

Publicato il 27/07/2020

N. 04785/2020REG.PROV.COLL.
N. 01200/2020 REG.RIC.
N. 01265/2020 REG.RIC.



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 1200 del 2020, proposto da Cooperativa Muratori & Cementisti - C.M.C. di Ravenna società cooperativa, in proprio e quale mandataria della Costituenda A.T.I. con C.E.M.E.S. s.p.a., in proprio e quale mandante, Elettri-Fer s.r.l., in proprio e quale mandante, Francesco Ventura Costruzioni Ferroviarie s.p.a., in proprio e quale mandante, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Massimo Frontoni, Gianluca Luzi, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avvocato Massimo Frontoni in Roma, via Guido D'Arezzo, 2;

contro

R.F.I.-Rete Ferroviaria Italiana s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Nicola Marcone, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

nei confronti

Impresa Pizzarotti & C. s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale mandataria dell'A.T.I. con Ghella s.p.a., Itinera s.p.a., Salcef s.p.a., EDS Infrastrutture s.p.a., Geodata Engeneering s.p.a., Integra-Ingegneria Territorio Grandi Infrastrutture s.r.l., RINA Consulting s.p.a., rappresentata e difesa dall'avvocato Luigi Strano, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

Consorzio Stabile Medil s.c. a r.l. ed ICM s.p.a., in proprio e quali mandanti del Costituendo R.T.I. con C.M.C., non costituiti in giudizio;

sul ricorso numero di registro generale 1265 del 2020, proposto da Consorzio Stabile Medil s.c. a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Andrea Abbamonte, Nicola Creuso, Gianluigi Pellegrino, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

contro

R.F.I. - Rete Ferroviaria Italiana s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Nicola Marcone, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

nei confronti

Cooperativa Muratori & Cementisti - C.M.C. di Ravenna soc. coop., C.E.M.E.S. s.p.a., Elettri-Fer s.r.l., Francesco Ventura Costruzioni

Ferrovie s.p.a.;

Impresa Pizzarotti & C. s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e quale mandataria dell'A.T.I. con le imprese Ghella s.p.a., Itinera s.p.a., Salcef s.p.a., EDS Infrastrutture s.p.a., Geodata Engineering s.p.a., Integra s.r.l., RINA Consulting s.p.a., rappresentata e difesa dall'avvocato Luigi Strano, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

per la riforma

-quanto al ricorso n. 1200 del 2020:

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sez. I, n. 12/2020, resa tra le parti;

-quanto al ricorso n. 1265 del 2020:

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sez. I, n. 12/2020, resa tra le parti;

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di R.F.I.-Rete Ferroviaria Italiana s.p.a. e di Impresa Pizzarotti & C. s.p.a.;

Visti gli appelli incidentali dell'A.T.I. Impresa Pizzarotti & C. s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 giugno 2020, tenuta ai sensi dell'art. 84, comma 6, del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modificazioni dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti gli avvocati Frontoni, Luzi, Marcone, Strano, Abbamonte e Pellegrino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

A)1.- Con ricorso iscritto *sub* n. 1200/2020 del R.G. la Cooperativa Muratori e Cementisti-C.M.C. di Ravenna, in proprio e quale mandataria del R.T.I. con le mandanti C.E.M.E.S. s.p.a., Elettri-Fer s.r.l. e Francesco Ventura Costruzioni Ferroviarie s.p.a., ha interposto appello nei confronti della sentenza 7 gennaio 2020, n. 12 del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sez. I, che ha respinto il suo ricorso avverso l'aggiudicazione definitiva disposta da Rete Ferroviaria Italiana-R.F.I. s.p.a. in favore dell'A.T.I. Pizzarotti il 29 marzo 2019.

Si tratta della procedura di affidamento indetta da R.F.I. per la *“progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori di realizzazione della linea ferroviaria Napoli-Bari-Tratta Frasso Telesino-Telese [...] comprensiva di armamento ferroviario, degli impianti di trazione elettrica, delle altre tecnologie ferroviarie, degli impianti di fermata e stazione”*, per un valore stimato dell'appalto di euro 269.786.460,50.

Con il ricorso in primo grado il R.T.I. C.M.C. ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione e la *lex specialis*, nell'assunto dell'illegittima sottrazione del punteggio premiale inizialmente attribuito alla sua offerta tecnica per i requisiti esperienziali prestati mediante avvalimento di progettisti, in asserita violazione del punto E) del disciplinare.

