

Publicato il 15/12/2020
N. 08031/2020REG.PROV.COLL.
N. 06839/2020 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)
ha pronunciato la presente
SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6839 del 2020, proposto dalla OMISSIS S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Izzo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Il OMISSIS, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituito in giudizio;

nei confronti

la OMISSIS S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, quale capogruppo del costituendo RTI, ed OMISSIS S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, mandante del medesimo RTI, rappresentati e difesi dagli avvocati Manuel De Monte e Carlo Nunzio Sforza;

per la riforma

quanto all'appello principale

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo, Sezione staccata di Pescara n. 215 del 2020, limitatamente alla parte in cui ha accolto il ricorso incidentale proposto nel giudizio di primo grado dalle controinteressate

nonché per la riforma

quanto all'appello incidentale

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo, Sezione staccata di Pescara n. 215 del 2020, limitatamente alla parte in cui ha accolto il ricorso principale proposto dalla OMISSIS s.r.l.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti l'atto di costituzione in giudizio e l'appello incidentale improprio proposto dalla OMISSIS s.r.l. e dalla OMISSIS s.r.l. in costituendo RTI;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 novembre 2020 – svoltasi da remoto ai sensi dell'art. 25 del decreto legge n. 137 del 2020 - il Cons. Roberto Caponigro;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il OMISSIS (di seguito anche Consorzio di Bonifica Centro o Consorzio), con la delibera n. 521 in data 8 agosto 2019, ha indetto una gara "a doppio oggetto per la scelta del socio privato a cui cedere il 40% del capitale della società costituenda per la gestione del trattamento chimico fisico e biologico dei rifiuti liquidi", con aggiudicazione mediante procedura aperta ed il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Alla gara hanno partecipato due concorrenti, le parti del presente giudizio, e l'aggiudicazione è stata disposta in favore del costituendo RTI OMISSIS s.r.l. – OMISSIS s.r.l.

Il Tar per l'Abruzzo, Sezione staccata di Pescara, con la sentenza 10 luglio 2020, n. 215, ha accolto sia il ricorso principale proposto dalla seconda graduata OMISSIS s.r.l. avverso la delibera di aggiudicazione del 20 settembre 2019, sia il ricorso incidentale proposto dalle imprese di cui al costituendo RTI, aggiudicatario della gara, per la esclusione della OMISSIS avendo perso i requisiti di ammissione oggetto di avvalimento.

La OMISSIS, conseguentemente, ha proposto il presente appello, limitatamente alla parte in cui il giudice di primo grado ha accolto il ricorso incidentale, articolando le seguenti censure:

Erroneità ed ingiustizia della sentenza di primo grado nella parte in cui ha interpretato l'art. 3 del contratto di avvalimento in stridente contrasto con il tenore letterale, con la reale ed effettiva comune volontà delle parti, con il comportamento posto in essere dagli stessi contraenti, con il chiaro ed inequivoco significato che emerge da un'interpretazione logico-sistematica di carattere ordinamentale, nonché con i canoni generali della buona fede.

L'evento della mancata aggiudicazione dedotto in condizione nel contratto di avvalimento si riferirebbe ad una mancata aggiudicazione certa e definitiva, per cui la detta condizione si sarebbe dovuta ritenere verificata esclusivamente in caso di mancata impugnazione da parte della OMISSIS dell'altrui

aggiudicazione o, in alternativa, nell'ipotesi di esito sfavorevole della predetta impugnazione. L'aggiudicazione, infatti, potrebbe essere conseguita anche per effetto di un provvedimento giurisdizionale, sicché non potrebbe condividersi l'assunto secondo cui si sarebbe verificata la condizione risolutiva nonostante l'esito vittorioso dell'impugnazione proposta in primo grado. Insomma, la pattuita condizione risolutiva della "mancata aggiudicazione della gara" non avrebbe potuto ritenersi definitivamente avverata già per effetto della proposizione del ricorso di primo grado e, ancor più, per effetto dell'annullamento della precedente aggiudicazione.

D'altra parte, l'ausiliaria OMISSIS s.r.l., società appartenente al medesimo gruppo dell'ausiliata OMISSIS s.r.l. e che con quest'ultima condivide la medesima compagine societaria, ha confermato che il contratto di avvalimento in essere tra le parti è da intendersi valido ed efficace sino all'esito dei giudizi di impugnazione.

Anche alla luce del principio della buona fede oggettiva, la condizione risolutiva potrebbe ritenersi avverata solo quando si è definitivamente verificato l'evento dedotto.

