

La partecipazione contestuale di un consorzio e di una società consorziata: inosservanza dell'obbligo dichiarativo e ipotesi di esclusione.

di Rocco Felato

Data di pubblicazione: 27-2-2025

I consorzi stabili, ai sensi dell'art. 67, comma 4, del d.lgs. n. 36 del 2023, sono tenuti ad indicare "in sede di offerta" per quali consorziati essi concorrono e tanto in virtù di un principio già codificato all'art. 48, comma 7 del d.lgs. n. 50 del 2016.

La partecipazione alla gara, in qualsiasi altra forma, da parte del consorziato designato determina l'esclusione del medesimo solo laddove sussistano rilevanti indizi tali da far ritenere che le offerte degli operatori economici siano imputabili ad un unico centro decisionale a cagione di accordi intercorsi con altri operatori economici partecipanti alla stessa gara (cfr. art. 95, comma 1, lettera d) e sempre che l'operatore economico non dimostri che la circostanza non ha influito sulla gara, né è idonea a incidere sulla capacità di rispettare gli obblighi contrattuali.

In ragione dell'evidente carattere eccezionale della previsione normativa – in quanto derogatorio del generale principio (di derivazione eurounitaria) del favor participationis alle gare – la stessa non può estendersi oltre le ipotesi espressamente contemplate dal legislatore.

Ne consegue che, a differenza della "designazione" per l'esecuzione, la semplice partecipazione ad un consorzio stabile:

a) non integra un elemento indiziario dell'esistenza di un unico centro decisionale, potenzialmente idoneo a compromettere la genuinità del confronto concorrenziale ai sensi dell'art. 67, comma 4 d.lgs. n. 36 del 2023;

b) non implica alcuna ipotesi di conflitto di interesse o di collegamento sostanziale, né fa sorgere, in capo alla consorziata, alcun obbligo dichiarativo circa l'appartenenza ad un consorzio.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 4843 del 2024, proposto da -OMISSIS-s.r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria di costituendo -OMISSIS-s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, relativamente alla procedura CIG A0323AA530, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Mollica e Francesco Zaccone, con domicilio digitale come da PEC Registri di giustizia;

contro

Consorzio di Bonifica Litorale Nord, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Scalia, con domicilio digitale come da PEC Registri di giustizia;

Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso *ex lege* dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici in Roma, via dei Portoghesi, 12, è elettivamente domiciliato;

Presidenza del Consiglio dei Ministri, in persona del Presidente del Consiglio *pro tempore*, Ministero dell'economica e delle finanze, Ministero dell'interno e Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, in persona dei rispettivi Ministri *pro tempore*, nonché Regione Lazio, in persona del Presidente *pro tempore*, non costituiti in giudizio;

nei confronti

-OMISSIS- s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Lilli e Fabio Massimo Pellicano, con domicilio digitale come da PEC Registri di giustizia;

e con l'intervento di

ad opponendum:

-OMISSIS-s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Vagnucci, con domicilio digitale come da PEC Registri di giustizia;

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 5147 del 2024, proposto da -OMISSIS- s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, relativamente alla procedura CIG A0323AA530, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Lilli e Fabio Massimo Pellicano, con domicilio digitale come da PEC Registri di giustizia;

contro

Consorzio di Bonifica Litorale Nord, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Scalia, con domicilio digitale come da PEC Registri di giustizia;

nei confronti

-OMISSIS-s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Mollica e Francesco Zaccone, con domicilio digitale come da PEC Registri di giustizia;

e con l'intervento di

ad opponendum:

-OMISSIS-s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Vagnucci, con domicilio digitale come da PEC Registri di giustizia;

per la riforma

quanto al ricorso n. 4843 del 2024:

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio n. 11928/2024, resa tra le parti;

quanto al ricorso n. 5147 del 2024:

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Sezione Quinta) n. 11928/2024, resa tra le parti;

Visti i ricorsi in appello ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Consorzio di Bonifica Litorale Nord, di -OMISSIS-s.r.l., del Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica e di -OMISSIS-s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 dicembre 2024 il Cons. Valerio Perotti ed uditi per le parti gli avvocati Francesco Zaccone e Fabio Massimo Pellicano; dato altresì atto che l'avvocato Francesco Scalia ha depositato domanda di passaggio in decisione senza discussione;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso al Tribunale amministrativo del Lazio, la società -OMISSIS-s.r.l. impugnava il provvedimento con cui il Consorzio di Bonifica Litorale Nord aveva aggiudicato, in favore di -OMISSIS- s.r.l., la procedura aperta di affidamento della progettazione esecutiva e dell'esecuzione delle "Opere di difesa idraulica del fiume Aniene in destra idraulica – Fraz. Martellona (Tivoli)", giusta delibera n. 12 del 23 febbraio 2024.

La ricorrente estendeva quindi l'impugnativa ai verbali di seduta pubblica e riservata di gara, nelle parti in cui si era stata disposta l'ammissione di -OMISSIS- s.r.l. e la valutazione dell'offerta dalla stessa presentata, formulando altresì richiesta di subentro nel contratto eventualmente sottoscritto, previa dichiarazione d'inefficacia dello stesso ex artt. 121 e 122 Cod. proc. amm.

Il gravame era affidato ai seguenti motivi di impugnazione:

1) *Violazione e falsa applicazione della lex specialis in relazione ai requisiti speciali di progettazione richiesti al concorrente. Violazione e falsa applicazione dei §§ 5, 9 e 9.2.2. del disciplinare. Violazione e falsa applicazione dell'art. 100 del D.lgs. 36/2023. Violazione e falsa applicazione dell'art. 98 c. 3 lett. b) e dell'art. 95 c. 1 lett. e) del D.lgs. 36/2023. Violazione dei principi generali in tema di appalti pubblici. Violazione dei principi di par condicio, buon andamento ed imparzialità. Eccesso di potere per difetto assoluto di istruttoria, erroneità manifesta, travisamento, irragionevolezza ed illogicità.*

2) *Violazione e falsa applicazione della lex specialis in relazione ai criteri di valutazione delle offerte. Violazione e falsa applicazione dei criteri di valutazione delle offerte stabiliti al par. 20.1 del disciplinare. Violazione e falsa applicazione dell'art. 108 c. 4 del D.lgs. 36/2023. Violazione dei principi generali in tema di appalti pubblici. Violazione dei principi di par condicio, buon andamento ed imparzialità. Eccesso di potere per difetto assoluto di istruttoria, erroneità manifesta, travisamento, irragionevolezza ed illogicità.*

La ricorrente contestava, in particolare, il difetto in capo all'aggiudicataria del requisito di capacità tecnico professionale indicato dal par. 9.2.2 del disciplinare, in una errata attribuzione del punteggio per l'offerta tecnica della controinteressata in relazione ai criteri B.4, B.2, B.1 e B.6 del medesimo disciplinare.

