

La sostanza prevale sulla forma, sempre.

di Rosaria Russo

Data di pubblicazione: 10-3-2025

In ipotesi come quella di specie, in cui vi è? contrasto tra il dato formale del pedissequo rispetto del disciplinare di gara e il dato sostanziale della sussistenza dei requisiti in capo all'aggiudicataria, occorre privilegiare il dato sostanziale, ossia il risultato utile, perseguito dalla stazione appaltante di avere selezionato l'operatore economico ritenuto più? idoneo all'esecuzione dell'appalto.(...) la procedura e la forma sono un mezzo, non il fine della disciplina dei contratti pubblici. Sono in realtà lo strumento per selezionare l'operatore economico più? idoneo all'aggiudicazione dell'appalto.

Pubblicato il 25/02/2025

N. 01620/2025REG.PROV.COLL.

N. 05715/2024 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

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 5715 del 2024, proposto da De Marco Costruzioni s.r.l. in qualità di mandataria ATI con la mandante De Marco Costruzioni s.r.l. - Heraclea Strade s.r.l. - Siti Sud s.r.l., in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 94942116C4, rappresentata e difesa dall'avvocato Claudio Falvo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Centrale Unica di Committenza Unione dei Comuni di Crosia e Scala Coeli, Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca, Asmel Consortile S.c.a.r.l., non costituiti in giudizio;

Comune di Crosia, in persona del Sindaco *pro-tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Oreste Morcavallo, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Arno, n. 6;

nei confronti

Devi s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Lilli e Pellicano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima) n. 497/2024, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Devi s.r.l. e del Comune di Crosia;

Viste le memorie delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 dicembre 2024 il Consigliere Annamaria Fasano e uditi per le parti l'avvocato Di Paolo in sostituzione dell'avvocato Falvo, e gli avvocati Lilli e Pellicano. Si dà atto che l'avvocato Oreste Morcavallo ha depositato istanza di passaggio in decisione senza discussione;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando di gara pubblicato in data 21.11.2022, la Centra Unica di Committenza Unione dei Comuni di Scala Coeli e Crosia, per conto del comune di Crosia, indicava una procedura di gara aperta, ai sensi dell'art. 60 del d.lgs. n. 50 del 2016, interamente telematica ai sensi dell'art. 58 del medesimo d.lgs., per l'affidamento dei lavori di "*interventi di adeguamento sismico, degli impianti tecnologici abbattimento delle barriere architettoniche e ampliamento della scuola primaria e dell'infanzia via del Sole*", con aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 95, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016.

Alla gara partecipavano n. 5 imprese tra cui l'ATI De Marco Costruzioni s.r.l. e la società Devi s.r.l.

Con determina n. 261 del 5.6.2023, il Comune di Crosia aggiudicava definitivamente la gara all'impresa Devi s.r.l., mentre l'ATI De Marco Costruzioni s.r.l. si classificava al secondo posto in graduatoria.

Espletato l'accesso agli atti di gara, in ragione di assunte molteplici violazioni della *lex specialis* commesse dall'aggiudicataria, l'ATI De Marco Costruzioni s.r.l. richiedeva l'annullamento in autotutela della determina di aggiudicazione e l'adozione dell'aggiudicazione in suo favore.

In data 30.6.2023, il Comune di Crosia, con nota n. 13725, rigettava l'istanza di annullamento formulata dall'ATI, sulla scorta di un parere legale fornito dalla A.S.M.E.L. Consortile s.c.a.r.l. e confermava l'aggiudicazione della gara in favore della Devi s.r.l.

2. L'ATI De Marco Costruzioni s.r.l. proponeva ricorso dinanzi al T.A.R. per la Calabria, chiedendo l'annullamento della determina di aggiudicazione e dei verbali di gara. In particolare, rilevava che l'aggiudicataria aveva partecipato alla gara registrandosi quale operatore singolo e non come ATI.