Costituendosi in giudizio ha esperito ricorso incidentale l'Impresa Pizzarotti & C. s.p.a. deducendo la carenza di interesse della ricorrente principale.

2. - La sentenza appellata ha respinto il ricorso principale, nella considerazione che la lettera "E" del disciplinare di gara si applica a tutti i tipi di avvalimento (e quindi anche all'avvalimento di

progettisti) tenuti ad eseguire in proprio la prestazione; ha conseguenzialmente dichiarato improcedibile il ricorso incidentale.

3. - Con il ricorso in appello la società cooperativa C.M.C. ha criticato la sentenza di primo grado deducendo che in caso di avvalimento di progettisti l'ausiliario non si limita a prestare i requisiti, ma esegue in proprio la prestazione della progettazione. Se la *ratio* del punteggio premiale va ravvisata nella prospettiva di favorire i concorrenti che hanno proposto un progettista altamente qualificato e specializzato in interventi simili a quelli oggetto di gara, non vi è allora ragione per discriminare il progettista indicato quale mandante o tramite l'avvalimento. Di qui l'erronea applicazione del punto E) del disciplinare che riguarderebbe invece la diversa ipotesi in cui il concorrente faccia ricorso all'avvalimento non per l'esecuzione della prestazione, ma allo scopo di ottenere un punteggio più elevato per l'offerta tecnica. L'appellante ha altresì dedotto l'acquiescenza da parte del R.T.I. Pizzarotti al verbale della seduta pubblica del 17 dicembre 2018, nel quale il raggruppamento risultava collocato al terzo posto in graduatoria, nonché, in subordine, la violazione del principio del giusto procedimento, della segretezza delle offerte e della *par condicio* dei concorrenti, insistendo per la domanda di risarcimento del danno.

4. - Si è costituita in resistenza l'A.T.I. con mandataria l'Impresa Pizzarotti s.p.a. controdeducendo e chiedendo la reiezione del ricorso in appello; ha altresì esperito impugnazione incidentale avverso la statuizione di improcedibilità del suo ricorso incidentale, volto ad ottenere l'esclusione dalla gara del raggruppamento C.M.C., mediante reiterazione delle censure di primo grado.

5. - Si è altresì costituita in resistenza R.F.I. s.p.a., eccependo l'inaammissibilità e comunque l'infondatezza del ricorso in appello.

B) 6. - Con ricorso iscritto *sub* n. 1265/2020 del R.G. il consorzio stabile Medil s.c. a r.l., mandante del R.T.I. C.M.C., ha interposto appello nei confronti della medesima sentenza 7 gennaio 2020, n. 12 del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sez. I, che ha respinto il ricorso del raggruppamento avverso l'aggiudicazione definitiva disposta da Rete Ferroviaria Italiana-R.F.I. s.p.a. in favore dell'A.T.I. Pizzarotti il 29 marzo 2019.

Deduce a sostegno del gravame l'erronea interpretazione, da parte della sentenza di prime cure, della clausola E) del disciplinare di gara, intesa come preclusiva dell'attribuzione del punteggio (esperienziale) per l'avvalimento di progettisti che eseguono direttamente la prestazione, laddove la lettura più corretta sarebbe quella di ritenere che vieti l'avvalimento ai soli fini dell'attribuzione del predetto punteggio per l'offerta tecnica in relazione all'elemento curriculare, contestando la sottrazione del punteggio inizialmente assegnato; chiede altresì il risarcimento del danno nella misura di euro 40.637.098,68, maggiorata degli accessori del credito.

7. - Si è costituita in resistenza anche in questo giudizio l'A.T.I. con mandataria l'Impresa Pizzarotti s.p.a. controdeducendo e chiedendo la reiezione del ricorso in appello; ha altresì esperito impugnazione incidentale avverso la statuizione di improcedibilità del suo ricorso incidentale, volto ad ottenere l'esclusione dalla gara del raggruppamento C.M.C., mediante reiterazione delle censure di primo grado.

8. - Si è altresì costituita in resistenza R.F.I. s.p.a., eccependo l'inaammissibilità e comunque l'infondatezza del ricorso in appello.

9. - All'udienza dell'11 giugno 2020 le cause sono state trattenute in decisione.