Si costituivano in giudizio il Consorzio di Bonifica Litorale Nord e -OMISSIS- s.r.l., entrambi concludendo per l'infondatezza del gravame.

Con motivi aggiunti del 17 aprile 2024, -OMISSIS-s.r.l. impugnava quindi, in via meramente derivata, il verbale prot. n. 5773/2024 del 26 marzo 2024, avente ad oggetto la procedura di verifica del possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico organizzativo ed economico-finanziario nei confronti della controinteressata, nonché l'accertamento delle condizioni di consegna in via d'urgenza delle lavorazioni inerenti alla procedura oggetto di causa, in una alla deliberazione del Comitato esecutivo n. 892 del 27 marzo 2024 (recante ratifica della delibera d'urgenza del Presidente n. 12 del 23 febbraio 2024, di aggiudicazione dell'appalto).

A sua volta -OMISSIS- s.r.l. proponeva ricorso incidentale, con il quale impugnava l'ammissione alla gara del RTI tra -OMISSIS-s.r.l. e-OMISSIS- s.r.l., la valutazione da parte del Consorzio di Bonifica Litorale Nord dell'offerta tecnica ed economica presentata dalla ricorrente principale in uno all'attribuzione dei punteggi per l'offerta tecnica ed alla stessa aggiudicazione, nella parte in cui era stata assegnata al RTI -OMISSIS-s.r.l./-OMISSIS-s.r.l. la posizione di secondo graduato.

La ricorrente incidentale contestava, in particolare, l'omessa valutazione, in sede di ammissione alla gara, di una precedente risoluzione contrattuale che aveva visto coinvolta la società -OMISSIS-s.r.l., non ritenendo a tal fine sufficiente che tale episodio fosse stato comunque menzionato dalla detta società nei propri documenti di gara.

Lamentava inoltre la presunta violazione, da parte di -OMISSIS-s.r.l., degli (ulteriori) obblighi dichiarativi inerenti alla qualità di consorziata del -OMISSIS-, avendo tal ultimo soggetto partecipato in proprio alla gara oggetto di causa; contestava infine l'attribuzione del punteggio per l'offerta tecnica formulata dall'RTI guidato da -OMISSIS-s.r.l. in relazione al criterio B.2 del disciplinare di gara.

Con sentenza 13 giugno 2024, n. 11928, il giudice adito accoglieva sia l'impugnazione principale che quella incidentale – caratterizzate dal contenere cause reciprocamente escludenti – con conseguente annullamento degli atti impugnati e declaratoria dell'inefficacia del contratto, ove *medio tempore* stipulato.

Avverso tale decisione -OMISSIS-s.r.l. interponeva appello, fondato su un unico motivo di gravame, così rubricato: *“Erroneità in parte qua della decisione di prime cure in relazione all'accoglimento della seconda censura del ricorso incidentale.*

Violazione e falsa applicazione delle clausole di lex specialis in punto di modalità di presentazione dell'offerta. Violazione e falsa applicazione degli artt. 67 c. 4 e 95, comma 1, lett. d) d.lgs. 36/23. Violazione dell'art. 96, comma 14 d.lgs. 36/23. Violazione dell'art. 98, comma 3, lett. b) d.lgs. 36/23. Violazione e falsa applicazione dell'art. 48 c. 7 d.lgs. 50/2016. Eccesso di potere per difetto d'istruttoria, carenza di motivazione, disparità di trattamento e sviamento e perplessità”.

Si costituiva in giudizio il Consorzio di Bonifica Litorale Nord, insistendo a sua volta per l'accoglimento dell'appello, sul presupposto che, avendo il -OMISSIS- partecipato alla procedura di gara indicando come esecutrice un'altra consorziata (segnatamente, R.G. -OMISSIS- s.r.l.), laddove la società-OMISSIS- s.r.l. aveva preso parte alla procedura di gara per proprio conto, quale mandante del RTI con l'appellante, non sussistesse nel caso di specie alcun onere dichiarativo in capo ai partecipanti – né, di converso – un obbligo in capo alla stazione appaltante di specificamente valutare l'eventuale imputabilità delle offerte ad un unico centro decisionale, ai sensi del combinato disposto degli artt. 67 e 95, comma primo, lett. d), del d.lgs. n. 50 del 2016.

Anche -OMISSIS- s.r.l. si costituiva, concludendo invece per l'infondatezza dell'appello, del quale chiedeva la reiezione.

Successivamente dispiegava intervento in causa – *ad opponendum* – la società -OMISSIS-s.r.l., chiedendo il rigetto dell'appello.