Le società OMISSIS ed OMISSIS, nelle qualità, rispettivamente, di capogruppo e mandante del costituendo RTI aggiudicatario, a loro volta, hanno interposto un appello incidentale improprio ex art. 96 c.p.a., impugnando la sentenza limitatamente alla parte in cui ha accolto il ricorso principale proposto dalla OMISSIS s.r.l.

A tal fine, hanno dedotto i seguenti motivi:

Erroneità della sentenza n. 215 del 2020 nella parte in cui ha respinto le eccezioni di inammissibilità del ricorso introduttivo della OMISSIS s.r.l. per mancata impugnazione degli atti di gara asseritamente modificati e mancata richiesta di annullamento della procedura di gara, nonché nella parte in cui ha respinto le eccezioni di inammissibilità/improcedibilità del medesimo ricorso principale in conseguenza dell'accoglimento del ricorso incidentale.

La OMISSIS, con il ricorso introduttivo di primo grado avrebbe impugnato la sola aggiudicazione del 20 settembre 2019, ma non anche il bando di gara o, per ciò che più interessa, il disciplinare di gara asseritamente modificato; né, avrebbe mai richiesto la dichiarazione di illegittimità della procedura di gara e, quindi, l'annullamento dell'intera procedura, ma solo l'esclusione del RTI, con conseguente aggiudicazione in suo favore in quanto unico partecipante.

L'accoglimento del ricorso incidentale proposto in primo grado, pertanto, avrebbe dovuto condurre, alla luce della domanda formulata e degli atti impugnati dalla ricorrente, all'inammissibilità del ricorso principale.

Il Tar Abruzzo, invece, nel non dichiarare inammissibile il ricorso principale in conseguenza dell'accoglimento del ricorso incidentale, avrebbe dato rilevanza ad un interesse strumentale mai manifestato e, perciò, non considerabile, in tal senso pronunciando *ultra petita*.

Erroneità dell'estensione agli appalti di servizi del principio, valido per i soli appalti di lavori, di necessaria corrispondenza tra quote di qualificazione, di partecipazione e di esecuzione nell'ipotesi di partecipazione in RTI.

Il principio della necessaria corrispondenza tra quote di partecipazione, quote di qualificazione e quote di esecuzione, come anche evincibile dalla sentenza n. 8 del 2019 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato troverebbe applicazione solo per gli appalti di lavori, ai sensi dell'art. 92 del d.P.R. n. 207 del 2010, ma non anche per gli appalti di servizi.

Il giudice di primo grado avrebbe finito per estendere i concetti espressamente riferiti ai soli appalti di lavori e fondati sull'art. 92 del d.P.R. n. 207 del 2010 anche agli appalti di servizi e di forniture.

Per i servizi e le forniture, per le quali non vi è un sistema di qualificazione SOA normativo, spetterebbe alla stazione appaltante decidere se introdurre sistemi di qualificazione ed in che misura dispone la ripartizione in sede di ATI.

In altri termini, negli appalti di servizi e forniture non vigerebbe *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* di gara.

Sarebbe del tutto illogico se con la costituzione di un RTI, in assenza di una *lex specialis* limitativa, non si potessero cumulare i requisiti, mentre ciò sarebbe possibile con un semplice contratto di avvalimento, come ha fatto la OMISSIS, sprovvista di ogni requisito.

Erroneità nella lettura del chiarimento fornito dalla stazione appaltante nonché degli artt. 7, comma 5, 8 e 11, comma 14, del disciplinare di gara.

Sarebbe precluso alla stazione appaltante apportare modifiche con i chiarimenti, ove gli atti di gara siano chiari, intelligibili e non contraddittori, mentre sarebbe possibile intervenire, in presenza di dubbi, con un'interpretazione autentica e chiarificatrice della reale volontà provvedimentale.

Il Tar Abruzzo ha accolto la ricostruzione della ricorrente, ritenendo che le previsioni di cui all'art. 7, comma 5, ed all'art. 8 del disciplinare non fossero in contraddizione, ma pienamente intelligibili.

La previsione dell'art. 8, invece, avrebbe richiesto, come poi interpretato dalla stazione appaltante, che l'intero importo dei servizi analoghi fosse in capo almeno ad una delle imprese, atteso che la garanzia di affidabilità nello svolgimento del servizio era proprio nella necessità che il requisito esperienziale non fosse soddisfatto *pro quota* tra imprese raggruppate o consorziate, per l'appunto non frazionabile, ma ci fosse almeno una delle imprese idonea da sola a possederlo per l'intero.

Il concetto di infrazionabilità del requisito non potrebbe essere interpretato nel senso che ciascun componente del raggruppamento debba possedere il requisito per intero.

