



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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5173 del 2019, proposto da Ass.I.S.Te S.C.S. in proprio ed in Qualità di Mandataria dell'Ati con Coesa S.C.S. A R.L. e La Dua Valdadda S.C.S., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Franco Coccoli e Luigi Gili, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Franco Coccoli in Roma, via Michele Mercati n.51;

contro

Consorzio Intercomunale Servizi Sociali di Pinerolo - C.I.S.S. Pinerolo, Azienda Sanitaria Locale To3 di Collegno e Pinerolo non costituiti in giudizio;

nei confronti

Cooperativa Animazione Valdocco S.C.S. Impresa Sociale Onlus, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Mario Sanino, Alessandro Sciolla, e Sergio Viale, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Mario Sanino in

Roma, viale Parioli, 180;
Societa' Italiana degli Avvocati Amministrativisti, Associazione
Amministrativisti.It, Camera degli Avvocati Amministrativisti non costituiti in
giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione
Prima) n. 621/2019, resa tra le parti, concernente l'aggiudicazione del servizio di
assistenza domiciliare per anziani;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Cooperativa Animazione Valdocco S.C.S.
Impresa Sociale Onlus;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 novembre 2019 il Cons. Giovanni
Tulumello e uditi per le parti gli avvocati Franco Coccoli e Mario Sanino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con sentenza n. 621/2019 il T.A.R. Piemonte, I Sezione, ha accolto
parzialmente il ricorso proposto dalla Cooperativa Animazione Valdocco s.c.s.
contro gli atti della procedura di aggiudicazione del servizio di assistenza
Domiciliare per l'ambito territoriale del Consorzio Intercomunale Servizi Sociali di
Pinerolo.

In particolare, la decisione:

- ha annullato l'ammissione alla gara del r.t.i. C.I.L.T.E. - Coesa - La Dua Valadda
e gli atti successivi, inclusa l'aggiudicazione al medesimo del servizio di assistenza
domiciliare;

- ha dichiarato l'inefficacia del contratto stipulato tra il r.t.i. C.I.L.T.E. - Coesa - La Dua Valadda e il C.I.S.S. di Pinerolo e la A.s.l. TO3;

- ha disposto l'aggiudicazione del servizio alla ricorrente ed il suo subentro;

- ha rigettato la domanda di risarcimento per equivalente avanzata dalla ricorrente.

La sentenza è stata impugnata da Ass.i.s.te. s.c.s., succeduta per incorporazione alla C.I.L.T.E. s.c.s., con ricorso in appello notificato il 14 giugno 2019, e depositato il successivo 17 giugno.

Si è costituita in giudizio, per resistere al ricorso in appello, la Cooperativa Animazione Valdocco s.c.s.

Dapprima con decreto n. 3098/2019, quindi con ordinanza n. 3411/2019, è stata accolta la domanda cautelare proposta dall'appellante, sospendendo l'esecutività della sentenza impugnata.

Il ricorso è stato trattenuto in decisione alla pubblica udienza del 21 novembre 2019.

2. La sentenza appellata ha accolto il secondo ed il terzo motivo del ricorso introduttivo, riprodotti nel terzo e nel quarto motivo del ricorso per motivi aggiunti, concernenti la contestata legittimità del provvedimento di ammissione alla gara dell'operatore economico risultato aggiudicatario e del conseguente atto di affidamento dell'appalto.

Le altre censure sono state scrutinate con sentenza non definitiva del medesimo T.A.R. n. 1192/2017, parzialmente confermata da questo Consiglio di Stato con sentenza – anch'essa non definitiva - n. 3635/2018.

Nel corso del giudizio di primo grado ha formato oggetto di particolare approfondimento la questione processuale relativa alla ricostruzione della disciplina introdotta dall'art. 120, commi 2-*bis* e 6-*bis* del codice del processo amministrativo, ora abrogata, ma applicabile, *ratione temporis*, nella vicenda contenziosa in esame.

La citata disciplina stabilisce l'onere di immediata impugnazione delle determinazioni della stazione appaltante concernenti le ammissioni e le esclusioni dei concorrenti, in esito alla valutazione dei requisiti morali, tecnici ed economici di partecipazione.

Nel caso di specie, la parte interessata, ora appellata, ha proposto ricorso contro l'ammissione dell'aggiudicatario, impugnando contestualmente l'atto di aggiudicazione, conclusivo della procedura di affidamento, ben oltre il termine di trenta giorni, decorrente dalla conoscenza legale del precedente provvedimento di ammissione.

Il TAR ha dubitato della compatibilità con il diritto europeo della disciplina nazionale, contenuta nell'art. 120, comma 2-*bis*, e ha disposto un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea.

Questa, con ordinanza del 14 febbraio 2019 in causa C-54/18, ha affermato la legittimità comunitaria della disciplina processuale italiana, precisando, però, che il giudice nazionale deve scrutinare, in concreto, la compatibilità del termine d'impugnazione con il diritto europeo, per valutare se la disciplina determini, o meno, una concreta lesione del diritto di difesa dell'operatore economico.

Alla luce della decisione della Corte, il TAR ha giudicato tempestivo e rituale il ricorso proposto dalla parte interessata, osservando che la mera conoscenza del provvedimento di ammissione del concorrente – risultato poi aggiudicatario – non è idonea a determinare la decorrenza del breve termine di impugnazione, qualora l'operatore economico non sia messo in grado di acquisire adeguata contezza delle motivazioni con cui la stazione appaltante ha disposto l'ammissione stessa.