Nelle more, peraltro, -OMISSIS- s.r.l. proponeva a sua volta un autonomo appello (iscritto al n.r.g. 5147 del 2024) nei confronti della medesima sentenza, affidato ai seguenti motivi di impugnazione:

1) *Error in iudicando: erroneità della sentenza gravata nella parte in cui ha ritenuto non integralmente provato il possesso del requisito di capacità tecnico professionale (cat. D.02) in capo al R.T.P. -OMISSIS-S.r.l./-OMISSIS-S.r.l. indicato dalla -OMISSIS- S.r.l.; erronea e/o omessa valutazione di fatti e documenti decisivi per la soluzione della controversia; erronea e/o insufficiente motivazione; violazione e falsa applicazione degli artt. 5, 9 e 9.2.2 del disciplinare di gara; violazione e falsa applicazione dell'art. 100 d.lgs. 36/23; violazione dei principi di par condicio competitorum, del risultato e della fiducia; violazione dei principi di favor participationis e di massima concorrenzialità.*

2) *Error in iudicando: erroneità della sentenza nella parte in cui ha ritenuto illegittimo il punteggio attribuito alla -OMISSIS- S.r.l. per il criterio B.2 del disciplinare di gara; violazione dei limiti del sindacato giurisdizionale nella discrezionalità della commissione giudicatrice; erronea e/o insufficiente motivazione; omessa motivazione; violazione e falsa applicazione dei criteri di valutazione delle offerte di cui al par. 20.1 del disciplinare di gara; violazione e falsa applicazione dell'art. 108, comma 4 d.lgs. 36/23; violazione dei principi di par condicio competitorum, d'imparzialità e trasparenza; vizio di disparità di trattamento e del principio di eguaglianza sostanziale.*

3) *Error in iudicando: erroneità della sentenza nella parte in cui ha ritenuto illegittimo il punteggio attribuito alla -OMISSIS- S.r.l. per il criterio B.6 del disciplinare di gara; violazione dei limiti del sindacato giurisdizionale nella discrezionalità della commissione giudicatrice; erronea e/o insufficiente motivazione; violazione e falsa applicazione dei criteri di valutazione delle offerte di cui al par. 20.1 del disciplinare di gara; violazione e falsa applicazione dell'art. 108, comma 4 d.lgs. 36/23; violazione dei principi di par condicio competitorum, d'imparzialità e trasparenza.*

Costituitasi in giudizio, -OMISSIS-s.r.l. concludeva per l'inammissibilità e, comunque, l'infondatezza dal gravame, chiedendo che fosse respinto.

Anche il Consorzio di Bonifica Litorale Nord si costituiva, chiedendo invece l'accoglimento dell'appello, sul presupposto – in particolare – che il primo giudice di fatto avesse esorbitato nelle valutazioni tecnico-discrezionali di esclusiva pertinenza della stazione appaltante.

Successivamente depositava atto di intervento *ad opponendum* la società -OMISSIS-s.r.l., insistendo per il rigetto dell'appello e la conseguente conferma, *in parte qua*, della sentenza impugnata.

Successivamente le parti ulteriormente precisavano, con apposite memorie, le rispettive tesi difensive ed all'udienza del 17 dicembre 2024 entrambe le sovra menzionate cause venivano

trattenute in decisione.

DIRITTO

Ritiene il Collegio, preliminarmente ad ogni considerazione sul merito delle censure dedotte dalle parti, di dover disporre la riunione dei giudizi sub r.g.n. 4843 del 2024 e 5147 del 2024 in ragione dell'evidente connessione oggettiva e soggettiva tra gli stessi, trattandosi di appelli proposti nei confronti della medesima sentenza.

Ciò premesso, con l'unico motivo di appello -OMISSIS-s.r.l. impugna il capo della sentenza di primo grado nel quale il TAR ha accolto la contestazione mossa da -OMISSIS- s.r.l. in ordine all'omissione dichiarativa circa l'appartenenza di-OMISSIS- s.r.l. (mandante del RTI con -OMISSIS-) al -OMISSIS-, anch'egli concorrente alla gara, sul presupposto che tale omissione avrebbe *“precluso il giudizio relativo all'eventuale imputabilità delle offerte ad un unico centro decisionale [...] spettante in via esclusiva all'Amministrazione”*. Peraltro, obietta l'appellante, una volta preso atto di tale ipotetica omissione, il primo giudice avrebbe al più – in coerenza con le premesse del proprio ragionamento – dovuto rimettere alla stazione appaltante la valutazione discrezionale circa la rilevanza dell'omissione ai fini dell'affidabilità del RTI -OMISSIS-, ma non anche disporre l'esclusione automatica dalla gara.

Con ciò facendo il primo giudice avrebbe però violato la previsione dell'art. 48, comma 7 del d.lgs. n. 50 del 2016 (ora sostituito dall'art. 67, comma 4 d.lgs. n. 36 del 2023), che invece ammette la partecipazione alla medesima gara – in concorrenza tra loro – di un consorzio stabile e di una consorziata *diversa da quella designata* dal consorzio all'esecuzione dell'appalto, di fatto postulando una presunzione di collegamento sostanziale tra consorzio e consorziata che le norme da ultimo richiamate porterebbero invece ad escludere.

Da un lato, infatti, alla presunta “omissione” dichiarativa della-OMISSIS- s.r.l. di appartenenza al -OMISSIS- – omissione peraltro non sanzionata da alcuna espressa norma di legge – non corrisponderebbe alcuna causa di esclusione dalla gara, posto che l'art. come già in precedenza l'art. 48, comma 7 del d.lgs. n. 50 del 2016) ammette espressamente la contestuale partecipazione ad una determinata gara del consorzio stabile e di una sua consorziata, ove diversa da quella designata in gara dal consorzio, non imponendo a quest'ultima, al riguardo, alcun obbligo dichiarativo.

Sempre a tal ultimo riguardo, deduce l'appellante, non potrebbe sostenersi – come si legge invece nella sentenza appellata – che *“la circostanza dedotta dal ricorrente principale, secondo cui “il rapporto con il consorzio Artek era agevolmente desumibile dall'attestazione SOA della società-OMISSIS-” presuppone un inammissibile aggravamento degli obblighi istruttori gravanti sulla P.A.”*, tale allegazione essendo piuttosto espressione della trasparenza dell'operato della società in questione (così come del Consorzio di cui la stessa faceva parte), a maggior ragione laddove alcun onere dichiarativo di appartenenza al -OMISSIS- era previsto a carico di-OMISSIS- s.r.l.

Il motivo è fondato.