DIRITTO

1.- Deve essere preliminarmente disposta, ai sensi dell'art. 96 Cod. proc.amm., la riunione dei ricorsi iscritti *sub* nn. 1200/2020 e 1265/2020 del R.G., in quanto proposti avverso la stessa sentenza.

2. - Principiando dalla disamina del ricorso n. 1200/2020 del R.G., occorre muovere, per motivi di ordine processuale, dallo scrutinio dell'appello incidentale esperito dall'A.T.I. Pizzarotti, mediante il quale, anche ai sensi dell'art. 101 Cod. proc. amm., vengono reiterate le censure del ricorso incidentale di primo grado, dichiarato improcedibile in conseguenza della reiezione del ricorso principale.

Con il primo motivo dell'appello incidentale viene in particolare dedotta la violazione degli artt. 80, commi 5, lett. b), e 6, 48, comma 17, del d.lgs. n. 50 del 2016, nonché dell'art. 186-*bis* della legge fallimentare, nella considerazione che il raggruppamento C.M.C. avrebbe dovuto essere escluso dalla gara, in quanto la società mandataria (la C.M.C. società cooperativa) è divenuta priva del requisito di ordine generale per la partecipazione alla gara, avendo presentato in data 4 dicembre 2018 domanda di concordato preventivo, in bianco, al Tribunale di Ravenna, ai sensi dell'art. 161 della legge fallimentare; la prospettiva non muterebbe ove si ritenesse di configurare una domanda di concordato con continuità aziendale, atteso che l'art. 186-*bis*, comma 6, consente la partecipazione del raggruppamento purchè l'impresa in concordato non rivesta la qualità di mandataria (tale è invece la C.M.C.). Irrilevante è altresì, ai fini dell'art. 48, comma 17, del d.lgs. n. 50 del 2016, la mera prospettiva (nel corso della seduta del 29 marzo 2019)

dell'intenzione di due (Medil ed ICM) delle sei imprese mandanti di costituire un diverso soggetto mandatario.

Il motivo è fondato.

Ai sensi dell'art. 80, comma 5, let. b), del d.lgs. n. 50 del 2016 deve essere escluso dalla partecipazione alla procedura di gara l'operatore economico *«ove sia stato sottoposto a fallimento o si trovi in stato di liquidazione coatta o di concordato preventivo o sia in corso nei suoi confronti un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni, fermo restando quanto previsto dall'art. 110 del presente codice e dall'articolo 186-bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267»*.

La presentazione della domanda di concordato "in bianco" è causa di esclusione dalle procedure di affidamento di contratti pubblici; ha chiarito la giurisprudenza che il potere autorizzativo previsto dall'art. 186-bis, comma 4, della legge fallimentare per partecipare a procedure di affidamento in caso di concordato con continuità aziendale implica che l'accertamento della capacità dell'impresa di assumere l'appalto pubblico e di portarlo ad esecuzione, anche se intervenuto nel corso della procedura di gara, risalga comunque al momento in cui quest'ultima ha presentato la domanda di concordato. Detto in altri termini, in parziale deroga al principio di continuità dei requisiti, le imprese possono beneficiare del concordato con continuità aziendale a condizione che l'autorizzazione del Tribunale fallimentare di cui all'art. 186-bis, comma 4, della legge fallimentare intervenga prima della conclusione della fase ad evidenza pubblica; una volta definita quest'ultima restano invece irrilevanti per l'amministrazione le vicende intervenute nella sfera soggettiva dell'operatore economico (in

termini Cons. Stato, V, 21 febbraio 2020, n. 1328; III, 18 ottobre 2018, n. 5966).

Nella fattispecie controversa il Tribunale di Ravenna ha ammesso la C.M.C. al concordato con continuità aziendale in data 12 giugno 2019, allorchè dunque era già intervenuta l'aggiudicazione (e dunque dopo la conclusione della fase dell'evidenza pubblica) ed il concordato è stato omologato con decreto dello stesso Tribunale in data 29 maggio 2020.