In tale cornice interpretativa, il T.A.R. ha ritenuto che, in concreto, la parte ricorrente non fosse posta nelle condizioni di conoscere l'esistenza degli elementi fattuali afferenti i profili di illegittimità dedotti nelle censure in esame all'atto della conoscenza delle ditte ammesse alla gara, sviluppando i seguenti argomenti.

- “L’ammissione degli otto concorrenti alla procedura di selezione è stata pubblicata sul profilo del committente, corredata dei verbali della Commissione di gara, ed è stata altresì comunicata alla ricorrente con nota del C.I.S.S. del 13 aprile 2017”.

- “Dalla nota prot. 2930 del 13 aprile 2017, con la quale il C.I.S.S. Pinerolo ha comunicato alla ricorrente che in data 13 aprile 2017 tutte le ditte partecipanti sono state ammesse alla gara in oggetto, e dal verbale n. 3 delle operazioni del seggio di gara ad essa allegato, pubblicato pure sul profilo del committente unitamente ai verbali di gara n. 1 e n. 2 del 3 aprile 2017, non si riscontra alcun riferimento al fatturato specifico dell’ultimo triennio dichiarato dal r.t.i. C.I.L.T.E., oggetto del secondo motivo di ricorso, terzo dei motivi aggiunti, né alla percentuale di partecipazione al r.t.i. delle mandatarie, sulla scorta delle quali la stazione appaltante avrebbe dovuto valutare il possesso dei requisiti di qualificazione, né alla quota dei servizi analoghi dichiarati dalla mandante La Dua Valadda, né tantomeno al ricorso all’avalimento da parte della mandante Coesa”.

- “Dalla mera comunicazione di ammissione ricevuta e dai verbali alla stessa allegati e pubblicati sul profilo del committente la ricorrente non avrebbe potuto, dunque, conoscere gli specifici profili di illegittimità dell’ammissione del r.t.i. C.I.L.T.E., conosciuti solo in seguito all’accesso agli atti di gara successivo all’aggiudicazione con la visione delle domande di partecipazione e del D.G.U.E. della s.c. La Dua Valadda, del Coesa Pinerolo, della s.c.s. La Fonte e del consorzio Il Deltaplano, nonché del contratto di avalimento stipulato tra Coesa e Il Deltaplano. Dai verbali n. 1 e n. 2 pubblicati sul profilo del committente risulta infatti solo l’elenco delle otto ditte che hanno presentato tempestivamente il plico, l’integrità di ciascuno dei plichi pervenuti alla stazione appaltante e la generica rispondenza della documentazione amministrativa contenuta nella busta n. 1 prodotta dai concorrenti a quanto richiesto nel bando e nel disciplinare di gara. Dal verbale n. 3, pure esso pubblicato sul profilo del committente, risulta invece che il r.t.i. C.I.L.T.E. ha correttamente e tempestivamente prodotto la documentazione integrativa richiesta con l’avvio del soccorso istruttorio e che questa risulta completa e regolare ma nessun riferimento è ivi contenuto all’oggetto di tale integrazione, ossia agli elenchi dei servizi di assistenza domiciliare

svolti fino alla concorrenza dell'importo richiesto nel bando, anomalia già riscontrata nel verbale n. 2, né tantomeno vi è traccia del ricorso all'avvalimento dei requisiti”.

- “tale documentazione, resa disponibile dalla stazione appaltante, la ricorrente non avrebbe potuto comprendere appieno l'illegittimità della ammissione del r.t.i. C.I.L.T.E. in violazione del diritto euro-unitario, poiché le reali motivazioni dell'ammissione non sono ricavabili dalle generiche formule che attestano la regolarità della documentazione prodotta. Nessun rimprovero può essere tuttavia mosso alla ricorrente in ordine alla mancata ed intempestiva informazione mediante ricorso all'accesso dei documenti contenuti nella busta amministrativa sulle motivazioni che sorreggono l'ammissione delle concorrenti perché l'onere informativo è posto dall'articolo 120, comma 2 bis, in via esclusiva a carico della stazione appaltante. 10.5. Ritiene il Collegio che da una lettura sistematica degli articoli 29 e 53 del d.lgs. n. 50 del 2016, al concorrente non è precluso in via assoluta di accedere alla documentazione contenuta nella busta amministrativa in seguito alla comunicazione delle ammissioni alla gara degli offerenti e tuttavia, nel caso di specie, in assenza di una specifica relazione sia pure sintetica predisposta dalla stazione appaltante sulle motivazioni che hanno determinato le predette ammissioni, alla ricorrente è stata di fatto preclusa la possibilità di conoscere le ragioni della illegittimità del provvedimento di ammissione del raggruppamento di imprese aggiudicatario, dalla stessa successivamente lamentate con l'impugnativa dell'aggiudicazione”.