In ogni caso, rispetto all'art. 7, comma 5, del disciplinare, dovrebbero prevalere gli artt. 8 ed 11, comma 14, in quanto gli unici specificamente dettati con riferimento ai requisiti richiesti e ciò sarebbe anche rispondente al principio del *favor participationis*.

Le parti hanno ciascuna contestato la fondatezza delle doglianze proposte dall'altra ed hanno depositato altre memorie a sostegno ed illustrazione delle rispettive difese.

La OMISSIS s.r.l., ad ogni buon fine, ha altresì riproposto, ai sensi dell'art. 101 c.p.a., gli ulteriori motivi di ricorso assorbiti e non esaminati in primo grado.

All'udienza pubblica dell'11 novembre 2020, svoltasi da remoto ai sensi dell'art. 25 del decreto legge n. 137 del 2020, la causa è stata trattenuta per la decisione.

2. Il Tar per l'Abruzzo, Sezione staccata di Pescara, con la sentenza n. 215 del 2020, ha accolto sia il ricorso principale "escludente", proposto in primo grado dalla OMISSIS s.r.l., sia il ricorso incidentale "escludente" proposto dalle società OMISSIS s.r.l. ed OMISSIS s.r.l. in qualità, rispettivamente, di capogruppo e di mandante del costituendo RTI aggiudicatario, sicché sono stati soddisfatti gli interessi strumentali di entrambe le contendenti, le quali conserverebbero una *chance* di ottenere il bene della vita costituito dall'aggiudicazione in caso di rinnovazione della gara, mentre sono rimasti insoddisfatti i loro interessi finali ad ottenere direttamente l'aggiudicazione, l'una, il costituendo RTI, attraverso il non annullamento del provvedimento di aggiudicazione, l'altra, la OMISSIS, attraverso l'emanazione di una sentenza che ne avesse accertato la fondatezza della pretesa.

Di qui, al fine di conseguire il bene della vita finale, gli interessi delle concorrenti, ciascuno per la parte in cui il contrapposto ricorso "escludente" è stato accolto, a proporre gli appelli in esame.

In primo grado, infatti, le concorrenti hanno proposto ricorso entrambi "escludenti", in quanto la OMISSIS, con il ricorso principale, ha impugnato l'aggiudicazione a favore del RTI essenzialmente per carenza di requisiti di capacità tecnica e professionale della mandante OMISSIS (comprovata esperienza in materia di servizi analoghi), mentre, con ricorso incidentale, il costituendo RTI aggiudicatario ha contestato che il contratto di avalimento stipulato dalla OMISSIS avesse perso efficacia, essendo risolutivamente condizionato alla mancata aggiudicazione della gara.

3. L'*ordo questionum* impone di esaminare prioritariamente l'appello incidentale improprio proposto dal costituendo RTI OMISSIS/OMISSIS, nella parte in cui contesta l'accoglimento del ricorso principale proposto in primo grado, in quanto l'eventuale fondatezza dello stesso determinerebbe l'infondatezza del ricorso principale proposto in primo grado dalla OMISSIS e l'intangibilità dell'aggiudicazione in favore del costituendo raggruppamento temporaneo, per cui l'appello proposto dalla OMISSIS o, meglio, il ricorso incidentale proposto in primo grado dal costituendo RTI diverrebbe improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse con annullamento *in parte qua* senza rinvio della sentenza di primo grado.

3.1. In primo luogo, occorre rilevare che, con l'appello incidentale improprio, le società OMISSIS e OMISSIS hanno proposto una articolata prima doglianza, volta, tra l'altro, a sostenere che, a seguito dell'accoglimento del ricorso incidentale in primo grado, il ricorso principale avrebbe dovuto essere dichiarato inammissibile ed un'altra serie di doglianze volta a contestare la sentenza appellata laddove ha accolto il ricorso principale "escludente" proposto dalla OMISSIS.

3.1.1. La prima doglianza riposa sul fatto che, in primo grado, avrebbe dovuto essere prioritariamente esaminato l'appello incidentale e che il suo accoglimento avrebbe dovuto condurre, alla luce della domanda formulata e degli atti impugnati dalla ricorrente, all'inammissibilità del ricorso principale. Tale prospettazione postula un determinato rapporto di priorità logica nell'esame delle azioni, vale a dire il prioritario esame del gravame incidentale rispetto all'esame del gravame principale, laddove il giudice di primo grado ha esaminato prima il ricorso principale.

L'*ordo questionum*, in ragione di quanto innanzi esposto, impone che in questa sede di appello debba esaminato prima l'appello incidentale nella parte in cui, con lo stesso, si contesta nel merito l'accoglimento del ricorso principale "escludente"; la prima doglianza di rito, per taluni profili, sarà esaminata nel successivo capo 3.1.3, mentre, per gli altri profili, potrebbe assumere rilievo, ed essere esaminata, solo all'esito dello scrutinio di entrambi i gravami ove entrambi dovessero essere ritenuti infondati.