La ricorrente deduceva che quand'anche fosse stata ritenuta ammissibile la domanda di partecipazione in ATI da costituire, inserita nella documentazione amministrativa, quest'ultima doveva comunque essere esclusa posto che l'offerta tecnica non era stata sottoscritta, né in alcun modo era riferibile alla mandante Falbo s.r.l., mentre l'offerta economica, seppure sottoscritta dalla Falbo s.r.l., era intestata solo alla Devi s.r.l.

L'aggiudicataria risultava carente dei requisiti di qualificazione richiesti dalla legge di gara, individuati dall'art. 8.3 nel possesso dell'Attestazione SOA nella categoria OG1 classifica III Bis, OS21 classifica II, OG11 classifica II e nella categoria OS32 classifica, tanto che aveva dichiarato, seppure erroneamente, di costituire un'ATI con l'impresa Falbo s.r.l. proprio per sopperire alla carenza del requisito.

La ricorrente rilevava che la Falbo s.r.l. aveva indicato la scelta di partecipare come operatore singolo, anziché in ATI, pertanto tale ammissione non costituiva un errore meramente formale ma, al contrario, un vizio insanabile della procedura, avendo ciò contribuito all'incertezza assoluta sulla provenienza dell'offerta stessa, essendo tutta la procedura di gara caratterizzata dalla sola presenza della Devi s.r.l.

Secondo l'esponente, anche attribuendo all'errore di registrazione mera valenza materiale, e dunque scusabile, il raggruppamento Devi s.r.l. - Falbo s.r.l. avrebbe dovuto essere escluso dalla gara per la mancata sottoscrizione, da parte della mandante, dell'offerta tecnica ed economica, entrambe palesemente riconducibili unicamente alla sola impresa Devi s.r.l., né la circostanza che il *file pdf* fosse sottoscritto digitalmente anche dall'impresa Falbo s.r.l. avrebbe potuto sanare l'errore, non essendo comunque riferibile a quest'ultima il suddetto documento.

Con ricorso per motivi aggiunti, l'ATI De Marco Costruzioni impugnava la rettifica di determina di aggiudicazione in favore del RTI Devi s.r.l. – Falbo s.r.l. in sostituzione della sola Devi s.r.l.

3. Il T.A.R., con sentenza n. 497 del 2024, respingeva il ricorso, rilevando che: *“alla luce del dato complessivo costituito, per un verso, dalla mancanza di univocità circa l'effettivo contenuto della disposizione e dall'assenza di uno specifico presidio escludente e, per altro verso, dalla chiarezza ed inequivocità della documentazione di gara rende chiaro che la DEVI s.r.l. abbia inteso partecipare in costituendo RTI con la Falbo s.r.l., è da ritenersi che il mancato rispetto della suddetta prescrizione procedurale da parte della DEVI s.r.l. viene in sé a dequotarsi quale mero errore formale, privo in sé di portata escludente, e per altro verso non mette in discussione il dato reale costituito dal fatto che alla gara in questione abbiano partecipato entrambi i soggetti suindicati – ossia la DEVI s.r.l. e la Falbo s.r.l. – sotto forma di costituendo RTI.”*

Il Collegio di prima istanza evidenziava che, pur non emergendo che il documento di offerta recasse una indicazione o una sigla riconducibile alla Falbo s.r.l., nondimeno, tale rilievo non risultava di per sé decisivo, considerato che la documentazione amministrativa era stata sottoscritta da entrambi i componenti il RTI. Inoltre, tutta la documentazione e le suddette dichiarazioni erano state compiegate e tramesse insieme sulla piattaforma informatica nell'ambito dell'unica procedura di gara.

4. La De Marco Costruzioni s.r.l., in qualità di mandataria dell'ATI De Marco Costruzioni s.r.l. – Heraclea Strade s.r.l., ha appellato la suddetta pronuncia, sollevando le seguenti censure: *“1. Error in iudicando: violazione e falsa applicazione dell'art. 58 del d.lgs. 50/2016 e dell'art. 14 della lex specialis; 2. Error in iudicando – Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 15, 16 e 17 del Disciplinare di gara – Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 48 del d.lgs. 50-2016 – Motivazione carente – Contraddittoria ed illogica; Travisamento degli atti”*.