Il primo giudice ha quindi, sul punto, affermato *“che la ricorrente, a causa della mancata evasione dell'onere informativo minimo richiesto alla stazione appaltante, non sia stata posta nelle condizioni di proporre un ricorso consapevole entro il termine di decadenza di trenta giorni di cui all'articolo 120, comma 2 bis, del codice del processo amministrativo, che la C.G.U.E. ha ritenuto congruo a condizione che il provvedimento che contiene le ammissioni o le esclusioni dei concorrenti sia corredato da una <<relazione sui motivi pertinenti>> che, nel caso di specie, la stazione appaltante non ha mai comunicato ai partecipanti. Ritiene il Collegio che non necessariamente la <<relazione sui motivi pertinenti>> debba tradursi in un atto autonomo e distinto rispetto ai documenti di gara, quali i verbali delle sedute della Commissione e gli atti in*

essi richiamati, ma che la stessa possa ricavarsi anche in via di ricostruzione cronologica e sistematica degli stessi, purché tale ricostruzione non si riveli particolarmente difficoltosa per un operatore medio del settore di riferimento”.

Conclude quindi la sentenza impugnata nel senso che la disposizione di cui all'articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici, nella versione antecedente alle modifiche apportate con il d.lgs. n. 56 del 2017 (applicabile *ratione temporis* alla fattispecie dedotta “*in quanto il termine decadenziale per impugnare l'ammissione del r.t.i. C.I.L.T.E. è spirato il 13 maggio 2017, ossia in data anteriore rispetto all'entrata in vigore delle predette integrazioni*”), (.....) “*non è conforme agli obiettivi della direttiva 89/665 che sono quelli di favorire la presentazione di un ricorso efficace e quanto più rapido possibile e di garantire la certezza del diritto*”, dal momento che “*in assenza di idonea e sufficiente motivazione sull'ammissione del r.t.i. C.I.L.T.E., la ricorrente non avrebbe potuto proporre un ricorso efficace entro il termine decadenziale di trenta giorni, decorrente dalla comunicazione delle ammissioni e dalla loro pubblicazione sul profilo del committente*”.

3. Con il secondo motivo del ricorso di primo grado, riproposto con il terzo dei motivi aggiunti del 3 luglio 2017, la Valdocco aveva censurato l'ammissione alla gara del r.t.i. C.I.L.T.E., deducendo la nullità del contratto di avvalimento stipulato tra la mandante Coesa s.c.s. a r.l. e il consorzio di cooperative sociali Il Deltaplano per la prova del possesso del requisito di partecipazione della pregressa esperienza professionale, richiesto dall'articolo 11 del disciplinare di gara.

Tale motivo è stato ritenuto fondato dall'appellata pronunzia: “*La mandante Coesa, sprovvista di entrambi i predetti requisiti di capacità tecnicoprofessionale, ha presentato un contratto di avvalimento con il consorzio Il Deltaplano il quale, a causa della mancata indicazione delle modalità di prestito dei requisiti e delle risorse messe a disposizione dall'avvalente, deve considerarsi nullo per indeterminatezza dell'oggetto. Esso è pertanto inidoneo a comprovare il possesso del requisito in capo alla mandante e, dunque, la sua affidabilità e la sua specifica esperienza nel settore di riferimento (in senso conforme T.a.r. Piemonte, sez. I, 17*

aprile 2015, n. 631). Anche per questa ragione il r.t.i. C.I.L.T.E. avrebbe dovuto essere escluso dalla gara in quanto la stazione appaltante non è stata posta in grado di valutare l'affidabilità della concorrente nella realizzazione del servizio, desumendola dalla pregressa esperienza e non solo dalla garanzia finanziaria posta a disposizione dall'avvalsa”.

4. Con il terzo motivo del ricorso di primo grado, riproposto con il quarto dei motivi aggiunti, la s.c. Valdocco ha altresì censurato l'ammissione alla gara del r.t.i. C.I.L.T.E. per la violazione del principio di necessaria corrispondenza tra la quota di partecipazione al r.t.i. e il possesso dei requisiti di qualificazione, richiesta dall'articolo 13 del disciplinare di gara.

Anche questa censura è stata ritenuta fondata dal TAR, che ha rilevato come:

- “L'articolo 13 del disciplinare di gara prevede che, in caso di r.t.i. orizzontale, quale è quello costituito da C.I.L.T.E. s.c.s., Coesa s.c.s. a r.l. e La Dua Valadda s.c.s., i requisiti di qualificazione devono essere posseduti dalla mandataria nella misura minima del 40 % e la restante percentuale cumulativamente dalle mandanti, ciascuna nella misura minima del 10% e comunque in misura corrispondente alla partecipazione all'a.t.i.”;
- “la previsione dell'articolo 13 del disciplinare di gara deve essere interpretata secondo il principio di necessaria corrispondenza tra le quote di partecipazione al raggruppamento e il possesso dei requisiti di qualificazione, costantemente affermato da questa Sezione (T.a.r. Piemonte, sezione I, 6 giugno 2018, n. 704, e 10 marzo 2017, n. 347) e non come deroga a detto principio”;
- “Il principio di necessaria corrispondenza tra le quote di partecipazione al raggruppamento e il possesso dei requisiti di qualificazione è stato da ultimo valorizzato in senso garantista dell'affidabilità dei concorrenti, dal Cons. St., Adunanza Plenaria, sentenza 27 marzo 2019, n. 6, con la quale il Consiglio di Stato ha affermato il principio che l'impresa associata partecipa alla gara nei limiti dei propri requisiti di qualificazione, a prescindere dalla natura del raggruppamento, dall'entità dello scostamento e dalla circostanza che il raggruppamento posseda nel suo insieme il requisito sufficiente all'esecuzione dell'intera quota dell'oggetto dell'appalto”.