3.1.2. L'appello incidentale improprio, nella parte in cui contesta l'accoglimento del ricorso proposto in

primo grado dalla OMISSIS con il ricorso principale "escludente", è infondato e deve essere respinto. L'art. 7, comma 1, del disciplinare di gara è rubricato "condizioni di ammissione" e prevede che, ferme restando le motivazioni di esclusione previste dall'art. 80 del codice dei contratti pubblici, in presenza delle quali non è consentito partecipare all'asta, i partecipanti alla procedura dovranno rendere talune dichiarazioni pena l'esclusione. In particolare, il comma 2, lettera c), stabilisce che, ai fini dell'affidamento, gli operatori economici dovranno possedere, ai sensi dell'art. 83 del codice, adeguate capacità tecniche e professionali ed il successivo comma 5, dispone che, ai fini della sussistenza dei criteri di selezione di cui al comma 2, lettera c), "i concorrenti dovranno presentare un elenco relativo ai principali servizi effettuati negli ultimi tre anni rispetto alla data di pubblicazione del bando di gara, con indicazione della tipologia di servizio, dei committenti (pubblici e privati), degli importi, della data di inizio e della data di fine delle prestazioni." e specifica che "in caso di raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di operatori economici, di cui rispettivamente all'art. 45, comma 2°, lett. d) ed e), del codice il requisito di cui al presente comma dovrà essere posseduto da ciascun operatore componente il raggruppamento o il consorzio ordinario".

Tale previsione della *lex specialis* non lascia alcun dubbio in ordine al fatto che la stazione appaltante abbia richiesto tra i requisiti di ammissione previsti a pena di esclusione che, in caso di RTI, i requisiti di professionalità debbono essere posseduti da ciascun componente del raggruppamento.

Il successivo art. 8, peraltro, rubricato "requisiti dei soggetti partecipanti", indica all'alinea "Capacità Tecnica e Professionale", capo 1, lettera c), che, "nel caso di raggruppamenti temporanei o consorzi ordinari la dimostrazione del servizio, in quanto non frazionabile, può essere documentata da una sola delle imprese raggruppate o consorziate".

L'art. 11, comma 14, del disciplinare, inoltre, nel caso di raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di operatori economici, mentre prevede che i requisiti di capacità economico-finanziaria (fatturato globale) devono essere posseduti nella misura del 50% dall'operatore economico designato quale capogruppo (mandatario), mentre la parte restante deve essere posseduta dai mandanti ognuno dei quali deve almeno possedere il 10%, dispone che i requisiti di idoneità professionale devono essere posseduti da ciascun operatore economico facente parte del raggruppamento.

Il Consorzio di Bonifica Centro, in data 2 settembre 2019, ha reso il chiarimento n. 1 in merito ai requisiti ai fini della partecipazione in caso di Raggruppamento Temporaneo di Imprese, evidenziando che "ai fini della partecipazione nel caso di Raggruppamento Temporaneo di Imprese si chiarisce che fa fede quanto indicato nel disciplinare di gara art. 8 Capacità tecnica professionale comma 1 ... nel caso di raggruppamenti temporanei o consorzi ordinari la dimostrazione del servizio in quanto non frazionabile, può essere documentata da una sola delle imprese raggruppate o consorziate" e specificando che "quanto indicato all'art. 7 comma 5 trattasi di mero refuso di stampa".

Ora, sulla base delle richiamate disposizioni della disciplina gara, il Collegio ritiene indubbio che il detto chiarimento, sia pure invocando la sussistenza di un mero refuso di stampa, abbia modificato in modo sostanziale le condizioni di ammissione alla gara stabilite dall'art. 7, comma 5, del disciplinare.

Il chiarimento, infatti, non ha assunto una funzione neutrale e meramente esplicativa di un contenuto implicito della clausola della disciplina di gara, ma, al contrario, ha introdotto un elemento additivo che ha modificato la portata del requisito di ammissione, ampliando la platea dei potenziali concorrenti e, in particolare, consentendo l'ammissione alla gara del costituendo RTI OMISSIS/OMISSIS, sebbene la mandante fosse sprovvista dei requisiti di capacità tecnica professionale, non avendo svolto servizi analoghi nell'ultimo triennio.

In tal modo, il chiarimento non ha avuto l'effetto di esplicitare il significato (in ipotesi ambiguo od oscuro) della *lex specialis*, bensì di modificare inammissibilmente le condizioni di ammissione alla gara, mutandone il contenuto ed il senso, così integrando in termini il requisito di cui al disciplinare di gara (cfr., in argomento, Cons. Stato, III. n. 875 del 2020).