5. La società Devi s.r.l. si è costituita in resistenza concludendo per il rigetto dell'appello.

6. Il Comune di Crosia si è difeso, concludendo per il rigetto del gravame.

7. All'udienza del 12 dicembre 2024, la causa è stata assunta in decisione.

DIRITTO

8. Con il primo mezzo, l'appellante lamenta l'erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui è stato respinto il secondo motivo di ricorso, con il quale si era denunciato l'errore di partecipazione alla gara da parte dell'impresa Devi s.r.l., ovvero dell'ATI Devi – Falbo, siccome si era registrata al sistema telematico la sola impresa Devi s.r.l., come operatore singolo, inficiando l'intera procedura, ivi incluso il provvedimento di aggiudicazione, disposto in favore della sola Devi s.r.l., priva dei requisiti necessari. L'ATI De Marco Costruzioni riferisce che il T.A.R. avrebbe erroneamente dequotato tale errore di partecipazione come mero errore formale, ritenendolo privo di portata escludente.

La ricorrente deduce che l'errata identificazione dell'operatore economico derivante dalla mancata registrazione al sistema della mandante Falbo s.r.l., ovvero della creazione del raggruppamento temporaneo, avrebbe dovuto portare alla esclusione dell'impresa Devi s.r.l. nel rispetto delle regole della *lex specialis* e della normativa di settore per la presentazione in

modalità telematica dell'offerta. La registrazione al sistema informatico dovrebbe essere riferita a ciascuno degli operatori interessati alla procedura in forma associata, quale condizione necessaria per la successiva presentazione dell'offerta di gara da parte degli operatori riuniti.

9. Con il secondo motivo di appello, l'ATI De Marco Costruzioni si duole del rigetto del terzo motivo del ricorso introduttivo, con il quale era stata chiesta l'esclusione dalla gara della controinteressata per l'omessa sottoscrizione dell'offerta tecnica da parte della mandante Falbo s.r.l., espressamente prevista dalla *lex specialis*, a pena di esclusione, nonché per la non applicabilità, al caso di specie, dell'orientamento sostanzialista.

Il T.A.R. avrebbe respinto la doglianza, rilevando, erroneamente, che il disciplinare non prevedeva che la sottoscrizione dell'offerta tecnica da parte di tutti i partecipanti al raggruppamento fosse causa di esclusione. L'art. 17 del disciplinare di gara stabiliva espressamente che, in caso di partecipazione in raggruppamento temporaneo di imprese costituendo, i file e la cartella compressa contenenti l'offerta tecnica dovessero essere sottoscritti, con apposizione della firma digitale sia dal legale rappresentante della mandante e sia dal legale rappresentante della mandataria.

La prescrizione era imposta a pena di esclusione, nella parte in cui, dopo aver indicato *'la busta telematica 'Offerta tecnica' contiene, a pena di esclusione, i seguenti documenti: (...)'*, concludeva *'Inoltre, nel caso di concorrenti associati, l'offerta dovrà essere sottoscritta con le modalità indicate per la sottoscrizione della domanda di cui al punto 16.1'*.

L'appellante precisa che tale disposizione era preceduta da un segno a forma di triangolo, il quale al precedente punto 15 *'rubricato soccorso istruttorio'*, era individuato come simbolo indicante i casi di esclusione dalla gara e la non applicabilità del soccorso istruttorio, precisando che *'Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentano l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa'*.

L'ATI De Marco Costruzioni deduce, altresì, che il T.A.R., pur accertando che l'offerta tecnica dell'ATI Devi – Falbo fosse priva della sottoscrizione della mandante Falbo, nonché di segni ad essa riconducibili, tuttavia la ha ritenuta erroneamente ammissibile, sostenendo che la documentazione contenuta nella domanda di partecipazione, ovvero la sottoscrizione dell'offerta economica, rappresentassero elementi idonei a vincolare la mandante Falbo anche agli impegni assunti contenuti nell'offerta tecnica.