- *“Quello di corrispondenza tra la quota di partecipazione al raggruppamento e la percentuale dei requisiti di qualificazione è infatti un principio immanente nel sistema ed è posto a garanzia dell'affidabilità che la stazione appaltante deve poter riporre negli operatori economici che partecipano ad una competizione. Esso è riconfermato nell'articolo 48, commi 17, 18 e 19 del d.lgs. n. 50 del 2016 ove si ribadisce che ogni mandante deve possedere i requisiti di qualificazione in misura coerente alla quota che andrà ad eseguire. Pertanto la lex specialis ben può prevedere, come accaduto nel caso di specie, una percentuale di qualificazione in misura superiore a quella esecutiva minima, come la percentuale minima del 10% richiesta alle mandanti per il possesso dei requisiti di qualificazione, anche ove la quota di partecipazione al r.t.i. fosse inferiore. Il principio di corrispondenza tra la quota di partecipazione e la percentuale del possesso dei requisiti di qualificazione può essere pertanto derogato solo in eccesso e non in difetto rispetto all'effettivo possesso di questi ultimi, i quali devono dunque essere sempre posseduti in misura pari o superiore rispetto alla quota di partecipazione al r.t.i.”.*

Il T.A.R. ha poi ritenuto una integrazione postuma la produzione in giudizio della documentazione relativa alle prestazioni ulteriori effettuate da La Dua Valadda, inidonea ai fini della dimostrazione sostanziale nell'ottica dell'esatta corrispondenza alle quote di partecipazione.

5. Con il ricorso in appello vengono dedotte le censure si seguito riportate.

5.1. *“Error in iudicando in punto di tempestività del secondo e terzo motivo di ricorso. Violazione, falsa applicazione dell'art. 120 comma 2bis c.p.a. Violazione, falsa applicazione degli artt. 29 e 53 del d. lgs. n. 50/2016 e s.m.i., nonché dell'art. 2 quater della Direttiva 89/665/CEE e s.m.i. Erroneità dei presupposti ed illogicità”.*

La censura si riferisce alla ricevibilità dei due motivi esaminati dalla sentenza appellata, a seguito del criterio di scrutinio della compatibilità della norma processuale nazionale con il diritto europeo prefigurato dalla Corte di Giustizia.

Secondo la parte appellante la sentenza impugnata:

- “è in primo luogo erronea per l’operata dequotazione dell’“onere” di accesso agli atti ai fini dell’esercizio del diritto alla difesa”;

- “è anche erronea nella parte in cui ha ritenuto in concreto che la comunicazione di ammissione e la messa a diretta disposizione dei verbali di gara non fossero sufficienti per assolvere l’“onere informativo minimo” (...), prodromico alla possibilità per l’ordinamento di chiedere all’impresa di attivarsi per il diritto di accesso ai fini della tutela dei suoi interessi”.

5.2. “Error in iudicando in punto di corrispondenza negli appalti di servizi tra requisiti di qualificazione e quote di partecipazione dall’ATI. Violazione, falsa applicazione dell’art. 48 d. lgs. n. 50/2016 nonché dell’art. 13 del Disciplinare di gara. Violazione, falsa applicazione del principio di legalità di cui all’art. 30 d. lgs. n. 50/2016”.

La censura contesta la sentenza impugnata nella parte in cui ha ritenuto che, anche in materia di appalti di servizi e di forniture, operi il principio, previsto in materia di appalti di lavori, di esatta corrispondenza tra quote di qualificazione e quote di partecipazione all’ATI, trattandosi di “un principio immanente nel sistema”.

La parte appellante deduce che:

- la sentenza impugnata “ha per l’effetto ritenuto irrilevante la diversa previsione dell’art. 13 del Disciplinare (che non richiede l’esatta corrispondenza ma esige che la mandataria possieda i requisiti nella misura minima del 40% “e la restante percentuale cumulativamente dalle mandanti e dalle altre imprese consorziate ciascuna nella misura minima del 10%”.) ed irrilevante che questa non fosse stata impugnata da controparte, ritenendo che le regole di gara dovessero essere eterointegrate con il principio dell’esatta corrispondenza evincibile nell’art. 48, comma 17, 18 e 19 d.lgs. n. 50/2016” (dal che discenderebbe l’inammissibilità del relativo motivo di ricorso);

- la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (sentenze n. 2599/2019, 6471/2018, 4336/2017) è nel senso che 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 previsione rimessa alla *lex specialis*.

5.3. *“Error in iudicando ed in procedendo in punto di contratto di avvalimento, violazione, falsa applicazione dell’art. 89 d. lgs. n. 50/2016”*.

La censura contesta il capo della sentenza che ha ritenuto nullo il contratto di avvalimento tra la mandante Coesa e il consorzio il Deltaplano, per mancanza della specifica indicazione delle risorse messe a disposizione.

Deduce l’appellante che il requisito di cui si discute:

- è da qualificarsi come requisito economico;
- non contiene in sé, diversamente da quanto ritenuto dalla sentenza impugnata, *“una autonoma richiesta di esperienza tecnica a fronte del riferimento ai principali servizi prestati nel settore di attività oggetto di appalto”*. (...) *“i requisiti del fatturato specifico e l’elenco dei principali servizi prestati nel settore di attività oggetto di appalto sono da intendersi come l’uno la specifica dell’altro, con la conseguenza che l’elenco richiesto non costituisce un autonomo requisito ma una specificazione del requisito di capacità economica e finanziaria, come tale suscettibile di avvalimento di garanzia”*;
- sarebbe stato comunque dimostrato nel giudizio di primo grado, mediante la produzione della dichiarazione del Consorzio Il Deltaplano *“che conferma l’impegno di quest’ultima a mettere a disposizione tutte le risorse necessarie”*.