I chiarimenti, invece, sono ammissibili se contribuiscono, con un'operazione di interpretazione del testo, a renderne chiaro e comprensibile il significato, ma non quando, proprio mediante l'attività interpretativa, si giunga ad attribuire ad una disposizione del bando un significato ed una portata diversa e maggiore di quella che risulta dal testo stesso, in tal caso violandosi il rigoroso principio formale della *lex specialis*, posto a garanzia dei principi di cui all'art. 97 Cost. (Cons. Stato, V, n. 6026 del 2019).

Infatti, le preminenti esigenze di certezza connesse allo svolgimento delle procedure concorsuali di selezione dei partecipanti impongono di ritenere di stretta interpretazione le clausole del bando di gara, sicché ne risulta preclusa qualsiasi lettura che non sia in sé giustificata da un'obiettivo incertezza del loro significato letterale.

In definitiva, sempre su un piano generale, quanto alla portata e al valore dei chiarimenti resi nel corso della procedura di gara, deve ritenersi che, in generale, essi sono ammissibili purché non modificano la

disciplina dettata per lo svolgimento della gara, cristallizzata nella *lex specialis*, avendo i medesimi una mera funzione di illustrazione delle regole già formate e predisposte dalla disciplina di gara, senza alcuna incidenza in termini di modificazione o integrazione delle condizioni della procedura selettiva (cfr. Cons. Stato, III, 8 settembre 2020, n. 5708, che richiama un'ampia giurisprudenza).

I chiarimenti della stazione appaltante possono costituire interpretazione autentica con cui l'Amministrazione spiega la propria volontà provvedimentale (Cons. St., III, 7 febbraio 2018, n. 781), meglio delucidando le previsioni della *lex specialis* (Cons. St., III, 22 gennaio 2014, n. 290; id., IV, 21 gennaio 2013, n. 341): ciò è tuttavia consentito soltanto nelle ipotesi in cui non sia ravvisabile un conflitto tra le delucidazioni fornite dall'Amministrazione ed il tenore delle clausole chiarite (Cons. St., IV, 14 aprile 2015, n. 1889), in caso di contrasto dovendo darsi prevalenza alle clausole della *lex specialis* e al significato desumibile dal tenore delle stesse, per quello che oggettivamente prescrivono. I chiarimenti non sono invece ammissibili allorché, mediante l'attività interpretativa, si giunga ad attribuire a una disposizione del bando un significato e una portata diversa o maggiore rispetto a quella che risulta dal testo, in quanto in tema di gare pubbliche le uniche fonti della procedura sono costituite dal bando di gara, dal capitolato e dal disciplinare, unitamente agli eventuali allegati: ne consegue che i chiarimenti auto-interpretativi della stazione appaltante non possono né modificarle né integrarle, assumendo le previsioni della legge di gara carattere vincolante (Cons. St., sez. V, 23 settembre 2015, sent. n. 4441). Dette fonti devono essere interpretate e applicate per quello che oggettivamente prescrivono, senza che possano acquisire rilevanza atti interpretativi postumi dell'amministrazione aggiudicatrice.

Con i chiarimenti, quindi, non sono possibili operazioni manipolative, potendo essi solo contribuire, con un'operazione di interpretazione del testo, a renderne chiaro e comprensibile il significato o la *ratio*. (Cons. Stato, V, 2 settembre 2019, n. 6026).

Nel caso di specie, non sussiste alcun dubbio che, come in precedenza descritto, l'art. 7, comma 5, del disciplinare, nel dettare le condizioni di ammissione alla gara, abbia previsto che il requisito di adeguata capacità tecnica e professionale dovesse essere previsto da ciascun componente del raggruppamento, così come è del tutto chiaro, ai sensi dell'art. 11, comma 14, del disciplinare che, a differenza dei requisiti di capacità economico – finanziaria, i requisiti di idoneità professionale dovessero essere posseduti da ciascun operatore economico facente parte del raggruppamento temporaneo.

Di fronte a tali inequivoche espressioni letterali e tenuto conto che l'art. 7, comma 7, dello stesso disciplinare ha indicato che i requisiti avrebbero dovuto essere comprovati ai sensi del successivo art. 8, il detto art. 8 stabilisce che, nel caso di raggruppamenti temporanei, la dimostrazione del servizio, in quanto non frazionabile, può essere documentata da una sola delle imprese raggruppate.