Ai sensi dell'art. 67, comma 4 del d.lgs. n. 36 del 2023, applicabile alla in esame, i consorzi stabili di cui agli articoli 65, comma 2, lettera d) e 66, comma 1, lettera g), premesso che *“eseguono le prestazioni o con la propria struttura o tramite i consorziati indicati in sede di gara senza che ciò costituisca subappalto, ferma la responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante”*, sono tenuti ad indicare *“in sede di offerta per quali consorziati il consorzio concorre”*.

La partecipazione alla gara in qualsiasi altra forma da parte del consorziato designato dal consorzio offerente determina l'esclusione del medesimo se sono integrati i presupposti di cui all'articolo 95, comma 1, lettera d), sempre che l'operatore economico non dimostri che la circostanza non ha influito sulla gara, né è idonea a incidere sulla capacità di rispettare gli obblighi contrattuali, fatta salva la facoltà di cui all'articolo 97”.

Ne consegue, *a contrario*, che il sol fatto della contestuale partecipazione alla medesima gara di un consorzio e di una società consorziata – ove la stessa non sia stata designata dal consorzio quale esecutrice dell'appalto, come nel caso di specie – non implica alcuna ipotesi di conflitto di interesse o di collegamento sostanziale, né – per contro e di conseguenza – fa sorgere in capo alla consorziata alcun onere (o obbligo) dichiarativo circa l'appartenenza ad un consorzio.

Un tale obbligo, del resto, neppure era previsto dalla *lex specialis* di gara.

Unica possibilità di esclusione – in ogni caso mai automatica – è dunque quella dell'operatore economico consorziato che partecipi autonomamente alla gara ancorché *“designato dal consorzio offerente”* per l'esecuzione dell'offerta di quest'ultimo, ma solamente a condizione che nel caso di specie risultino *“integrati i presupposti di cui all'articolo 95, comma 1, lettera d), sempre che l'operatore economico non dimostri che la circostanza non ha influito sulla gara, né è idonea a incidere sulla capacità di rispettare gli obblighi contrattuali, fatta salva la facoltà di cui all'articolo 97”*.

In ragione dell'evidente carattere eccezionale della previsione normativa – in quanto derogatorio del generale principio (di derivazione eurounitaria) del *favor participationis* alle gare – la stessa non può estendersi oltre le ipotesi espressamente contemplate dal legislatore.

Il principio codificato nel vigente *Codice dei contratti pubblici* ribadisce peraltro quanto già previsto all'art. 48, comma 7 del d.lgs. n. 50 del 2016, laddove *“I consorzi di cui all'articolo 45, comma 2, lettere b) e c), sono tenuti ad indicare, in sede di offerta, per quali consorziati il consorzio concorre; qualora il consorziato designato sia, a sua volta, un consorzio di cui all'articolo 45, comma 2, lettera b), è tenuto anch'esso a indicare, in sede di offerta, i consorziati per i quali concorre; a questi ultimi è fatto divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara; in caso di violazione sono esclusi dalla gara sia il consorzio sia il consorziato; in caso di inosservanza di tale divieto si applica l'articolo 353 del codice penale”*.

In ragione del chiaro ed univoco disposto normativo, deve pertanto concludersi che, a differenza della “designazione” per l'esecuzione, la semplice partecipazione ad un consorzio stabile di per sé sola non integra un elemento indiziario dell'esistenza di un unico centro

decisionale, potenzialmente idoneo a compromettere la genuinità del confronto concorrenziale ai sensi dell'art. 67, comma 4 d.lgs. n. 36 del 2023; altresì ne consegue che non può condividersi l'argomentazione – contenuta in sentenza – secondo cui la mandante-OMISSIS-s.r.l. avrebbe comunque dovuto dichiarare la (parallela) appartenenza al -OMISSIS-, dal momento che una tale omissione avrebbe “*comunque precluso il giudizio relativo all'eventuale imputabilità delle offerte ad un unico centro decisionale*”: anche a prescindere dal rilievo che a un tale enunciato di principio non fa poi seguito l'esplicazione delle concrete ragioni per cui tale presunta omissione avrebbe in concreto impedito alla stazione appaltante di aver comunque conto dell'appartenenza di-OMISSIS- s.r.l. al -OMISSIS- (tantopiù nel momento in cui la prima società aveva dato atto di come dagli atti di gara – *in primis* dalle attestazioni SOA – tale circostanza emergesse evidente), è dirimente la circostanza che neppure sussistevano i presupposti per potersi integrare una *omissione* dichiarativa, in quanto alcun obbligo del tipo ipotizzato in sentenza era desumibile dalla normativa vigente, ovvero dalle disposizioni della legge di gara.

Le conclusioni esposte in precedenza trovano infine conforto nelle più recenti pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea, che ha riconosciuto la possibilità della contestuale partecipazione alla medesima gara di un Consorzio stabile e di una sua consorziata, ove quest'ultima non sia stata designata per l'esecuzione del contratto e non abbia pertanto concordato con il primo la presentazione dell'offerta (Corte giust. UE, IV, 23 dicembre 2009, Causa C-376/08.).

Deve infatti riconoscersi che un Consorzio stabile, il quale partecipi a una gara d'appalto in proprio, sia, ameno in linea di principio, un soggetto distinto dai consorziati: ne discende l'irragionevolezza, sotto il profilo della sproporzione, dell'esclusione automatica di tutti gli operatori economici che ne facciano parte, ancorché non designati quali esecutori (fermo, ovviamente, il potere della stazione appaltante di verificare, secondo le regole generali, l'esistenza *in concreto* di un collegamento tra il Consorzio stabile e le imprese consorziate o anche solo tra queste ultime, che possa fare ritenere, sulla base di elementi oggettivi *ulteriori*, che le offerte siano espressione di un unico centro decisionale con conseguente alterazione delle regole concorrenziali.

Non sono invece ammissibili presunzioni assolute ed automatiche di interferenza reciproca tra tali soggetti, prive allo stato di fondamento giuridico (in termini, Corte giust. UE, IV, 23 dicembre 2009, n. 376; 23 dicembre 2009, Serrantoni e Consorzio stabile edili, C-376/08; 19 maggio 2009, Assitur, C-538/07; 22 ottobre 2015, Impresa Edilux e SICEF, C-425/14).