Va peraltro aggiunto che, ove anche fosse intervenuta l'autorizzazione del Tribunale fallimentare al concordato con continuità aziendale antecedentemente alla conclusione del procedimento di evidenza pubblica, il risultato preclusivo della partecipazione alla procedura di gara da parte del raggruppamento C.M.C. non sarebbe mutato, in quanto l'art. 186-*bis*, comma 6, della legge fallimentare, con disposizione ritenuta legittima dalla Corte costituzionale con sentenza 7 maggio 2020, n. 85, precisa che l'impresa in concordato può concorrere anche riunita in raggruppamento temporaneo di imprese, purchè non rivesta la qualità di mandataria e sempre che le altre imprese aderenti al raggruppamento non siano assoggettate ad una procedura concorsuale.

Né ha pregio l'assunto difensivo di C.M.C. secondo cui ai sensi dell'art. 48, comma 17, del d.lgs. n. 50 del 2016 dovrebbe essere la stazione appaltante a richiedere la sostituzione del soggetto mandatario, avendo tale norma un differente campo di applicazione oggettivo, e comunque limitandosi a consentire la prosecuzione del rapporto con altro operatore, con ciò sottintendendo un'iniziativa della parte interessata, che nel caso di specie è mancata, essendosi la

società C.M.C. limitata alla dichiarazione di un'astratta possibilità nella seduta pubblica del dicembre 2018, mai tradottasi in richiesta formale.

3.- Lo scrutinato motivo di appello incidentale è dunque fondato, derivandone l'illegittima ammissione alla procedura di gara del R.T.I. C.M.C., il che consente l'assorbimento delle ulteriori tre censure incidentali formulate dall'A.T.I. Pizzarotti in via subordinata.

4. - Procedendo ora, per completezza di trattazione, alla disamina dell'appello principale, nonostante l'effetto di esclusione del R.T.I. C.M.C. che deriva dall'accoglimento dell'appello incidentale escludente, il primo motivo critica la sentenza per avere erroneamente interpretato la clausola *sub E)* del disciplinare di gara, secondo cui *«non è ammesso il ricorso all'istituto dell'avvalimento se finalizzato all'attribuzione del punteggio premiale nell'offerta tecnica. In tal caso verrà assegnato il punteggio minimo»*, disponendo la sottrazione del punteggio (pari a 5) inizialmente attribuito in relazione alle progettazioni eseguite (punto 1.1.1 dell'allegato n. 4 al disciplinare), nell'assunto che in caso di avvalimento di progettisti l'ausiliario non si limita a prestare i requisiti, ma, come prescritto dall'art. 89, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016, esegue in proprio la prestazione della progettazione, analogamente a quanto avviene nel caso di progettista associato in raggruppamento. Per l'appellante principale, la clausola in questione concerne la diversa ipotesi in cui il concorrente abbia fatto ricorso all'avvalimento non per l'esecuzione della prestazione, ma allo scopo di ottenere un punteggio più elevato (alla stregua di elemento curriculare) a titolo di offerta tecnica, come del resto la stazione appaltante ha ritenuto in diverse gare. Diversamente opinando, sempre ad avviso dell'appellante, la clausola, nella misura

in cui preclude l'attribuzione del punteggio esperienziale per l'avvalimento di progettisti, sarebbe da ritenere giuridicamente nulla, ponendo un'insanabile discriminazione tra il raggruppamento associato ed il raggruppamento ausiliario, in contrasto non solo con la *lex specialis*, ma anche con gli artt. 43 e 49 del Trattato U.E. e con gli artt. 57, 60 e 63 della direttiva 2014/2024/CE.

Il motivo è infondato.

La sentenza appellata ha ravvisato il fondamento di razionalità di un'interpretazione con portata generalizzata dalla clausola del disciplinare nella circostanza che *«qualora il progettista sia un ausiliario, perché ha stipulato un contratto di avvalimento con la partecipazione alla gara, come nel caso di specie, e nello stesso tempo è tenuto ad eseguire direttamente le prestazioni dedotte in contratto, in applicazione dell'art. 89 del d.lgs. n. 50/2016, resta, comunque, estraneo all'associazione che partecipa alla gara [...]. Tale differenza comporta ragionevolmente che il disciplinare di gara esclude che da un prestito di requisiti, che la partecipante non possiede, quest'ultima possa addirittura ricevere un vantaggio superiore a quello della partecipante, che non possiede il requisito esperienziale e non è ricorsa ad alcun avvalimento»*.