Ad avviso dell'ATI ricorrente, con la sottoscrizione della documentazione amministrativa, l'impresa Falbo s.r.l. avrebbe espresso, esclusivamente, l'impegno di costituire, in futuro, un'associazione di imprese con la ditta Devi s.r.l., senza mai vincolarsi all'esecuzione delle migliorie contenute nell'offerta tecnica, da quest'ultima solo redatta e presentata, non esistendo, all'interno della domanda di partecipazione, dichiarazioni in tal senso. Analogamente, con la sottoscrizione dell'offerta economica, laddove ritenuta ammissibile per come presentata, l'impresa Falbo s.r.l. si vincolerebbe solo alla realizzazione del progetto bandito dalla stazione appaltante al ribasso economico offerto sul prezzo posto a base d'asta.

La sottoscrizione dell'offerta tecnica da parte della mandante Falbo s.r.l. sarebbe indispensabile ai fini della partecipazione alla gara, essendo stata attribuita la quota di lavorazioni nella categoria OS21. Secondo l'appellante, l'orientamento sostanzialistico condiviso dal T.A.R. nella vicenda in esame non sarebbe applicabile, non sussistendo elementi di riferibilità alla mandante ma totale assenza, anche grafica, di elementi formali o sostanziali, riconducibili all'ATI, ovvero alla mandante Falbo s.r.l.

10. Le critiche, come sopra sintetizzate, vanno esaminate congiuntamente per ragioni di connessione logica.

11. L'appello è infondato per i principi di seguito enunciati.

11.1. Il Collegio ritiene che l'esame della controversia non può prescindere dal richiamo dei principi a cui si ispira il Codice dei contratti pubblici, e tra questi il principio del risultato, recentemente positivizzato dal d.lgs. n. 36 del 2023, ma ritenuto dalla giurisprudenza unanime immanente nel sistema, e utilizzabile in via interpretativa anche per le controversie soggette, come quella di specie, alla disciplina del d.lgs. n. 50 del 2016 (ex multis Cons. Stato, n. 4996 del 2024; id. n. 1924 del 2024; id. n. 286 del 2024; id. n. 9812 del 2024; T.A.R. per la Sicilia, Catania, n. 2096 del 2024 e n. 478 del 2024).

Di conseguenza, il principio del risultato può essere adottato dal giudice quale criterio orientativo anche per i casi in cui debba essere risolto il dubbio sulla sorte di una procedura di appalto non retta dal d.lgs. n. 36 del 2023 (T.A.R. per la Campania, Napoli, n. 377 del 2024).

Il principio del risultato, nell'interpretazione giurisprudenziale, mira al raggiungimento dell'obiettivo finale che è: a) nella fase di affidamento giungere nel modo più rapido e corretto alla stipulazione del contratto; b) nella fase di esecuzione perseguire il risultato di realizzare l'intervento pubblico nei tempi programmati e in modo tecnicamente perfetto. Il principio impone alla stazione appaltante di concentrarsi sulla rapidità ed economicità, ma anche sulla qualità della prestazione, pertanto la migliore offerta è quella che presenta le migliori caratteristiche economiche, ma solo a parità di requisiti qualitativi (Cons. Stato, n. 11322 del 2023).

L'interprete, ispirandosi al principio del risultato, deve porre l'accento sulla esigenza di privilegiare l'effettivo e tempestivo conseguimento degli obiettivi dell'azione pubblica, prendendo in considerazione i fattori sostanziali dell'attività amministrativa, escludendo che la stessa sia vanificata, in tutti quei casi in cui non si rinverano obiettive ragioni che ostino al suo espletamento (T.A.R. per la Campania, Napoli, n. 377 del 2024 cit.).

L'analisi della fattispecie in esame, secondo la declinazione del principio del risultato, nell'ambito di una lettura sostanzialistica della *lex specialis*, conduce ad escludere una lettura meramente formale della *regula iuris* del caso concreto, dovendo essere orientata piuttosto al perseguimento del raggiungimento del risultato sostanziale (Cons. Stato n. 9254 del 2024; id. n. 7875 del 2024).

