandanti; il r.t.i., infatti, aveva dichiarato, in sede di offerta, che la mandataria s.r.l. e la mandanteed s.r.l. avrebbero eseguito la medesima percentuale di prestazione.

6.1. In effetti, il giudice di primo grado ha respinto il motivo di ricorso per aver ritenuto consentito, nel caso di specie, il soccorso istruttorio trattandosi di mera irregolarità formale, superata quando, richiesti chiarimenti da parte della commissione giudicatrice, il r.t.i. aveva chiarito che la mandataria avrebbe eseguito prestazioni per il 40,1%.

6.2. Le appellanti ritengono errato il ragionamento del giudice di primo grado: non si trattava di irregolarità formale sanabile mediante soccorso istruttorio, avendo i successivi chiarimenti del raggruppamento comportato una vera e propria modifica sostanziale dell'offerta.

7. Il motivo è fondato; la sentenza di primo grado va riformata con l'accoglimento del terzo motivo del ricorso introduttivo del giudizio.

7.1. Dall'esame dei documenti in atti emergono le seguenti circostanze di fatto:

a) in sede di offerta il r.t.i. dichiarava la seguente ripartizione delle prestazioni: s.r.l. (mandante) 40%,ed s.r.l. (mandante) 40% e (mandataria) 20%;

b) nel verbale del 24 maggio 2016 la commissione giudicatrice rilevava il contrasto con il par. 4.1. del disciplinare – e con il chiarimento n. 20 – ove era specificato che la mandataria avrebbe dovuto svolgere una percentuale di prestazione maggiore delle mandanti, e decideva di domandare al concorrente *“di confermare la correttezza o meno delle quote di esecuzione sopra indicate”*, impegnandosi, in caso di modifica delle quote, a non disporre l'esclusione ma ad imporre il pagamento della sanzione prevista dall'art. 38, comma 2 bis, d.lgs. n. 163 cit. per attivazione del soccorso istruttorio;

c) il r.t.i. forniva i chiarimenti richiesti e specificava che la mandataria avrebbe eseguito le prestazioni nella misura di 40,1% mentre la mandanteed s.r.l. nella misura del 39,9%;

d) nel verbale 4 luglio 2016, come preannunciato, la commissione giudicatrice procedeva ad applicare la sanzione pecuniaria di € 50.000,00 per il disposto soccorso istruttorio, prendendo atto per il resto dei chiarimenti resi dal r.t.i. che, dunque, era mantenuto in gara.

7.2. L'operato della commissione giudicatrice non è stato corretto; il r.t.i. doveva essere escluso dalla procedura di gara.

Il r.t.i., nei suoi scritti difensivi, assume di aver commesso un errore nella formulazione dell'offerta, dovuto all'impostazione del calcolatore utilizzato che avrebbe arrotondato all'unità più prossima le quote percentuale delle prestazioni già definite (e così 40,1% sarebbe divenuto 40% e 39,9% anch'esso 40%).

Senonché l'errore è tale se, riconosciuto dalla stazione appaltante, possa essa stessa emendarlo, con una mera attività correttiva delle dichiarazioni (cfr. Cons. Stato, sez. V, 20 giugno 2019, n. 4198), in ogni altro caso, ove, invece, si è in presenza di

una difformità rispetto alle disposizioni di gara che richiede, per essere eliminata, l'intervento dell'operatore economico che abbia formulato l'offerta, non si è più nell'ambito dell'errore emendabile, ma in quello del soccorso istruttorio.

Il soccorso istruttorio, tuttavia, non può essere utilizzato per porre rimedio ad errori contenuti nell'offerta poiché sarebbe, altrimenti, alterato il principio di *par condicio* tra i concorrenti (*ex multis*, cfr. Cons. Stato, sez. V. 20 agosto 2019, n. 5751; V, 17 giugno 2019, n. 4046; VI, 9 aprile 2019, n. 2344).

È quanto accaduto nel caso in esame: attivando il soccorso istruttorio la commissione giudicatrice ha consentito al r.t.i. una modifica sostanziale della propria offerta, tale dovendosi ritenere la diversa ripartizione delle quote tra le componenti il raggruppamento, non avendo rilevanza alcuna – per il principio del quale è applicazione – la circostanza che la modifica sia stata nella percentuale minima dello 0,1%.

7.3. In definitiva, la commissione giudicatrice, constatata che nell'offerta la mandataria del r.t.i. si impegnava ad eseguire una quota percentuale di prestazione identica a quella della mandante, in violazione di una prescrizione posta a pena di esclusione, avrebbe dovuto disporre la sua esclusione dalla procedura.