Ora, il R.T.I. C.M.C., nel dichiarare di avvalersi, per i servizi di progettazione, dei requisiti del costituendo raggruppamento temporaneo di progettisti formato da Systra S.A., Systra Sotecni s.p.a e Lombardi Ingegneria s.r.l., ha ritenuto equiparabile l'associazione in raggruppamento temporaneo di tipo verticale con l'avvalimento di un progettista ausiliario, costituenti le due modalità alternative di partecipazione alla gara contemplate *sub* lett. D) del disciplinare per l'ipotesi di impresa sprovvista dei requisiti di partecipazione. Si tratta peraltro di un assunto non condivisibile, proprio in ragione della differenza sostanziale tra raggruppamento di

imprese e ed avvalimento; nel primo caso, l'operatore economico entra a fare parte di un raggruppamento con altre imprese assumendo la qualifica di concorrente, mentre, nel caso dell'avvalimento, l'ausiliario presta i servizi per il concorrente, non assumendo comunque tale ruolo.

L'estraneità dell'ausiliario all'impresa concorrente nella procedura di gara preclude che siano valutate le sue referenze; l'avvalimento serve solamente a consentire ad un'impresa di partecipare utilizzando in prestito i requisiti di altra impresa, non anche per conseguire un punteggio più elevato in relazione all'offerta tecnica (Cons. Stato, V, 17 marzo 2020, n. 1916).

Ciò dimostra anche la radicale infondatezza della dedotta disparità di trattamento, che presuppone ovviamente una identità di situazioni, non configurabile nella fattispecie in esame. Tanto meno è ipotizzabile la violazione dell'art. 63 della direttiva 2014/24/UE (*melius*, dell'art. 79 della direttiva 2014/25/UE, relativa ai settori speciali) la quale fa riferimento all'art. 58 della direttiva, disciplinante i criteri di selezione (ovvero i requisiti di qualificazione) e non già i punteggi premiali attribuibili ai fini dell'aggiudicazione.

5. - Il secondo motivo dell'appello principale deduce poi che il raggruppamento Pizzarotti abbia prestato acquiescenza al verbale della seduta pubblica del 17 dicembre 2018 (nel quale risultava terzo graduato), nonché l'illegittimità del provvedimento in autotutela adottato da R.F.I. e la tardività del ricorso rispetto all'ostensione documentale del 29 gennaio 2019.

Anche tale motivo, se non anche inammissibile per la genericità ed in quanto meramente reiterativo della censura di primo grado, è infondato per le ragioni bene evidenziate dalla sentenza di prime

cure, consistenti nella natura non provvedimentale del verbale della seduta pubblica e nell'irrilevanza dell'accesso "intempestivo" rispetto all'impugnazione dell'aggiudicazione.

6. - Il terzo motivo dell'appello principale deduce poi la violazione delle regole del procedimento di evidenza pubblica, nella considerazione che, una volta conosciute le offerte economiche, non è consentito alla stazione appaltante procedere ad una nuova valutazione delle offerte tecniche sulla scorta di una rinnovata interpretazione della *lex specialis*, diametralmente opposta a quella in precedenza seguita.

Il motivo è infondato, in quanto, come correttamente ritenuto dalla sentenza appellata, «*non vi è stata alcuna nuova valutazione da parte della Commissione di gara, ma una semplice operazione aritmetica in applicazione della clausola del disciplinare*».

Non rileva cioè il fatto che l'art. 1.1.1 dell'allegato n. 4 al disciplinare implichi una valutazione tecnica delle "progettazioni eseguite", in quanto nel caso di specie si è meramente proceduto ad una decurtazione dei cinque punti prima attribuiti sulla scorta di quanto previsto al punto *sub E*) del disciplinare di gara con riguardo al punteggio premiale in caso di avvalimento ("*in tale caso verrà assegnato il punteggio minimo*"), ciò escludendo la configurabilità di un'illegittima (anche sotto il profilo del rischio di condizionamento derivante dalla conoscenza dell'offerta economica) inversione procedimentale.

Quanto alla sottrazione del punteggio, è un esito fisiologico del procedimento di riesame, finalizzato a sanare in sede di autotutela il vizio del provvedimento, che può naturalmente derivare dall'errata interpretazione di una norma della *lex specialis*.

7. - Deve dunque essere respinto l'appello principale con la connessa domanda di risarcimento del danno per equivalente (a titolo di lucro cessante, perdita di *chance* e danno curriculare).