5.4. *“Error in iudicando in punto di dichiarazione di inefficacia e di subentro”*.

Il motivo di appello contesta la statuizione sul subentro.

5.5. *“Error in iudicando in punto di condanna alle spese”*.

La censura, che presuppone il rigetto del ricorso di primo grado, contesta la statuizione sulle spese.

6. Si è costituita nel giudizio di appello la società appellata, ricorrente in primo grado, la quale ha replicato al ricorso, svolgendo le seguenti deduzioni.

6.1. Quanto al primo motivo di appello:

- ne ha eccepito l'inammissibilità siccome rivolto non contro la sentenza impugnata, ma contro il principio espresso dall'ordinanza della Corte di Giustizia.; nel merito della questione, cita la sentenza 4025/2019 di questa Sezione;

- ne ha sostenuto l'infondatezza, sostenendo, anche mediante il richiamo alla sentenza n. 4025/2019 di questa Sezione, che *“la mera comunicazione da parte della S.A. dell'ammissione alla gara di un concorrente, in assenza di ulteriori indicazioni imposte dalla legge, non può onerare il concorrente alla tempestiva impugnativa, risultando altresì inutile il richiamo alla facoltà dell'adozione di ulteriori ed autonome iniziative, quali un'istanza di accesso agli atti”*;

- ha chiesto in ogni caso di volere ritenere sussistente l'errore scusabile, anche in considerazione del fatto che il provvedimento con cui veniva comunicata l'avvenuta ammissione di tutti i concorrenti non indicava *“il termine e l'autorità cui è possibile ricorrere”* ex art. 3 c. 4 L. 241/1990 (disposizione che *“trova applicazione anche alle gare pubbliche grazie al richiamo operato dall'art. 30 c. 8 D.Lgs. 50/2016”*).

6.2. Quanto ha secondo motivo di appello:

- ne ha eccepito l'inammissibilità per mancata impugnazione del disciplinare di gara che, mediante il rinvio all'art. 92 del d.P.R. 207/2010 (relativo alla disciplina del possesso dei requisiti negli appalti di lavori), avrebbe *“esteso l'applicazione della disposizione dettata nella materia degli appalti pubblici di lavori anche alla gara oggetto della presente controversia”*;

- ne ha dedotto l'infondatezza stante la correttezza del richiamo operato dal primo giudice alla disciplina degli appalti di lavori, in ragione del rinvio operato dalla *lex specialis*.

Con successiva memoria la parte appellata ha sostenuto l'infondatezza del mezzo anche per ragioni che esulano dal richiamo contenuto nell'art. 13 del disciplinare, vale a dire in forza di un'esegesi dell'art. 48 – commi 17, 18 e 19 - del codice dei contratti pubblici, nel senso che *“il legislatore ha voluto individuare in modo netto ed*

inconfutabile la necessità che i soggetti componenti del R.T.I. posseggano la necessaria qualificazione individuale per le prestazioni che devono eseguire. La tutela di tale necessità non riguarda la sola esecuzione dell'appalto, ma già (e soprattutto) la fase di gara, deputata proprio alla verifica del possesso dei requisiti del soggetto che intende contrarre con la P.A. È evidente, quindi, come già nella fase di gara occorra dare corretta tutela al supremo interesse pubblico sancito dall'art. 48 c. 17, 18 e 19 CCP, ossia che il componente del R.T.I. sia qualificato per la quota di appalto che intende svolgere. D'altronde, emerge in modo lapalissiano l'erroneità della tesi avversaria: sposando tale tesi, si arriverebbe ad affermare che uno stesso soggetto (privo dei requisiti di partecipazione) può partecipare ad una gara e risultare aggiudicatario di un appalto pubblico ma non può, invece, subentrare nell'esecuzione della medesima commessa dopo la stipula del contratto”.

Ha quindi chiesto la rimessione all'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato della relativa questione: *“Nella denegata ipotesi in cui Codesta Ecc.ma Sezione ritenesse che gli artt. 48 e 83 CCP debbano essere interpretati nel senso auspicato dall'appellante, la Cooperativa Valdocco ista affinché venga sollevata questione di illegittimità costituzionale e/o di incompatibilità con il diritto europeo di tali norme, per la violazione dell'art. 3, 10, 11, e 117 c. 1 Cost. e per contrasto con l'art. 58 Dir. UE 24/2014. Ciò sia per la disparità di trattamento degli operatori tra la fase di gara e la fase di esecuzione del contratto, sia per la violazione del principio di necessaria qualificazione dell'operatore per le prestazioni che intende svolgere (sancito dall'art. 58 Dir. 24/2014). Inoltre, considerato il dettato normativo dell'art. 48 D.Lgs. 50/2016 e visto il precedente di Codesta Ecc.ma Sezione ex adverso citato (Cons. Stato, Sez. III, 23 aprile 2019, n. 2599), si ritiene che possa generarsi un contrasto giurisprudenziale sulla questione, presupposto per cui, ai sensi dell'art. 99 c. 1 c.p.a., è possibile rimettere il ricorso all'esame dell'Adunanza Plenaria. Pertanto, la Cooperativa Valdocco formula rispettosa istanza affinché Codesta Ecc.ma Sezione voglia valutare, occorrendo, la rimessione della questione oggetto di giudizio innanzi all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ai sensi dell'art. 99 c. 1 c.p.a.”.*