Venendo quindi all'appello proposto da -OMISSIS- s.r.l., ritiene il Collegio di dover prioritariamente esaminare il secondo motivo di gravame, in ragione della sua decisività ai fini dell'accoglimento o meno dell'impugnazione.

Va infatti rilevato, preliminarmente, come l'appellata -OMISSIS-s.r.l. abbia eccepito l'inammissibilità dell'appello di -OMISSIS- s.r.l. per difetto di interesse, avendo quest'ultima società impugnato la sentenza di prime cure limitatamente alla parte in cui era stato ritenuto illegittimo il punteggio attribuito all'appellante per il criterio B.2 e B.6 del disciplinare di gara, omettendo per contro di contestare anche il capo della sentenza (dunque, ormai passato in

giudicato) con il quale il TAR del Lazio aveva altresì accolto le censure sollevate da -OMISSIS-s.r.l. in merito al criterio B.4. (sulla “*certificazione ISO 14021:2016*”), accoglimento avente per effetto il collocamento dell’odierna appellata al primo posto della graduatoria concorsuale.

La circostanza, risultante dagli atti di causa, non è stata smentita da -OMISSIS- s.r.l., che però non la ritiene decisiva, in quanto non le impedirebbe comunque di aggiudicarsi l’appalto nell’ipotesi di accoglimento del secondo motivo di appello, essendo sufficiente la sottrazione di soli 2,0222 punti dal punteggio conseguito dal RTI -OMISSIS-per il criterio B.2. per ricollocare l’odierna appellante in testa alla graduatoria.

Con il secondo motivo di appello, in particolare, ci si duole del fatto che il primo giudice ha accolto anche le censure a suo tempo dedotte da -OMISSIS-s.r.l. in ordine al criterio di valutazione dell’offerta tecnica B.2 (contenute nel secondo motivo di ricorso principale), per il quale la Commissione giudicatrice aveva attribuito il medesimo punteggio di 24/30 agli operatori economici primi graduati; al contempo (parr. 30, 31, 32, 33 e 49), il primo giudice aveva respinto il terzo motivo introdotto in via incidentale da -OMISSIS- s.r.l., assumendo che l’offerta del RTI -OMISSIS-meritasse un punteggio superiore rispetto a quello dell’odierna appellante.

Quest’ultima lamenta *in primis* il vizio di omessa motivazione in ordine al (proprio) terzo motivo di ricorso incidentale, per essersi il TAR limitato a rinviare a “*quanto statuito ai punti 30, 31, 32 e 33*”, sebbene a suo avviso le censure non fossero sovrapponibili; lamenta inoltre una presunta disparità di trattamento nella valutazione dei due motivi di ricorso principale e di quello incidentale, dal momento che, con riferimento al primo, il Collegio avrebbe travalicato i limiti del sindacato giurisdizionale, entrando nel merito delle valutazioni della commissione giudicatrice, per poi concludere per la “illegittimità” del punteggio conseguito dalla società aggiudicataria, mentre in ordine al secondo avrebbe in realtà omesso di pronunciarsi.

Nel merito della questione, il primo giudice avrebbe fatto propria un’interpretazione “letterale” del criterio B.2. del disciplinare di gara, a mente del quale “*l’immediata disponibilità e la proprietà dei materiali da impiegare*” (offerta da -OMISSIS-) avrebbe dovuto avere un peso maggiore nell’attribuzione dei punteggi, rispetto alla “*riduzione del traffico veicolare di zona*” (proposto da -OMISSIS-).

Al riguardo, l’appellante contesta l’argomento secondo cui la valorizzazione della prima attività rispetto alla seconda si ricaverebbe da elementi puramente formali quali l’utilizzo del neretto e di sottolineature, ossia un criterio interpretativo asistemico che a rigore neppure avrebbe tenuto conto del fatto che a loro volta anche le “*metodologie di trasporto in rapporto alla riduzione degli impianti con il traffico veicolare di zona*” risultavano del pari indicate in grassetto.

In ogni caso, il giudizio espresso in sentenza sarebbe parziale, omettendo di considerare in modo complessivo anche gli altri profili del criterio.

Ciò premesso, l’appellante -OMISSIS- s.r.l. ripropone le censure in precedenza già dedotte

con il terzo motivo di ricorso incidentale, chiedendo in particolare l'annullamento *in parte qua* della deliberazione di aggiudicazione, con conseguente rinnovazione del singolo segmento di valutazione dell'offerta tecnica per il criterio B.2., nella misura in cui era stato attribuito il medesimo punteggio ai concorrenti primi in graduatoria.

Ciò in quanto *“Dal mero confronto ab externo tra le soluzioni tecniche proposte dal R.T.I. -OMISSIS-S.r.l. e quelle offerte dall'odierno appellante, emerge come l'attribuzione dello stesso punteggio sia illogica ed ingiustificata. Considerate le prescrizioni del criterio indagato, è indubbio che le soluzioni della -OMISSIS- S.r.l. siano maggiormente conformi alle specifiche finalità del criterio de quo, con riguardo al minor impatto ambientale.*

L'odierna appellante ha offerto il riutilizzo del materiale proveniente dagli scavi con il trattamento a calce. Tale proposta, all'evidenza, riduce al minimo (rectius: azzerata) sia il trasporto a discarica, sia il materiale proveniente da cave di prestito, garantendo, quindi, un intervento “meno impattante per traffico veicolare di zona”; ovvero, proprio, uno degli obiettivi prefissati dal criterio di valutazione”.

Deduce l'appellante che, se l'offerta di -OMISSIS-s.r.l. prevedeva di fornire, per i “rilevati arginali” pari a mc. 21.364,50, materiali inerti provenienti da cave di prestito o di proprietà con riutilizzo del 56% dei terreni provenienti dagli scavi, per circa mc. 15.429.20, quella di -OMISSIS- s.r.l. prevedeva invece il riutilizzo di ben il 90% del materiale di scavo, pari a mc. 24.763,50 sul totale di 27.515,00 mc., mediante la stabilizzazione a calce, con la fornitura da cave di prestito e/o di proprietà di mc. 12.030,20 [(36.793,70 mc. - 24.763,50 mc.)].