Orbene, nonostante la non perspicua formulazione letterale, tenuto conto del principio di non frazionabilità, l'art. 8 deve essere inteso in modo compatibile con le altre disposizioni di gara, e cioè nel senso che il requisito deve essere dimostrato per intero da ogni singola impresa raggruppata, vale a dire che non possono essere operate compensazioni tra le imprese con riferimento allo specifico requisito.

Ne consegue che le clausole della *lex specialis*, nel loro complesso, non sono equivoche ed indicano che i requisiti di capacità tecnica professionale devono essere posseduti da ciascun componente del raggruppamento.

D'altra parte, è la stazione appaltante a valutare se chiedere nella legge di gara il possesso dei requisiti di partecipazione in capo a ciascuna impresa associata secondo determinate entità.

Pertanto, a prescindere dalla censure dedotte in ordine al fatto che il principio della necessaria corrispondenza tra quote di partecipazione, quote di qualificazione e quote di esecuzione non trova applicazione per gli appalti di servizi e forniture, che non assumono dirimente rilievo nel presente giudizio, le doglianze proposte in appello non possono essere condivise, in quanto, nella corretta applicazione della *lex specialis* della gara, il costituendo RTI OMISSIS/OMISSIS avrebbe dovuto essere escluso per l'assenza dei requisiti di idoneità tecnica - professionale in capo alla mandante.

3.1.3. Con riferimento ai profili in rito dedotti con il primo motivo dell'appello incidentale improprio, occorre rilevare come non possa ritenersi che il chiarimento reso in sede di gara dall'amministrazione aggiudicatrice abbia portata realmente lesiva, non avendo carattere provvedimentale, in quanto, come ampiamente rilevato, i chiarimenti non hanno la capacità di modificare la legge di gara e i termini e le condizioni di partecipazione alla stessa, sicché nessun onere di impugnazione autonoma, né tantomeno immediata, si è venuto a determinare in capo alla OMISSIS, mentre i vizi relativi alla errata interpretazione ed applicazione della legge di gara si sono riverberati come vizi di legittimità dell'aggiudicazione in favore di un concorrente che, invece, avrebbe dovuto essere escluso.

Peraltro, la OMISSIS, con il ricorso principale proposto in primo grado, ha impugnato, quale atto presupposto all'aggiudicazione, anche la nota del 2 settembre 2019 recante il chiarimento in discorso.

Tale impugnazione non è tardiva, in quanto la lesività di tale atto, meramente ipotetica in assenza di un'effettiva natura provvedimentale, si è manifestata con l'aggiudicazione della gara al costituendo RTI, sicché, in tale momento, è sorto il relativo interesse all'impugnazione.

Né, ovviamente, sussisteva in capo alla OMISSIS un onere di impugnazione delle clausole di gara, le quali, al contrario, avrebbero dovuto eventualmente essere impugnate dalle controinteressate, in quanto immediatamente escludenti in assenza dei requisiti di idoneità tecnica - professionale da parte di ciascun componente del raggruppamento.

L'Amministrazione, ove avesse voluto modificare la disciplina di gara, avrebbe dovuto procedere in autotutela, annullando gli atti di gara e pubblicando nuovamente la *lex specialis* con un nuovo termine per la presentazione delle domande, dando così modo a tutti i potenziali concorrenti di prendere parte alla procedura di gara in base ai nuovi requisiti di ammissione.

3.1.4. In ragione di tutto quanto esposto, in definitiva, il costituendo RTI avrebbe dovuto essere escluso dalla gara ai sensi dell'art. 7, comma 5, del disciplinare che, in modo inequivoco, ha richiesto il possesso di adeguate capacità tecniche e professionali per ciascun componente del raggruppamento, laddove la mandante è priva del requisito professionale, mentre il chiarimento reso dall'Amministrazione si rivela *tamquam non esset* ed è comunque illegittimo.

L'appello incidentale improprio proposto dalle società OMISSIS e OMISSIS, quindi, deve essere respinto, e ciò determina la necessità di esaminare l'appello proposto dalla OMISSIS s.r.l.

3.2. Tale appello è fondato e deve essere accolto.

La OMISSIS s.r.l. (impresa ausiliata) e la OMISSIS s.r.l. (impresa ausiliaria) – premesso che l'impresa ausiliata OMISSIS intende partecipare in qualità di "concorrente singolo" alla procedura aperta indetta dal Consorzio di Bonifica Centro, avente denominazione "gara a doppio oggetto per la scelta del socio privato a cui cedere il 40% del capitale della società costituenda e per la gestione del trattamento chimico fisico e biologico dei rifiuti liquidi – CIG 8004659592" e premesso altresì che la ditta ausiliata, sebbene tecnicamente ed economicamente organizzata, è carente dei requisiti obbligatori di capacità tecnica e professionale previsti dall'art. 7, comma 5, e dall'art. 8, lett. a), lett. b) e lett. e) del disciplinare di gara, limitatamente ai servizi di trattamento biologico dei rifiuti, mentre è in possesso dei requisiti richiesti relativamente ai servizi di trattamento chimico fisico dei rifiuti – hanno stipulato un contratto di avvalimento in base agli artt. 47 e 48 della direttiva 2004/18/CE ed all'art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016. Il punto 3 dei patti e delle condizioni ha previsto che "il predetto impegno diviene inefficace in caso di mancata aggiudicazione della gara all'impresa ausiliata".