Va rammentato, invero, che la prevalenza degli aspetti sostanziali, rispetto a quelli puramente

formali, nell'ambito delle procedure di gara, è stata riconosciuta in più occasioni della giurisprudenza, anche prima del d.lgs. n. 36 del 2023.

In questa ottica, il giudice amministrativo è tenuto a superare i casi di 'vuoti formalismi', al fine di tutelare l'interesse della stazione appaltante ad ottenere prestazioni orientate a garantire il miglior risultato possibile.

Quindi, in ipotesi come quella di specie, in cui vi è contrasto tra il dato formale del pedissequo rispetto del disciplinare di gara e il dato sostanziale della sussistenza dei requisiti in capo all'aggiudicataria, occorre privilegiare il dato sostanziale, ossia il risultato utile, perseguito dalla stazione appaltante di avere selezionato l'operatore economico ritenuto più idoneo all'esecuzione dell'appalto.

Come chiarito da questo Consiglio di Stato (sent. n. 9812 del 2023), la procedura e la forma sono un mezzo, non il fine della disciplina dei contratti pubblici. Sono in realtà lo strumento per selezionare l'operatore economico più idoneo all'aggiudicazione dell'appalto.

Ne consegue che il lavoro dell'interprete non è solo quello di applicare in maniera rigorosa la *lex specialis*, ma di interpretarla teleologicamente, senza che da tale operazione ermeneutica possa però derivare una qualche violazione alle regole della concorrenza o ai principi di uguaglianza che regolamentano l'accesso al mercato.

Preferire una lettura non formalistica degli atti e della procedura di gara deve comunque avere l'obiettivo prioritario di analizzare il modo di procedere della stazione appaltante verificandone la correttezza sostanziale.

In applicazione dei suindicati principi, i poteri valutativi e la discrezionalità della pubblica amministrazione appaiono più ampi, con la conseguenza che si può ragionevolmente ritenere che un 'mero rigido e cavilloso formalismo' (Cons. Stato, n. 11322 del 2023) non può che nuocere alla concorrenzialità, alla necessità di ampliare il contesto partecipativo dell'impresa, ma soprattutto all'esigenza della stazione appaltante di affidare la commessa all'operatore economico ritenuto più idoneo.

Il Collegio di prima istanza di è fatto carico dei suindicati principi, interpretando le disposizioni della *lex specialis* secondo una impostazione sostanzialistica, valorizzando i poteri discrezionali dell'Amministrazione nel perseguimento dell'interesse pubblico e ripudiando automatismi e formalismi nell'attuazione concreta delle regole.

11.2. Con riferimento allo specifico caso in esame, l'appellante ha contestato l'ammissione del raggruppamento controinteressato costituenda Devi s.r.l. – Falbo s.r.l., assumendo che errore riportato nella procedura telematica non sarebbe un errore meramente formale, ma al contrario un vizio insanabile della procedura, avendo contribuito all'incertezza assoluta sulla provenienza dell'offerta stessa, essendo tutta la procedura di partecipazione alla gara caratterizzata dalla sola presenza della Devi s.r.l. Rileva che il raggruppamento Devi s.r.l. – Falbo s.r.l. avrebbe dovuto essere escluso dalla gara per mancata sottoscrizione, da parte della mandante nell'offerta tecnica, nonché l'assenza di riferimenti di quest'ultima

nell'offerta economica, entrambe palesemente riconducibili alla sola impresa Devi s.r.l. E sottolinea come non vi sarebbe alcun elemento che depone per la riconducibilità dell'offerta tecnica ad altri che non alla Devi s.r.l., peraltro unico operatore economico registrato sul portale, pertanto neppure la piattaforma telematica potrebbe garantire la paternità alla presunta mandante Falbo s.r.l. Infine, secondo l'ATI De Marco Costruzioni, il raggruppamento controinteressato avrebbe dovuto essere escluso per aver presentato una offerta economica in violazione delle prescrizioni poste a pena di esclusione della *lex specialis*, essendo il documento dell'offerta economica unicamente intestato alla Devi s.r.l. e non essendo graficamente esistente né la Devi – Falbo, né l'impresa Falbo, come invece avrebbe dovuto necessariamente essere per ricondurre l'impegno anche alla mandante.