8. I motivi sub B (da B1 a B4) sono diretti nei confronti del secondo graduato r.t.i., destinato ad assumere, per l'esclusione del r.t.i. dalla procedura, il primo posto in graduatoria. Si tratta di motivi quivi riproposti ex art. 101, comma 2, Cod. proc. amm., in quanto non esaminati dal giudice di primo grado, che, per aver respinto i motivi avverso il r.t.i. primo graduato, ha ritenuto la carenza di interesse alla decisione dei motivi proposti avversi i r.t.i. collocati in seconda e terza posizione della graduatoria.

8.1. Con il motivo sub B1 (*"Violazione dell'Allegato 1 al disciplinare di gara. Violazione dell'art.2 del disciplinare di gara. Violazione dell'art. 101 del TFUE. Violazione e falsa*

applicazione, sotto altro profilo, dell'art. 38, comma 1, lett. f) e comma 1-ter del d.lgs. n.

163/2006. Violazione del principio di massima concorrenza e par condicio competitorum. Violazione dell'art. 97 della Costituzione") è contestata l'ammissione del r.t.i. alla procedura di gara per la sanzione irrogata dall'..... alla Consulting s.r.l., mandante del raggruppamento, colpevole di aver concluso un'intesa restrittiva della concorrenza contraria all'articolo 101 del TFUE in relazione alla gara indetta da per l'affidamento dei servizi di supporto e assistenza tecnica per l'esercizio e lo sviluppo della funzione di sorveglianza e audit dei programmi cofinanziati dall'Unione europea (gara AdA).

Assume l'appellante che il r.t.i. andava escluso, oltre che in applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. f) d.lgs. n. 163 cit., avendo commesso un *"grave errore nell'esercizio dell'attività professionale"*, anche per aver reso falsa dichiarazione, avendo colpevolmente omesso di dichiarare in sede di presentazione di offerta di essere sottoposto a procedimento sanzionatorio da parte dell'autorità antitrust.

Il motivo B2 è ora contenuto nel primo motivo di appello; con il motivo B3 (*"Violazione e falsa applicazione dell'art. 41 del d.lgs. n. 163/2006 e dell'art. 92 del d.P.R. m. 207/2010. Violazione dell'art. 46 del d.lgs. n. 163/2006. Violazione dell'art. 17.2., lett. a) Violazione degli artt. 2 e 4 del disciplinare di gara. Eccesso di potere e sviamento di potere. Violazione del principio della par condicio e buon andamento"*) si contesta l'ammissione del r.t.i. alla procedura per violazione dell'art. 4.2. del disciplinare di gara che imponeva a ciascuna impresa componente il raggruppamento, in sede di compilazione della dichiarazione di cui all'Allegato 1 del disciplinare, di rendere dichiarazione relativa al proprio fatturato; al riguardo la ricorrente rileva che consulting s.r.l. aveva omesso di indicare il proprio fatturato specifico nel triennio precedente limitandosi alla seguente dichiarazione *"requisito soddisfatto dal costituendo RTI nel suo complesso"* e che la stazione appaltante aveva richiesto chiarimenti ai sensi dell'art. 46, comma 1, d.lgs. n. 163 cit., anziché disporre senza meno l'esclusione dalla procedura di gara.

Infine, con il motivo B4 (*"Violazione sotto altro profilo dell'art. 83 del d.lgs. n. 163/2006. Carezza di istruttoria, erronea valutazione, travisamento dei fatti e dei presupposti. Carezza di motivazione. Disparità di trattamento"*) è affermata la doverosa esclusione della controinteressata dalla procedura di gara per incompletezza dell'offerta, essendo mancanti *"i criteri di analisi della fattibilità degli interventi"* richiesti espressamente dal disciplinare di gara.

9. I motivi rivolti nei confronti dell'ammissione di r.t.i. alla procedura di gara sono infondati.

9.1. In relazione al primo motivo riproposto,s.p.a. si limita ad affermare che il provvedimento sanzionatorio irrogato dall'..... nei confronti del r.t.i. è intervenuto *"in fase di gara"*, senza ulteriori specificazioni che consentano di valutare se la stazione appaltante ne avesse cognizione al momento dell'ammissione degli operatori (o, comunque, nelle successive fasi della procedura e fino all'aggiudicazione).