Il giudice di primo grado ha accolto il ricorso incidentale proposto dalle società facenti parte del costituendo RTI, in base essenzialmente alle seguenti ragioni:

- interpretando la clausola come una condizione di avvalimento subordinata alla mancata definitiva aggiudicazione dell'appalto per cui l'avvalimento è stato stipulato, "*si renderebbe del tutto superflua la condizione perché la si farebbe coincidere con la causa, con la funzione del contratto, che diventerebbe comunque definitivamente impossibile per la sopravvenuta mancata definitiva aggiudicazione; e, come noto, la sopravvenuta impossibilità della causa determina l'estinzione del contratto, con conseguente esonero delle parti dall'obbligo di eseguire le rispettive prestazioni (Cassazione civile n. 16315 del 2007)*";

- ricorrendo alla cd. interpretazione conservativa di cui all'articolo 1367 c.c., è evidente che l'impresa ausiliaria "*abbia tutto l'interesse a non mantenere il vincolo della messa a disposizione per tutto il tempo occorrente per la risoluzione di una eventuale controversia giurisdizionale in ordine alla aggiudicazione dell'appalto, che comporterebbe comunque una immobilizzazione di risorse per un tempo comunque non facilmente preventivabile; sicché da quanto premesso appare preferibile l'interpretazione secondo cui la condizione della mancata aggiudicazione sia proprio da intendere come mancata immediata aggiudicazione a seguito della gara condotta dalla stazione appaltante; e questo evento si è senza dubbio verificato, con conseguente estinzione del contratto di avvalimento*".

Le conclusioni a cui è giunto il Tar per l'Abruzzo non possono essere condivise.

L'evento dedotto in condizione, vale a dire "la mancata aggiudicazione della gara all'impresa ausiliata", non può essere intesa, non essendovi alcun elemento ermeneutico a supporto, nel senso che la mancata aggiudicazione sia quella immediata, vale a dire quella che segue l'aggiudicazione a favore di altra impresa concorrente.

Viceversa, l'aggiudicazione a favore di un'impresa può avvenire, immediatamente, in esito allo svolgimento della gara, ovvero, successivamente, in esito ad un procedimento amministrativo di autotutela o in esito ad un ricorso giurisdizionale in cui l'impresa ausiliata ha contestato vittoriosamente l'aggiudicazione in favore di altri ed il giudice, annullando con effetto *ex tunc* l'aggiudicazione illegittimamente disposta in favore di un'altra concorrente, abbia accertato in giudizio che alla ricorrente sarebbe spettato il bene della vita costituito dall'aggiudicazione, sin dalla conclusione di una legittima

procedura di gara.

E' proprio quest'ultimo il caso oggetto della presente vicenda contenziosa.

A seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione disposta a favore del costituendo RTI, da cui discende l'accertamento della pretesa sostanziale dedotta dall'appellante in giudizio, vale a dire che l'aggiudicazione sarebbe spettata in suo favore, non vi è alcun motivo per ritenere che si sia avverato l'evento dedotto in condizione, in quanto ancorato alla mancata aggiudicazione della gara, non alla mancata aggiudicazione "immediata" della gara.

In altri termini, diversamente da quanto statuito in primo grado, la clausola in discorso deve essere interpretata in modo da considerare l'aggiudicazione in qualunque modo acquisita, laddove, ove le parti avessero voluto intendere che l'impegno sarebbe divenuto inefficace in caso di mancata aggiudicazione da parte dell'Amministrazione immediatamente in esito allo svolgimento della procedura ed a prescindere da un eventuale riesercizio del potere a seguito di una pronuncia giurisdizionale, avrebbero dovuto indicarlo espressamente.

L'aggiudicazione ad una determinata impresa, infatti, è sia quella disposta all'esito della gara, sia quella eventualmente disposta nell'esecuzione di una pronuncia giurisdizionale (o in seguito ad un provvedimento di autotutela), non essendovi alcuna differenza quanto alla natura del provvedimento ed alla sua efficacia.