11.3. Le doglianze non sono condivisibili.

Non è contestato in atti che la DEVI s.r.l. ha effettuato la registrazione al sistema telematico indicando la sola propria partita IVA e affermando di partecipare alla gara in qualità di operatore economico singolo. Ma è, altresì, incontroverso che i documenti di gara, ossia la domanda di partecipazione, il D.G.U.E., l'impegno a costituire l'ATI, la dichiarazione di sopralluogo e la polizza fideiussoria affermano chiaramente che la Devi s.r.l. partecipa alla gara quale mandataria in costituendo raggruppamento con la Falbo s.r.l. con sede a Luzzi (CS) in Contrada Foresta snc, cap 87040, codice fiscale e partita IVA, per formare un costituendo raggruppamento denominato Devi s.r.l./Falbo s.r.l.

A sua volta, la Falbo s.r.l. ha dichiarato di partecipare alla gara come mandante di raggruppamento orizzontale (v. domanda di partecipazione e D.G.U.E.) con la medesima Devi s.r.l. nel raggruppamento Devi s.r.l. – Falbo s.r.l.

Appare evidente la volontà dell'operatore economico di voler partecipare in costituendo ATI alla procedura di gara, tanto emerge da tutta la documentazione versata in atti.

A questo punto occorre valutare se la *lex specialis* contenga sanzioni escludenti con riferimento alle modalità di partecipazione.

Il Collegio, alla luce di principi sopra ampiamente enunciati, condivide l'approdo argomentativo sostenuto dal giudice di prime cure che, operando una interpretazione sistematica (art. 1363 c.c.) della legge di gara ha escluso che gli artt. 14.4. e 14.5. del Bando dispongano la sanzione dell'esclusione dalla procedura per il concorrente che abbia omesso di 'definire a sistema' la modalità di partecipazione in RTI. Tanto si desume dalla lettura dell'art. 14.5. che si limita a stabilire: *"I concorrenti che intendono presentare un'offerta in R.T.I. o con l'impegno di costituire un R.T.I., ovvero in Consorzi, infatti, entro il termine previsto dal TIMING DI GARA, al punto 14.7., devono definire a sistema tale modalità di partecipazione"*.

Ne consegue che *"il mancato rispetto della suddetta prescrizione procedurale da parte della DEVI s.r.l. viene in sé a dequotarsi quale mero errore formale, privo in sé di portata escludente, e per altro verso non mette in discussione il dato reale costituito dal fatto che alla gara in questione abbiano partecipato entrambi i soggetti suindicati – ossia la DEVI s.r.l. e la*

FALBO s.r.l. – sotto forma costituendo RTI” (v. sentenza impugnata).

Parimenti infondata la portata escludente dell'art. 17 del Disciplinare di gara, il quale prevede, con riferimento al contenuto e il deposito dell'offerta tecnica, che *“In caso di partecipazione in Raggruppamento temporaneo di Imprese e/o Consorzio: - costituendo: i file e la cartella compressa contenenti l'offerta tecnica dovranno essere sottoscritte, con apposizione della firma digitale, sia dal legale rappresentante/procuratore della/e mandante/i sia dal legale rappresentante/procuratore della mandataria, il quale provvederà anche a caricarla a sistema (...).”*

La piana lettura del testo non prevede alcun riferimento alla sanzione dell'esclusione, in ipotesi di violazione delle prescrizioni contenute nella suddetta disposizione.

11.4. Orbene, giunge a questo punto la necessità del richiamo ai principi che sottendono ad una lettura sostanzialistica della documentazione di gara, ispirata al principio del risultato e della fiducia, che consente di superare la circostanza di fatto che il documento di offerta tecnica, oltre che carente della sottoscrizione della Falbo s.r.l., non rechi un'indicazione o una sigla a quest'ultima riconducibile.