Di conseguenza, l'offerta dell'odierna appellante avrebbe garantito un effettivo risparmio di materiale, pari a mc. 9.334,30 [così calcolato: 21.364,50 mc. (R.T.I. -OMISSIS-S.r.l.) – 12.030,20 mc. (-OMISSIS- S.r.l.)], altresì azzerando sia il trasporto in discarica, sia il materiale proveniente da cave di prestito, in tal modo assicurando un intervento *“meno impattante per traffico veicolare di zona”.*

Conclude pertanto l'appellante che la soluzione tecnica da lei proposta avrebbe determinato:

“a) il miglioramento dei processi di costruzione giusto abbattimento del rischio di ritardi connessi ai trasporti e alle operazioni di approvvigionamento, carico e scarico dei materiali;

b) il miglioramento della sicurezza dei lavoratori (minori operazioni di carico/scarico e trasporti);

c) il miglioramento attività di cantiere nel tessuto territoriale, tramite riduzione emissione CO2 polveri e rumore;

d) la minimizzazione delle interferenze con il traffico veicolare di zona esterno (minori viaggi dei mezzi di trasporto) con minori rischi di incidenti e riduzione degli effetti di ammaloramento dei manti stradali e delle strutture presenti sulla viabilità (ponti e tombini)”.

A fronte di tali argomenti, del tutto illogica sarebbe la valutazione paritaria, *“atteso che l'offerta*

del R.T.I. -OMISSIS-s.r.l. ha previsto misure meno performative rispetto agli obiettivi prefissati dal criterio B.2.”.

Il motivo non può trovare accoglimento.

Quanto alla preliminare censura, secondo cui erroneamente il TAR – al quale l'allora ricorrente incidentale -OMISSIS- s.r.l. aveva chiesto di annullare l'attribuzione di un punteggio identico alla propria offerta ed a quella di -OMISSIS-s.r.l. – aveva per contro considerato corretta l'attribuzione a quest'ultima addirittura di un maggior punteggio, per effetto dell'interpretazione letterale del criterio B.2 del disciplinare di gara, ritiene il Collegio che il ragionamento seguito dal giudice di prime cure non presenti degli evidenti profili di illegittimità e/o incoerenza.

Invero, la scelta della stazione appaltante di ricorrere ad appositi segni e caratteri con cui porre in evidenza specifiche parti del testo del disciplinare non può leggersi altrimenti che con l'intento – certo non casuale – della medesima amministrazione di specificamente valorizzare detti passaggi (dovendosi convenire che *“il tenore letterale del criterio B.2 del disciplinare [...] valorizza, in via prioritaria (in quanto evidenziato in grassetto e sottolineato) l'immediata disponibilità e la proprietà dei materiali da impiegare”*), ragion per cui è coerente la conclusione raggiunta, secondo cui *“l'utilizzo dei materiali provenienti dagli scavi (attività proposta dall'aggiudicataria anche al fine di ridurre il traffico veicolare di zona), pur potendo rientrare nel novero delle possibili attività di “ottimizzazione delle attività di cantiere”, non legittimava, però, l'attribuzione alla controinteressata del medesimo punteggio attribuito alla ricorrente principale, che, viceversa, ha offerto l'impiego di materiali in sua proprietà o disponibilità conformemente quanto richiesto in via prioritaria dalla lex specialis”*.

Analoga rilevanza non può invece avere il generico il riferimento all'ottimizzazione delle attività di cantiere volte a garantire un intervento *“meno impattante per traffico veicolare di zona”*, trattandosi di una formula descrittiva priva di reale contenuto, perlomeno sintantoché non vengano precisati termini e modalità dei suddetti interventi.

Ciò premesso, non convincono gli argomenti richiamati dall'appellante a fondare la dedotta illegittimità dell'attribuzione del medesimo punteggio – in ordine al predetto criterio B.2 – alle offerte di -OMISSIS-s.r.l. e di -OMISSIS- s.r.l., riducendosi gli stessi, in sede di giudizio di legittimità, ad una inammissibile censura del merito delle valutazioni tecnico discrezionali compiute dalla stazione appaltante in ordine all'attribuzione dei punteggi.

Al riguardo, va ricordato che la valutazione delle offerte tecniche, effettuata dalla Commissione di gara attraverso l'espressione di giudizi e l'attribuzione di punteggi, a fronte dei criteri valutativi previsti dal bando, costituisce apprezzamento connotato da chiara discrezionalità tecnica, sì da rendere detta valutazione insindacabile salvo che essa sia affetta da manifesta illogicità (*ex pluribus*, Cons. Stato, V, 29 aprile 2024, n. 3857; 24 agosto 2023, n. 7931).

Come noto, infatti, in caso di contestazione delle scelte tecniche del seggio di gara devono ritenersi inammissibili le censure che riguardino il merito di valutazioni per loro natura opinabili (*ex multis*, Cons. Stato, V, 25 marzo 2021, n. 2524), fatto salvo il caso della palese illogicità,

irragionevolezza e/o abnormità delle stesse, ovvero di decisivo errore di fatto.

Presupposti questi ultimi non ravvisabili nel caso di specie, nel quale – piuttosto – oggetto di censura (*ut supra*) è direttamente il merito delle decisioni assunte dalla stazione appaltante, alle quali vengono contrapposte le difformi conclusioni scaturenti da un autonomo giudizio valutativo (sempre di merito) svolto dall'appellante medesima. Censure che però, venendo ad impingere la sfera valutativa riservata in via esclusiva all'amministrazione, devono essere considerate inammissibili.

Solo per completezza – stante la natura assorbente delle considerazioni determinanti il rigetto del secondo motivo di appello – può infine darsi rapidamente conto delle ulteriori censure dedotte da -OMISSIS- s.r.l.