In assenza di tali allegazioni, il motivo va respinto in ogni suo profilo, fermo restando che, in sede di rideterminazione degli operatori economici ammessi alla procedura di gara – come imposto dall'accoglimento del primo motivo di appello – la stazione appaltante potrà tener conto anche di tale ulteriore sopravvenienza che ha riguardato il r.t.i. e dei successivi sviluppi giurisdizionali (in altro giudizio, infatti, la controinteressata ha allegato l'intervenuto annullamento in sede giurisdizionale del suddetto provvedimento sanzionatorio)

9.2. Il terzo motivo di ricorso riproposto va respinto poiché l'omessa dichiarazione imputata alla controinteressata – nella specificazione del fatturato – costituiva una carenza dichiarativa suscettibile di essere emendata a mezzo del soccorso istruttorio; la commissione giudicatrice, pertanto, che ha ben operato richiedendo all'operatore economico chiarimenti ed integrazioni sul punto.

9.3. Il quarto motivo di ricorso riproposto è infondato: dall'analisi dell'offerta formulata da (nelle pagine indicate dalla ricorrente) emerge ogni elemento utile a descrivere la fattibilità degli interventi; ne segue che l'offerta non può ritenersi incompleta.

10. Restano assorbiti i motivi proposti avverso il r.t.i., terzo graduato per il lotto 4; la conferma in graduatoria del r.t.i., ora primo graduato, esclude ches.p.a. abbia interesse a contestare l'ammissione del r.t.i. che immediatamente la precede in graduatoria come secondo graduato.

11. Va ora esaminato l'appello incidentale proposto dal r.t.i. contenente i motivi del ricorso incidentale di primo grado, dichiarato improcedibile dal giudice di primo grado.

11.1. Con il primo motivo di ricorso è contestata l'ammissione della ricorrente per *"Violazione e falsa applicazione della lex di gara, in particolare punto 17.2 del bando e del punto 4.1. del disciplinare – Mancanza dei requisiti di partecipazione per invalidità dell'avvalimento – Violazione e falsa applicazione dell'art. 49 del D.Lgs. n.*

163/2006 – Violazione dell’art. 47 del d.P.R. 445/2000 – Violazione dei principi di par condicio, trasparenza e concorrenzialità – Difetto di istruttoria, errata valutazione, travisamento dei presupposti. Eccesso di potere”; premesso che il bando di gara (al punto 17.2) richiedeva, quale requisito di capacità economico – finanziario, di *“aver realizzato complessivamente negli ultimi tre esercizi finanziari approvati alla data di pubblicazione del presente bando, un fatturato specifico per servizi relativi alla gestione della salute e della sicurezza sui luoghi di lavori (D.lgs. 81/08 e s.m.i.) riferibile ai servizi che formano oggetto della presente gara”*, variamente determinato in relazione a ciascun lotto, e che il r.t.i. si era avvalso per la dimostrazione del predetto requisito di quattro imprese ausiliarie, la ricorrente incidentale contestava la validità dei contratti di avalimento da un duplice punto di vista: in primo luogo, per la mancanza di corrispettivo dovuto a ciascun impresa ausiliaria e, comunque, di un interesse patrimoniale in grado di giustificare la messa a disposizione delle ingenti risorse e mezzi che l’ausiliaria si era impegnata a trasferire e, in secondo luogo, per l’apposizione a ciascun contratto di una clausola risolutiva in cui l’evento dedotto in condizione era costituito dall’aggiudicazione dell’appalto ad un operatore economico diverso dal costituendo raggruppamento, onde a seguito della conclusione della procedura con l’aggiudicazione ad altro operatore (per il lotto in questione proprio al r.t.i.) i contratti avevano cessato la loro efficacia.

11.2. Il motivo è infondato.

11.2.1. Preliminarmente, va precisato che la giurisprudenza amministrativa ha in più occasioni affermato che il contratto di avalimento è un contratto tipicamente oneroso e, qualora in sede contrattuale non sia stabilito un corrispettivo in favore dell’ausiliaria, deve comunque emergere dal testo contrattuale un interesse – di carattere direttamente o indirettamente patrimoniale – che abbia indotto l’ausiliaria ad assumere senza corrispettivo gli obblighi derivanti dal contratto di avalimento e le connesse responsabilità (così, Adunanza plenaria 4 novembre 2016, n. 23, nonché in seguito Cons. Stato, sez. V, 27 maggio 2018, n. 2953).

Invero, l’onerosità del contratto è ritenuta indice della effettiva concessione delle risorse da parte dell’ausiliaria a favore della concorrente, e, per questo, idoneo (unitamente alla determinatezza del contenuto contrattuale) a fugare i dubbi sul carattere meramente formale della disponibilità delle risorse che spesso circondano il ricorso all’avalimento per l’acquisizione dei requisiti di partecipazione mancanti da parte di un concorrente.