Ciò in quanto, la complessiva redazione della documentazione da parte dell'ATI aggiudicataria, benchè con le carenze sopra riscontrate, non genera dubbi sulla provenienza dell'offerta e consente la piena tracciabilità dei dati immessi in procedura e le tempistiche del relativo trattamento, che di fatto rendono conoscibili le provenienze degli atti che in essa sono confluiti, con piena garanzia della provenienza dal RTI Devi s.r.l. – Falbo s.r.l.

E' più aderente alla procedura telematica una visione sostanzialistica del problema, poiché le piattaforme telematiche garantiscono la piena tracciabilità dei dati immessi in procedura e della tempistica del relativo trattamento, e di fatto rendono conoscibili tutte le fasi della gara e tutti gli atti che in essa sono confluiti, con piena garanzia di immodificabilità, segretezza e inviolabilità delle offerte.

Il principio è in linea con il criterio orientativo enunciato dall'ANAC (cfr. delibera n. 265 del 17 marzo 2020), circa l'illegittimità dell'esclusione nei casi in cui, in base alle circostanze concrete, l'offerta risulta con assoluta certezza riconducibile e imputabile a un determinato soggetto o operatore economico.

La carenza strutturale dell'atto viene in tal caso superata in considerazione del superiore interesse dell'amministrazione a non escludere un concorrente che è identificabile con assoluta certezza sulla base di altri elementi acquisiti aliunde, nell'ambito della documentazione prodotta (T.A.R. per il Piemonte, Torino, 13 novembre 2023, n. 892).

Infatti, come già accertato dal Collegio di prima istanza, la documentazione amministrativa risulta sottoscritta da entrambi i componenti il RTI e il DGUE è sottoscritto dalla Falbo s.r.l. e piegato nella procedura di gara. L'offerta economica e l'impegno a costituire il raggruppamento sono stati sottoscritti da entrambi i componenti Devi s.r.l. e Falbo s.r.l. Il PASS – OE è riferibile ad entrambi i componenti Devi s.r.l. e Falbo s.r.l., come la polizza

fideiussoria e il sopralluogo che è stato effettuato da entrambi.

In sostanza, si deve convenire con quanto affermato dal T.A.R.: *“In conclusione, deve ritenersi che il complesso della documentazione effettivamente sottoscritta da entrambi i concorrenti nonché tutti gli altri elementi ed adempimenti di gara comunque effettuati o riferibili ad entrambi i concorrenti e caricati sulla piattaforma informatica da parte della DEVI s.r.l., in uno con la garanzia propria di siffatta tipologia di procedure può adeguatamente inferire tanto che l'offerta tecnica, quantunque firmata soltanto dalla Devi s.r.l., sia imputabile anche all'altro componente Falbo s.r.l. quanto che detta offerta sia stata intesa come vincolante anche nei confronti di quest'ultima”*.

Quanto all'offerta economica, considerato che reca la sottoscrizione di entrambi i componenti, non vi sono dubbi sulla riconducibilità alla Devi s.r.l. e Falbo s.r.l., non assumendo rilievo che nell'intestazione del documento non figurino entrambi.

Né si può predicare, come pretende l'appellante, che sia errata la soluzione interpretativa adottata dal Collegio di prima istanza, per il fatto che abbia ommesso di fare riferimento al soccorso istruttorio. L'applicazione dei principi introdotti dal d.lgs. n. 36 del 2023, come si è detto, autorizza le stazioni appaltanti (e il giudice) a privilegiare un'interpretazione sostanzialista e priva di formalismi degli atti di gara, nella specie, per i rilievi espressi, chiari quanto all'individuazione del contenuto e dei soggetti responsabili delle dichiarazioni, senza necessità di ricorrere all'istituto del soccorso istruttorio.