6.3. Quanto al terzo motivo d'appello:

- ne ha eccepito l'inammissibilità per mancata impugnazione incidentale dell'art. 11 del Disciplinare di gara;
- ne ha dedotto l'infondatezza, anche mediante richiamo alle sentenze della V Sezione, n. 5750/2018 e n. 6943/2018;
- ne ha dedotto l'infondatezza anche con riferimento alla dichiarazione prodotta nel giudizio di primo grado, *“resa dall'ausiliaria in data 04/09/2017 (ossia ben 5 mesi dopo la data di scadenza del termine di presentazione delle offerte per la gara), in cui l'ausiliaria Il Deltaplano dichiara e conferma di “mettere a disposizione tutte le risorse necessarie per rispondere agli impegni ed alle obbligazioni di avvalimento”*, avuto riguardo al divieto di soccorso istruttorio per superare la nullità del contratto di avvalimento.

Con successiva memoria la parte appellata ha osservato che *“in tempi recentissimi, Codesto Ecc.mo Consiglio di Stato ha rilevato come, ai fini della qualificazione del requisito del fatturato specifico, occorra prendere in considerazione anche il tenore della lex specialis e le finalità per le quali la stazione appaltante ha chiesto sia posseduto il requisito stesso, in considerazione delle modalità con cui ne è richiesta la dimostrazione”* (Cons. Stato, Sez. V, 02/09/2019, n. 6066; in tal senso anche Cons. Stato, Sez. III, 10/07/2019, n. 4866). In buona sostanza, Codesto Ecc.mo Giudicante ha dato rilievo, per la qualificazione di un requisito di partecipazione, al tenore testuale della lex specialis ed alla finalità, come traibile dal contenuto della documentazione di gara, che la Stazione Appaltante intende perseguire richiedendo lo specifico requisito”.

7. Va esaminato preliminarmente il primo motivo di appello, relativo alla contestata ricevibilità, in primo grado, delle due censure riguardanti la legittimità dell'ammissione dell'aggiudicataria alla procedura di gara.

Secondo l'appellante, il TAR ha errato nel considerare tempestive dette censure, in quanto queste sono state proposte dopo lo spirare del termine *ex art. 120, comma 2-bis*, cod. proc. amm. decorrente dalla intervenuta comunicazione alla ricorrente del provvedimento recante le ammissioni e le esclusioni dei concorrenti.

La censura è infondata.

Successivamente alla richiamata pronuncia della Corte di Giustizia 14 febbraio 2019 in causa C-54/18, questa Sezione, con sentenza n. 4025/2019, si è già pronunciata sulla ricevibilità delle censure dirette contro l'ammissione dell'aggiudicatario, in una fattispecie fortemente analoga a quella dedotta nel presente giudizio, caratterizzata dalla incompleta conoscibilità dei documenti posti a base del provvedimento.

La citata decisione ha ancorato la decorrenza del termine per la proposizione del ricorso *“alla data di pubblicazione sul profilo del committente dei provvedimenti relativi a questa fase ai sensi dell'art. 29 del codice dei contratti pubblici (cfr. Sezione III n. 1312 del 25.2.2019) sempreché idonei a veicolare le informazioni necessarie ad esplicitare i motivi su cui riposano”*.

Il criterio ermeneutico su cui poggia tale decisione, che il Collegio condivide e dalla quale non ravvisa ragione per discostarsi, sviluppa in modo coerente il principio di diritto espresso dalla Corte di Giustizia, attribuendogli l'unico significato plausibile: l'onere di immediata impugnazione del provvedimento recante le ammissioni e le esclusioni dei concorrenti non lede il diritto di difesa dell'operatore economico, ma questi deve essere messo in grado di conoscere agevolmente tutti gli elementi necessari per verificare la correttezza dell'operato della stazione appaltante.

Il giudice di primo grado ha fatto corretta applicazione di tale principio, il quale comporta che l'onere di immediata impugnazione delle ammissioni dei concorrenti sia compatibile con le ragioni di tutela giurisdizionale delle imprese, espresse dal diritto comunitario, solo in quanto la decorrenza del termine decadenziale di ricorso, sia vincolata da una sufficiente conoscenza (o, quanto meno, ad una agevole conoscibilità) degli elementi necessari a formulare una efficace difesa.

In tal senso, il codice prevede precise regole finalizzate a mettere i concorrenti in grado di conoscere i documenti di gara, compresi quelli allegati alle offerte, indispensabili per attivare tempestivamente il rimedio giurisdizionale.

In particolare, l'art. 29 stabilisce gli obblighi di pubblicazione e comunicazione gravanti sulla stazione appaltante, puntualmente correlati al funzionamento del rito speciale di cui all'art. 120, comma 2-*bis* del codice del processo amministrativo.

In mancanza di una prova rigorosa circa l'effettiva conoscenza di tali elementi documentali, il termine per la proposizione del ricorso non inizia a decorrere, a nulla rilevando la circostanza che l'interessato, ricevuta la notizia dell'intervenuta pubblicazione del provvedimento recante le ammissioni, avrebbe potuto esercitare il diritto di accesso ai documenti della procedura.