Con il primo motivo di gravame, in particolare, ci si duole del fatto che il TAR abbia riconosciuto la presunta carenza dei requisiti di capacità tecnico-professionale di cui all'art. 9.2.2 del disciplinare di gara in capo al RTP tra -OMISSIS-s.r.l. ed -OMISSIS-s.r.l. indicato in gara da essa appellante.

Ad avviso del primo giudice, in particolare, non sarebbe stato possibile imputare alla prima componente del RTP la totalità delle prestazioni in categoria D.02 indicate nel *curriculum* del suo direttore tecnico, poiché realizzate in ATI con la diversa società -OMISSIS- s.p.a., laddove tale conclusione sarebbe stata in realtà da imputare – secondo l'appellante – ad una scorretta lettura della documentazione di causa: la certificazione relativa ai “*Lavori di riqualificazione area di cava ex D’Agostino*”, rilasciata dal Comune di Salerno al RTP -OMISSIS-/-OMISSIS- -OMISSIS-. avrebbe infatti espressamente attestato che il 100% dei “*servizi integrati di ingegneria*” in cat. D.02 erano stati eseguiti dallo Studio -OMISSIS- ed il 100% delle prestazioni geologiche e dei rilievi dalla -OMISSIS- -OMISSIS-. (analogamente dicasi per la certificazione relativa alla “*Sistemazione movimento franoso dell’acquedotto di Salerno in Località Paradiso di Pastena*”, anch’essa fatta oggetto dei rilievi del primo giudice).

Dalla documentazione versata in atti emergerebbe dunque che la -OMISSIS- -OMISSIS-. non aveva in realtà concorso *pro quota* all’esecuzione delle prestazioni in cat. D.02, avendo la stessa realizzato esclusivamente quelle di carattere geologico (né disponendo delle necessarie competenze per eseguire le prime).

Il motivo non può essere accolto.

Dalla lettura dei certificati rilasciati dal Comune di Salerno risulta infatti – come da testuale attestazione ivi contenuta – che le prestazioni nella categoria D.02 spese in gara erano state realizzate sia dallo Studio -OMISSIS- (per gli aspetti ingegneristici), sia dalla -OMISSIS- In (per gli aspetti geologici), ciascuno per la propria quota di partecipazione/esecuzione. Ne discende (*ex multis* Cons. Stato, V, 10 dicembre 2020, n. 7911) che la capacità tecnico-professionale conseguita nelle pregresse prestazioni realizzate in RTP andava effettivamente commisurata alla pertinente quota di partecipazione/esecuzione assunta in raggruppamento.

E’ dunque conformandosi a tale principio che il primo giudice – correttamente – ha concluso

che la -OMISSIS-s.r.l. (ed il suo direttore tecnico Ing. -OMISSIS-) potevano sì spendere la capacità tecnico-professionale conseguita in tali appalti, ma limitatamente alla quota di esecuzione/prestazione assunta e non per l'intero ammontare dei lavori previsti per la categoria D.2 (ammontare che infatti comprendeva tanto le prestazioni "ingegneristiche" svolte dallo Studio -OMISSIS-, quanto quelle "geologiche", pacificamente svolte, invece, dalla -OMISSIS- In).

Infine, con il terzo motivo di appello vengono impugnati i capi da 35 a 37 della sentenza di primo grado, nella misura in cui sono state ritenute fondate le censure sul criterio B.6 (che prevede l'attribuzione di un diverso punteggio a seconda dell'anzianità della *"Autorizzazione per l'esercizio delle operazioni di recupero e/o smaltimento materiali o Autorizzazione Unica Ambientale conseguita dal concorrente o dall'impianto prescelto [...]"*).

Secondo il TAR, in particolare, ove il concorrente si fosse avvalso della facoltà di indicare un impianto "terzo" per le operazioni di recupero e/o smaltimento, avrebbe dovuto anche dimostrare *"l'effettivo "collegamento" dell'offerta tecnica con l'impianto prescelto, quanto meno a mezzo di dichiarazione con la quale il terzo si impegna a consentire l'utilizzo del proprio impianto"*, laddove nel caso in esame era stata prodotta agli atti di gara solamente l'autorizzazione ex art. 208 d.lgs. n. 152 del 2006 dell'impianto gestito da una società terza, senza altresì accludere la dichiarazione d'impegno del terzo all'utilizzo del proprio impianto.

Sostiene invece l'appellante che, in conformità a quanto previsto dalla *lex specialis* di gara, correttamente -OMISSIS- s.r.l. si sarebbe limitata a "scegliere" un impianto gestito da terzi e ad allegare la relativa Autorizzazione unica ambientale alla propria offerta.

Neppure questo motivo può essere accolto.

Va invero considerato (come bene ha fatto il primo giudice) che, prevedendo il criterio B.6 l'attribuzione di un diverso punteggio a seconda dell'anzianità della *"Autorizzazione per l'esercizio delle operazioni di recupero e/o smaltimento materiali o Autorizzazione Unica Ambientale conseguita dal concorrente o dall'impianto prescelto [...]"*, il concorrente che – non essendone direttamente provvisto – avesse dovuto rivolgersi ai servizi offerti da altri operatori economici (di fatto, ricorrendo ad un avvalimento), secondo le regole generali avrebbe perlomeno dovuto dimostrare l'effettività di tale disponibilità, depositando una dichiarazione d'impegno del terzo all'utilizzo del proprio impianto.

Diversamente argomentando verrebbe manifestamente elusa la *ratio* della previsione della *lex specialis* di gara, che tramite l'attribuzione del punteggio di cui al criterio in esame ha inteso premiare l'esperienza maturata nel tempo nell'attività di recupero/smaltimento dei materiali, in riferimento alla durata dell'atto autorizzatorio: seguendo il ragionamento di parte appellante, infatti, qualsiasi operatore economico, ancorché privo dei predetti requisiti, potrebbe in concreto addirittura ottenere il massimo punteggio previsto semplicemente dichiarando – se del caso, pure in malafede – di volersi (in futuro) avvalere di operatori terzi particolarmente qualificati e la stazione appaltante (in evidente violazione delle più elementari regole di affidamento, buona amministrazione e *par condicio competitorum*) dovrebbe attribuirgli il detto punteggio incrementale "sulla fiducia", in assenza cioè di un qualche titolo formale (e

giuridicamente vincolante) che garantisca l'effettività concreta di tale dichiarazione di intenti, in caso di effettiva aggiudicazione.