8. - Procedendo alla disamina del ricorso in appello iscritto *sub* n. 1265/2020 del R.G. proposto dalla mandante consorzio stabile Medil s.c. a r.l. , occorre, come già per il ricorso sinora trattato, principiare dall'appello incidentale dell'A.T.I. con mandataria l'impresa Pizzarotti.

Tale appello incidentale, con natura escludente, volto cioè a contestare la mancata esclusione dalla procedura di gara del raggruppamento C.M.C. mediante reiterazione dei motivi del ricorso incidentale di primo grado, è fondato per le ragioni esposte al punto *sub* 2 della "motivazione in diritto", cui, per brevità, si rinvia (il che esime il Collegio dalla disamina dell'eccezione di inammissibilità svolta dall'A.T.I. Pizzarotti nell'assunto del difetto di legittimazione attiva in primo grado delle mandanti consorzio stabile Medil ed ICM, in quanto incluse nel raggruppamento che aveva proposto precedente ricorso avverso lo stesso provvedimento).

9. - Solo per completezza, giova aggiungere che, analogamente all'appello principale proposto dal R.T.I. C.M.C., è poi infondato l'appello principale del consorzio stabile Medil s.c. a r.l., il quale prospetta invero anche profili di inammissibilità per carenza di interesse, essendo il consorzio, da solo, privo dei requisiti prescritti per la partecipazione alla gara, in quanto carente della qualificazione LTE-001, LTE-002, LAR-03, LIS-A e LIS-C, riguardanti una significativa componente dei lavori oggetto di affidamento.

L'infondatezza dell'appello principale riposa sulle stesse motivazioni esposte al precedente punto *sub* 4), in ragione della sostanziale sovrapposibilità dei motivi svolti.

Giova peraltro aggiungere, a fronte del dedotto contrasto tra la clausola *sub* E) del disciplinare di gara, dettata in tema di avvalimento, e la previsione asseritamente speciale dell'allegato n. 4 al disciplinare stesso, punto 1.1.1 (ove è detto che «*l'elemento non è frazionabile e nel caso in cui il servizio di progettazione sia offerto da un raggruppamento associato o ausiliario, deve essere dimostrato dalla capogruppo dei soggetti riuniti*»), che, in caso di contrasto, la previsione del disciplinare è prevalente su quella dell'allegato, specie in un contesto in cui la assoluta chiarezza (evidenziata anche dal segno grafico, contrassegnato dall'anteposizione del "N.B.") della *lex specialis*, per consentire una sua intrinseca deroga, richiedeva una puntuale esplicitazione.

Andando oltre il piano dell'ermeneusi letterale, occorre considerare, sul piano sistematico, l'irragionevolezza dell'attribuzione di un premio, in termini di punteggio, ad un operatore, privo del requisito, che decida di avvalersi di un'impresa ausiliaria, rispetto al concorrente che abbia invece i requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale per partecipare autonomamente. E' come dire che il prestito dei requisiti da meccanismo pro-concorrenziale diviene strumento che favorisce operatori meno dotati, senza che rilevi, su tale piano, la circostanza che si tratti di un avvalimento operativo. Resta il fatto che l'avvalimento produce i suoi effetti nella fase di qualificazione e non già in quella di valutazione delle offerte.

10. - In conclusione, alla stregua di quanto esposto, sia con riferimento al ricorso n. 1200/2020 del R.G., che con riferimento al ricorso n. 1265/2020 del R.G., vanno accolti gli appelli incidentali e respinti quelli principali, a ciò conseguendo l'accertamento che il R.T.I. C.M.C. doveva essere escluso dal procedimento di gara.

La complessità delle questioni giuridiche trattate integra le ragioni che per legge giustificano la compensazione tra le parti delle spese del grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, così decide ; a) li riunisce; b) con riguardo al ricorso n. 1200/2020 del R.G., accoglie l'appello incidentale e respinge l'appello principale; c) con riguardo al ricorso n. 1265/2020 del R.G., accoglie l'appello incidentale e respinge l'appello principale.

Compensa tra e parti le spese di giudizio.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 11 giugno 2020, tenuta ai sensi dell'art. 84, comma 6, del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, convertito con modificazioni dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

L'ESTENSORE
Stefano Fantini

IL PRESIDENTE
Giuseppe Severini

IL SEGRETARIO