Né può convenirsi con la parte appellante laddove lamenta che una tale conclusione comporterebbe una (eccessiva) dequotazione dell'istituto dell'accesso: è proprio la compressione dei tempi per l'esercizio del diritto di difesa, prevista dal particolare rito, a giustificare in questo caso uno spostamento in capo alla stazione appaltante dell'onere di rendere conoscibili non solo gli effetti dispositivi degli atti di gara, ma anche gli elementi fattuali e giuridici presupposti (necessari per valutare consapevolmente l'esistenza di eventuali profili di illegittimità, ed articolare efficacemente le relative censure).

Il punto di equilibrio fra esigenze di celerità e tutela comunque del diritto di difesa è stato infatti individuato dalla Corte di Giustizia nella necessità che l'effettività di tale diritto venga garantita almeno da una adeguata e tempestiva conoscenza di tali elementi: di talché la dequotazione dell'accesso non è irragionevole, ma funzionale a garantire il complesso assetto su cui si fonda la compatibilità del rito con le garanzie rimediali imposte dal diritto dell'U.E.

Nel caso in esame l'applicazione al caso di specie di tali principi conduce, come detto, alla conferma della censurata statuizione della sentenza di primo grado.

8. Per evidenti ragioni di economia processuale (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, sentenza n. 5/2015) va ora esaminato il terzo motivo di appello.

La censura contesta il capo della sentenza che ha ritenuto nullo il contratto di avvalimento tra la mandante Coesa e il consorzio il Deltaplano, per mancanza della specifica indicazione delle risorse messe a disposizione.

L'appellante sostiene, in sintesi, che il requisito riguardante il fatturato nel triennio 2013/2015 riguarderebbe un profilo di carattere economico e finanziario, con una finalità di sostanziale "garanzia" sulla solidità dell'operatore affidatario dell'appalto, senza collegarsi alla sua qualificazione strettamente tecnica.

In tale ottica, il "prestito" del fatturato, effettuato dall'impresa ausiliaria mediante un contratto di avvalimento riferito specificamente a tale dato, sarebbe idoneo a realizzare il suo scopo, senza alcuna necessità di indicare concretamente le risorse materiali conferite per l'esecuzione delle prestazioni.

La parte appellata ha eccepito l'inammissibilità del motivo, per mancata impugnazione incidentale dell'art. 11 del Disciplinare di gara, che qualifica espressamente il requisito del fatturato come dato riferito alla capacità tecnico-professionale del concorrente.

Effettivamente, nel ricorso in appello si afferma che il requisito di cui si discute è da qualificarsi come requisito economico.

La parte appellante si difende dall'eccezione sostenendo che *"non è in discussione una locuzione riportata nella lex specialis o gli elementi costitutivi del requisito in sé ma l'interpretazione da dare ad esso (da comprovare tramite il fatturato), ai fini del ritenere valido il contratto di avvalimento in concreto sottoscritto"*.

Controreplica la parte appellata sostenendo che *"l'Appellante non può limitarsi a prospettare una tesi in evidente contraddizione con il dato testuale della legge di gara, senza averne preliminarmente impugnato il contenuto"*.

Ritiene questo Consiglio di Stato che l'appellante avesse l'onere di gravare l'art. 11 del Disciplinare, in punto di qualificazione del requisiti.

Il motivo di appello in esame si fonda proprio sull'affermazione che la legge di gara abbia "*qualificato erroneamente*" il requisito in parola, disconoscendone la reale natura sostanziale, concernente la capacità economica dell'impresa.

Ma proprio tale espressa qualificazione – e non, come si assume in replica, "*l'interpretazione da dare*" alla previsione disciplinare riferita al requisito di cui si discute - ha determinato le conseguenze applicative di cui si duole l'appellante.

L'interpretazione è infatti diretta conseguenza della qualificazione, non riducibile a mera espressione formale, priva di significato precettivo.

Sulla base della qualificazione ritenuta nel disciplinare non poteva darsi una diversa interpretazione: segnatamente, non poteva darsi l'interpretazione prospettata dall'appellante.

L'accoglimento della censura suppone infatti, per espressa ammissione della stessa appellante, la necessaria qualificazione del requisito del fatturato triennale come requisito di natura economica: il che è precluso dalla mancata rimozione della contraria, ed incompatibile, clausola che, qualificandolo come requisito di capacità tecnica e professionale, suppone la necessaria indicazione delle modalità di prestito dei requisiti e delle risorse messe a disposizione dall'avvalente (mancante nel contratto di che trattasi).

Si deve ricordare che, tra gli interpreti, sono state prospettate tesi contrapposte in ordine al corretto inquadramento dei requisiti di partecipazione concernenti il fatturato pregresso dell'operatore economico, proprio con riguardo ai suoi possibili riflessi sulla disciplina dell'avvalimento.

Da un lato, si è sostenuto che il fatturato serve a dimostrare essenzialmente l'adeguata dimensione economica dell'impresa esecutrice: pertanto, in caso di avvalimento, sarebbe sufficiente dimostrare che l'ausiliaria si sia impegnata a

mettere a disposizione dell'appaltatore la propria acquisita capacità finanziaria, in particolare in casi in cui occorra garantire la stazione appaltante dei possibili rischi collegati ai profili economici dell'appalto. Secondo questo punto di vista, l'ausiliaria non si obbliga a fornire mezzi materiali all'esecutore, ma solo a mettere a disposizione la propria affidabilità economica: il contratto di avvalimento ha per oggetto questo elemento, puntualmente determinato.