11.2.2. Nel caso di specie, i contratti stipulati da con le proprie ausiliarie prevedevano un corrispettivo pari a duemila euro definito *“quale corrispettivo per quanto oggetto del presente contratto”*, con ulteriore ricarico del *“costo delle ulteriori*

risorse materiali, immateriali, tecniche o finanziarie eventualmente fornite dall'impresa ausiliaria secondo le modalità che saranno successivamente definite anche mediante la stipula di contratti di subappalto ai sensi dell'art. 49, comma 10, del D.lgs. 163/2006 s.m.i."

Contrariamente a quanto sostenuto in ricorso, dunque, i contratti di avalimento erano contratti onerosi; consapevole di ciò, nella parte finale del motivo riproposto, la ricorrente specifica che il corrispettivo era, comunque, irrisorio al confronto del valore di fatturato messo a disposizione e tale da compromettere la serietà e la credibilità dell'impegno assunto dalle ausiliarie.

Si tratta, però, di una critica che non merita condivisione: la presenza di un corrispettivo comporta la natura onerosa del contratto e dunque la riconducibilità allo schema tipico elaborato dalla giurisprudenza, la sua modesta entità se raffrontata al valore dell'appalto, in mancanza di altri indizi, neppure allegati dalla ricorrente, non può indurre a ritenere la stipulazione contrattuale meramente simulata e, per questo, priva di effetti.

11.2.3. Quanto alla clausola risolutiva apposta al contratto, essa presentava il seguente tenore testuale (punto 9): *"il presente atto cesserà di produrre effetti con effetto immediato in caso di aggiudicazione definitiva dell'appalto ad un operatore economico diverso dal costituendo RTI di cui s.p.a. è capogruppo ed a seguito della stipulazione delle relative convenzioni, ovvero la gara stessa dovesse, per qualsiasi motivo, essere revocata, annullata o venire meno per fatto della Stazione appaltante"*.

Si tratta di una clausola contrattuale pienamente comprensibile: posto che sin dal momento della stipulazione del contratto di avalimento le risorse dell'ausiliaria sono poste a disposizione della concorrente, le parti hanno, con la predetta condizione risolutiva, previsto che, in caso di mancata aggiudicazione del contratto, venendo meno qualsiasi interesse a servirsi di dipendenti e mezzi altrui, il contratto non avrebbe prodotto effetti sin dalla sua conclusione.

Non sarebbe, del resto, comprensibile mantener fermo un contratto – con gli obblighi, anche di pagamento del corrispettivo che ne sono insorti – che, per gli eventi sopravvenuti, non risponde più ad alcun interesse delle parti, ed è altrettanto chiaro che l'intervenuto annullamento dell'aggiudicazione originaria in questa sede, con conseguente necessità che la procedura di gara riprenda dalla fase di ammissione dei concorrenti, farà riprendere effetto al contratto per aver eliminato l'evento dedotto in condizione (l'aggiudicazione definitiva ad un operatore diverso da).

12. Con il secondo motivo di ricorso riproposto è contestata l'ammissione del r.t.i. per *"Violazione e falsa applicazione dell'art. 39 del d.lgs. n. 163/2006 – Violazione e falsa applicazione del punto 17.1 del bando nella parte in cui richiede l'iscrizione nel Registro delle imprese per attività inerenti l'oggetto dell'appalto – Violazione dei principi di par condicio, trasparenza e concorrenzialità – difetto di istruttoria, errata valutazione, travisamento dei fatti e dei presupposti – eccesso di potere"*; secondo la ricorrente incidentale il r.t.i. andava escluso dalla procedura di gara per violazione del bando di gara (punto 17.1) ove era richiesta l'iscrizione alla C.C.I.A.A. per attività inerenti quelle oggetto dell'appalto.

Dopo aver riportato i servizi oggetto dell'appalto, come dettagliatamente indicati al punto 1.1. del disciplinare di gara, la ricorrente sostiene che dal certificato di iscrizione alla Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura di s.p.a. sarebbe possibile accertare come la stessa non svolga nessuna delle attività indicate nel disciplinare di gara.

Aggiunge che non sarebbe neppure possibile affermare che abbia svolto in concreto i servizi in affidamento come dimostrato dall'avvertita necessità del ricorso all'avvalimento al fine di recuperare il requisito del fatturato specifico nel triennio precedente.