Alla luce dei rilievi che precedono, l'appello proposto da -OMISSIS-s.r.l. va dunque accolto, mentre va respinto quello proposto da -OMISSIS- s.r.l. Ne consegue la parziale riforma della sentenza impugnata, con integrale reiezione del ricorso incidentale originariamente proposto innanzi al Tribunale amministrativo del Lazio da -OMISSIS- s.r.l.

La complessità delle questioni esaminate giustifica peraltro l'integrale compensazione, tra le parti, delle spese di lite del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli riuniti, come in epigrafe proposti, accoglie quello proposto da -OMISSIS-s.r.l. e respinge quello di -OMISSIS- s.r.l., per l'effetto respingendo, in parziale riforma della sentenza appellata, il ricorso incidentale originariamente proposto da quest'ultima società.

Guida alla lettura

Con la **sentenza n. 3 del 2 gennaio 2025**, la V Sezione del Consiglio di Stato si pronuncia sul tema della **contestuale partecipazione alla medesima gara** del consorzio stabile e di una delle consorziate, all'uopo argomentando sulla sussistenza (o meno) di un connesso **obbligo dichiarativo** da parte della consorziata nonché sulla possibile configurabilità, in difetto di adempimento, di una valida **ipotesi di esclusione**.

Orbene, il **ricorso di primo grado** era stato accolto sul ritenere, del *Giudice a quo*, circa la sussistenza del detto obbligo dichiarativo con conseguente inverarsi, in caso di omissione, di valida ipotesi di esclusione della consorziata; tanto sul presupposto che la detta omessa dichiarazione avrebbe *“precluso il giudizio relativo all'eventuale imputabilità delle offerte ad un unico centro decisionale [...] spettante in via esclusiva all'Amministrazione”*.

In **appello**, insorgeva la medesima consorziata imputando al *Giudice a quo* un'impropria presunzione di collegamento sostanziale tra consorzio e consorziata e tanto in espressa violazione della conferente previsione recata dall'art. 48, comma 7 del d.lgs. n. 50 del 2016 (ora sostituito dall'art. 67, comma 4 d.lgs. n. 36 del 2023), che, di contro, **ammette la partecipazione alla medesima gara – ancorché in concorrenza tra loro – di un consorzio stabile e di una consorziata che sia diversa da quella designata dal consorzio all'esecuzione dell'appalto**.

Quanto al profilo anzidetto, la **sentenza di secondo grado** – nell'ambito di un più ampio ed articolato contesto di motivi – aderisce all'argomentare dell'appellante, all'uopo statuendo che, **in tema di contestuale partecipazione di consorzio stabile e consorziata, l'unica possibilità di esclusione (in ogni caso, mai automatica) si invera laddove l'operatore**

economico consorziato partecipi autonomamente alla gara ancorché “designato dal consorzio offerente”, e, comunque, tale ipotesi determina sanzione espulsiva solo ove sussistano rilevanti indizi tali da far ritenere che le offerte degli operatori economici siano imputabili ad un unico centro decisionale a cagione di accordi intercorsi con altri operatori economici partecipanti alla stessa gara (cfr. art. 95, comma 1, lettera d) e sempre che l’operatore economico non dimostri che la circostanza non ha influito sulla gara, né è idonea a incidere sulla capacità di rispettare gli obblighi contrattuali.

Ne consegue che, **a differenza della “designazione” per l’esecuzione, la semplice partecipazione** ad un consorzio stabile: **a) non integra** un elemento indiziario dell’esistenza di un unico centro decisionale, potenzialmente idoneo a compromettere la genuinità del confronto concorrenziale ai sensi dell’art. 67, comma 4 d.lgs. n. 36 del 2023; **b) non implica** alcuna ipotesi di conflitto di interesse o di collegamento sostanziale, né fa sorgere, in capo alla consorziata, alcun obbligo dichiarativo circa l’appartenenza ad un consorzio.

Le conclusioni, osserva il Collegio, trovano conforto, tra l’altro, nelle più recenti pronunce della Corte di giustizia dell’Unione europea, che ha riconosciuto la possibilità della contestuale partecipazione alla medesima gara di un Consorzio stabile e di una sua consorziata, ove quest’ultima non sia stata designata per l’esecuzione del contratto e non abbia pertanto concordato con il primo la presentazione dell’offerta (Corte giust. UE, IV, 23 dicembre 2009, Causa C-376/08.).

Deve infatti riconoscersi che **un Consorzio stabile**, il quale partecipi a una gara d’appalto in proprio, sia, almeno in linea di principio, un **soggetto distinto dai consorziati**: ne discende l’irragionevolezza, sotto il profilo della sproporzione, dell’esclusione automatica di tutti gli operatori economici che ne facciano parte, ancorché non designati quali esecutori, fermo, ovviamente, il **potere della stazione appaltante di verificare**, secondo le regole generali, **l’esistenza in concreto di un collegamento tra il Consorzio stabile e le imprese consorziate o anche solo tra queste ultime**, che possa fare ritenere, sulla base di elementi oggettivi *ulteriori*, che le offerte siano espressione di un unico centro decisionale con conseguente alterazione delle regole concorrenziali.

Non sono invece ammissibili presunzioni assolute e automatiche di interferenza reciproca tra tali soggetti, prive allo stato di fondamento giuridico (in termini, Corte giust. UE, IV, 23 dicembre 2009, n. 376; *Id.*, 23 dicembre 2009, *Serrantoni e Consorzio stabile edili*, C-376/08; *Id.*, 19 maggio 2009, *Assitur*, C-538/07; *Id.*, 22 ottobre 2015, *Impresa Edilux e SICEF*, C-425/14).

Su tale argomentare, la V Sezione del Consiglio di Stato accoglie il ricorso proposto dalla consorziata e riforma, nei sensi anzidetti, la pronuncia di primo grado.