Dal lato opposto, si è evidenziato che il fatturato non ha solo una valenza economica, ma delinea la dimensione tecnica dell'impresa e la sua reale presenza sul mercato. In tale ottica, in caso di avvalimento, l'ausiliaria deve obbligarsi a conferire all'appaltatore adeguate risorse del proprio apparato produttivo, precisamente indicate nel contratto di avvalimento.

Ora, non vi è dubbio che la *lex specialis* di gara abbia inteso optare per questa seconda linea ermeneutica, definendo l'inquadramento del requisito del fatturato pregresso quale requisito di capacità tecnica.

È forse opinabile l'esattezza e la ragionevolezza di tale qualificazione, ma è indiscutibile la sua portata precettiva e vincolante nella procedura in contestazione, poiché essa incide sulla attitudine del contratto di avvalimento a soddisfare il prescritto requisito di partecipazione.

Per tale ragione la parte odierna appellante, per sostenere la propria tesi difensiva, avrebbe avuto l'onere di impugnare incidentalmente l'art. 11 del disciplinare di gara, in punto di qualificazione del requisito.

Il mancato assolvimento di tale onere rende pertanto inammissibile la censura in esame.

9. L'infondatezza dei due motivi fin qui esaminati preclude all'odierna appellante l'accesso al bene della vita rivendicato.

In ogni caso risulta infondato anche il secondo motivo di appello, in relazione al quale va confermato, pur se con una integrazione della sua motivazione, il relativo capo della sentenza di primo grado.

Il mezzo concerne l'ammissione alla gara del r.t.i. C.I.L.T.E. per la violazione del principio di necessaria corrispondenza tra la quota di partecipazione al r.t.i. e il possesso dei requisiti di qualificazione, richiesta dall'articolo 13 del disciplinare di gara.

La sentenza – in contrasto con l'orientamento giurisprudenziale dominante: che non fa discendere tale conseguenza dalla legge, ma dalla *lex specialis* ove lo preveda – ha ritenuto che “*Quello di corrispondenza tra la quota di partecipazione al raggruppamento e la percentuale dei requisiti di qualificazione è infatti un principio immanente nel sistema*”, ed ha dunque accolto la relativa censura proposta in primo grado dall'odierna appellata.

Il problema, anche in questo caso, si incentra sulla disciplina della *lex specialis*.

L'art. 13 del Disciplinare di gara stabilisce infatti che “*Ai sensi dell'art. 92 del D.P.R. 207/2010, per i raggruppamenti temporanei di tipo orizzontale i requisiti di qualificazione economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti nel bando di gara per l'impresa singola devono essere posseduti dalla mandataria o da un'impresa consorzata nella misura minima del 40% e la restante percentuale cumulativamente dalle mandanti o dalle altre imprese consorziate ciascuna nella misura minima del 10%*”.

Ritiene il Collegio che nel caso di specie proprio l'applicazione del canone ermeneutico fatto proprio dal richiamato indirizzo giurisprudenziale conduce all'affermazione dell'infondatezza della censura in esame.

La riportata clausola del disciplinare, infatti, mediante il rinvio all'art. 92 del d.P.R. 207/2010 (relativo alla disciplina del possesso dei requisiti negli appalti di lavori), ha operato un richiamo a tale disciplina, implicante la corrispondenza tra la quota di partecipazione al raggruppamento e la percentuale dei requisiti di qualificazione.

Né può convenirsi con la parte appellante allorché assume che *“il Disciplinare di gara richiama l’art. 92 del d.P.R. n. 207/2010 unicamente con espresso riferimento alla necessità di un’entità minima di requisiti, rispettivamente, in capo al mandatario ed alle mandanti (precisamente del 40 % e del 10%), e non già per rendere cogente la diversa regola della corrispondenza dei requisiti alla quota parte di prestazioni da svolgere”*.

Con questa interpretazione il rinvio alla disciplina degli appalti di lavori risulta infatti inutile e superfluo: perché la clausola in parola, anche senza tale rinvio, già indica espressamente l’entità minima (percentuale) dei requisiti di mandatario e mandanti.

Il significato normativo del rinvio deve dunque essere colto in un dato ulteriore, che è quello che legittima l’applicazione della normativa invocata.

Il motivo è dunque infondato.

Gli ulteriori motivi (concernenti il regime delle spese del primo grado, ed il subentro nel contratto), in quanto logicamente dipendenti dall’accoglimento del gravame (che si è invece escluso), non devono essere esaminati in ragione del rigetto dell’appello.

10. Il ricorso in appello è infondato e come tale deve essere respinto.

Sussistono le condizioni di legge per disporre la compensazione fra le parti delle spese del presente grado di giudizio, considerata la complessità processuale della vicenda, anche con riguardo ai temi riguardanti il coordinamento della disciplina nazionale con la normativa comunitaria, alla luce della decisione della Corte di Giustizia dell’Unione europea 14 febbraio 2019 in causa C-54/18.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 novembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Giulio Veltri, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere

Giovanni Tulumello, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giovanni Tulumello

IL PRESIDENTE
Marco Lipari

IL SEGRETARIO