Una diversa soluzione si rivelerebbe inaccettabile, in quanto si ammetterebbe che una clausola risolutiva derivante da un'illegittima azione amministrativa accertata in giudizio possa ridondare, ingiustamente ed ingiustificatamente, a carico della parte che, ai fini del contratto di avvalimento, non potrebbe più essere considerata aggiudicataria di una gara della quale sarebbe stata aggiudicataria sin da subito ove l'Amministrazione avesse operato legittimamente.

Di talché, il contratto di avvalimento, in assenza di una mancata aggiudicazione certa e definitiva, non poteva dirsi risolto, mentre l'annullamento dell'aggiudicazione in favore del costituendo RTI determina che il contratto stesso continua ad essere efficace e che la OMISSIS non può essere esclusa dalla gara per carenza dei requisiti di ammissione, ma deve essere individuata come aggiudicataria.

In tal senso, una chiara giurisprudenza, in presenza della clausola apposta in un contratto di avvalimento, secondo cui "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 ... 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", ha sottolineato 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" (Cons. Stato, V, 12 febbraio 2020, n. 1074).

La clausola dell'aggiudicazione in favore di altro concorrente, quindi, va riferita ad un'aggiudicazione definitiva e consolidata, quale è quella non sottoposta a contestazione giudiziale, di per sé strumentale a condizionarne risolutivamente l'esito (Cons. Stato, V, 10 giugno 2019, n. 3881)

D'altra parte l'ausiliaria OMISSIS, società appartenente al medesimo gruppo dell'ausiliata OMISSIS, con la nota del 18 novembre 2019, ha confermato "che il contratto di avvalimento in essere tra le parti è da intendersi valido ed efficace sino all'esito dei giudizi di impugnazione che la società OMISSIS Srl riterrà opportuno instaurare c/o i competenti organi giurisdizionali (Tar Abruzzo – Sez. di Pescara e Consiglio di Stato)".

La clausola contrattuale conserverebbe in ogni caso una sua rilevanza nel regolamento negoziale, individuando un *dies ad quem* per l'efficacia dell'impegno assunto dall'impresa ausiliaria che, ad esempio, sarebbe sciolta dal vincolo contrattuale nell'ipotesi di rinnovazione della stessa gara da parte del Consorzio.

In conclusione, l'appello principale proposto dalla OMISSIS di rivela fondato e va accolto.

4. L'esito della vicenda contenziosa determina la soddisfazione dell'interesse finale dell'appellante OMISSIS, ricorrente principale in primo grado, ad ottenere, in esito all'attività amministrativa esecutiva della presente sentenza, l'aggiudicazione della gara, sicché non assume alcun rilievo la censura contenuta nel primo motivo proposto con l'appello incidentale improprio dal costituendo RTI OMISSIS/OMISSIS, con cui è stato dedotto il vizio di ultrapetizione della sentenza di primo grado, atteso che la OMISSIS, con il ricorso introduttivo di primo grado, non avrebbe mai richiesto la dichiarazione di illegittimità della procedura di gara e, quindi, l'annullamento dell'intera procedura, ma solo l'esclusione del RTI, con conseguente aggiudicazione in suo favore in quanto unico partecipante.

5. Le spese del doppio grado di giudizio seguono la soccombenza e, liquidate complessivamente in euro 10.000,00 (diecimila/00), oltre accessori di legge, sono poste a favore della OMISSIS ed a carico,

per euro 6.000,00, in parti uguali (ciascuna per euro 3.000) ed in solido, delle società OMISSIS e OMISSIS, e, per euro 4.000, del Consorzio di Bonifica Centro Saline – Pescara – Alento – Foro.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale Sezione Quarta, definitivamente pronunciando, accoglie l'appello principale proposto dalla OMISSIS s.r.l., respinge l'appello incidentale improprio proposto dalle società OMISSIS s.r.l. e OMISSIS s.r.l. in costituendo RTI e, per l'effetto, in parziale riforma della sentenza di primo grado, accoglie il solo ricorso principale proposto in primo grado dalla OMISSIS s.r.l., con annullamento degli atti impugnati, e respinge il ricorso incidentale posposto in primo grado dalle imprese del costituendo RTI.

Liquida le spese del doppio grado di giudizio come da motivazione.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 novembre 2020 - svoltasi da remoto ai sensi dell'art. 25 del decreto legge n. 137 del 2020 - con l'intervento dei magistrati:

Roberto Giovagnoli, Presidente

Daniela Di Carlo, Consigliere

Nicola D'Angelo, Consigliere

Silvia Martino, Consigliere

Roberto Caponigro, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Roberto Caponigro

IL PRESIDENTE

Roberto Giovagnoli

IL SEGRETARIO