13. Il motivo non è fondato.

13.1. Nel certificato di iscrizione in atti (doc. 10 - datato 14 marzo 2016) è riportato l'oggetto sociale di s.p.a.; in esso, tra gli altri, la società era legittimata anche ad *"eseguire, anche nell'ambito dell'assistenza al network per la progettazione ed erogazione dei servizi di gestione integrata della sicurezza sui luoghi di lavoro: censimento delle fonti di rischio, valutazione dei rischi e definizione dei piani di adeguamento, redazione, verifica ed applicazione ed aggiornamento del documento di valutazione dei rischi, definizione dei piani delle misure di prevenzione, delle competenze e delle responsabilità, definizione dei piani di formazione ed informazione e sorveglianza sanitaria, perizie e certificazione tecnica di rispondenza normativa, formazione, informazione e consulenza in ambito di sicurezza e salute nei luoghi di lavoro"*.

L'oggetto del contratto di appalto era indicato nei documenti di gara come *"prestazione di servizi relativi alla gestione integrata della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro per le Pubbliche Amministrazioni, quali definite ai sensi dell'art. 1 del D.Lgs. 165/2001"* (art.1.1 del disciplinare di gara); ne segue che s.p.a. era in grado di soddisfare il requisito, previsto dal bando di gara (al punto 17.1) dell' *"iscrizione nel registro delle imprese per attività inerenti all'oggetto"*.

13.2. La ricorrente incidentale sostiene che, nell'ambito del certificato camerale, non all'oggetto sociale si debba guardare, ma alla diversa voce "Attività"; tra queste né per la sede principale, né per quella secondaria, sarebbero descritte prestazioni riconducibili a quelle previste dal contratto di appalto, poiché l'attività principale era così indicata "Servizi integrati di ingegneria e di consulenza strategica per lo sviluppo, il governo ed il controllo dei processi di gestione dell'ambiente costruito e del territorio. Servizi tecnici e amministrativi per la gestione dei beni patrimoniali pubblici e privati. Progettazione e realizzazione di sistemi informativi. Controllo tecnico".

L'argomento non merita condivisione. La giurisprudenza amministrativa ha chiarito che l'iscrizione camerale è diretta a filtrare l'ingresso in gara dei soli concorrenti forniti di una professionalità coerente con le prestazioni oggetto dell'affidamento pubblico (cfr. Cons. Stato, sez. V, 15 novembre 2019, n. 7846; V, 29 settembre 2019, n. 6431; V, 15 maggio 2019, n. 3149); tale professionalità è presuntivamente sussistente ove l'oggetto sociale ricomprenda attività oggetto del contratto d'appalto da affidare, tanto è vero che solo in caso di incongruenza tra l'oggetto sociale come riportato nel certificato camerale e l'oggetto dell'appalto si è ritenuto necessaria l'indagine in ordine all'effettivo svolgimento delle prestazioni da affidare.

La ricostruzione proposta è coerente con la scelta legislativa di affidare ad altri requisiti di partecipazione la dimostrazione dell'esperienza maturata nello svolgimento dei predetti servizi (con la possibilità, per il *favor participationis*, di ricorrere all'istituto dell'avvalimento).

13.3. In conclusione sul punto, a fronte del chiaro tenore del bando di gara, come pure delle indicazioni contenute nel certificato camerale in atti, è irrilevante ogni altra considerazione sull'effettivo svolgimento dei servizi da affidare; tanto più che, come ben evidenziato dall'appellante nelle sue difese, l'esecuzione del medesimo servizio in forza di precedente convenzione (c.d. SIC 3) vale a dimostrare l'idoneità professionale di

14. Con ultimo motivo di ricorso riproposto è contestato il punteggio attribuito dalla commissione giudicatrice al r.t.i. che si assume essere eccessivamente premiante rispetto al pregio intrinseco della proposta.

Tale motivo è assorbito dal carattere pregiudiziale della valutazione sull'ammissione dei concorrenti, imposta dall'accoglimento del primo motivo di appello, rispetto alle successive fasi della procedura di gara.

15. E' in atti la convenzione tra s.p.a. e s.r.l. firmata digitalmente l'29 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.r.l. a far data dalla sua stipulazione.

16. 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. 7926/19, accoglie il ricorso di primo grado nei limiti di cui in motivazione ed annulla i provvedimenti impugnati.

Respinto l’appello incidentale.

Dichiara inefficace la convenzione tra s.p.a. e s.r.l.

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

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

IL SEGRETARIO