11.5. In conclusione, una ricostruzione sistematica e complessiva della documentazione dell'offerta ha permesso alla Stazione appaltante di verificare la volontà del RTI, e alla Commissione di gara di intendere che l'offerta fosse riconducibile al RTI Devi s.r.l. – Falbo s.r.l. Invero, il CUC con determinazione n. 5 del 5.6.2023 ha inserito come impresa aggiudicataria il costituendo RTI Devi s.r.l. – Falbo s.r.l., dando atto che la dichiarazione di aggiudicazione e la relativa efficacia è da riferirsi al suddetto costituendo RTI.

12. Da siffatti rilievi consegue il rigetto dell'appello e la conferma della sentenza impugnata.

13. La novità delle questioni esaminate e il recente consolidarsi della giurisprudenza di legittimità sui principi enunciati, suggerisce l'integrale compensazione delle spese di lite del grado tra le parti.

P.Q.M.

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

Compensa integralmente tra le parti le spese di lite del grado.

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

Così deciso, in Roma, nella camera di consiglio del giorno 12 dicembre 2024 con l'intervento

dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

Annamaria Fasano, Consigliere, Estensore

Guida alla lettura

Il Consiglio di Stato nella sentenza in commento ribadisce la tendenza giurisprudenziale di **impostazione sostanzialistica nell'interpretazione della *lex specialis* che ripudia i meri formalismi nell'attuazione delle regole di gara.**

Infatti, **già prima del Codice dei contratti pubblici** - d.lgs. n. 36 del 2023 - ove viene **positivizzato il principio del risultato** (art. 1, d.lgs. n. 36, cit.), la giurisprudenza amministrativa aveva in più occasioni ritenuto prevalente gli aspetti sostanziali rispetto a quelli formali per superare i casi di “vuoti formalismi” nella *lex specialis* e risolvere le questioni concrete, nell'ottica di tutelare l'interesse della stazione appaltante al raggiungimento del miglior risultato possibile.

Il principio di risultato, nell'interpretazione giurisprudenziale, diventa il **criterio guida per individuare l'obiettivo finale della procedura di gara** che nella **fase di affidamento** è quello di **giungere nel modo più rapido e corretto possibile alla stipulazione del contratto**; e che nella **fase di esecuzione** è quello di **realizzare la prestazione, oggetto del contratto, nei tempi ivi previsti e a regola d'arte.**

L'interprete, pertanto, nel privilegiare gli aspetti di cui sopra, prende in considerazione i fattori sostanziali dell'azione amministrativa, tralasciando quelli meramente formali che ne ostacolano il suo espletamento.

Nel caso di specie, l'appellante ha contestato l'ammissione del raggruppamento controinteressato costituenda Devi s.r.l. – Falbo s.r.l., ritenendo che avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura di gara per mancata sottoscrizione da parte della mandante (Falbo s.r.l.) dell'offerta tecnica nonché per l'assenza di riferimenti di quest'ultima nell'offerta economica. Il Consiglio di Stato, così come aveva già rilevato il giudice di prime cure, ha ritenuto che nella *lex specialis* non vi fosse alcuna sanzione escludente con riferimento alle modalità di partecipazione indicate dalla ricorrente.

Dunque, richiamando i principi che sottendono una lettura sostanzialistica della

documentazione di gara, quali il principio di risultato e quello di fiducia (art. 2, d.lgs. n. 36, cit.), ha ritenuto di poter superare le questioni rilevate dall'appellante.

In particolare, la mancata sottoscrizione dell'offerta tecnica da parte della mandante è superabile con la presentazione, attraverso la piattaforma telematica che garantisce la piena tracciabilità dei dati immessi in procedura e della tempistica del relativo trattamento, della complessiva documentazione di gara sottoscritta da entrambi i componenti dell'ATI. Il mandante, dunque, è pienamente identificabile. In ordine, poi, al mancato riferimento nell'intestazione dell'offerta economica ad entrambi i componenti dell'ATI, l'eccezione è superabile dalla sottoscrizione della predetta offerta da parte di entrambi i componenti.

Nella sentenza del Consiglio di Stato, come rilevato, emerge il superamento del mero formalismo nelle procedure di gara a favore dell'approccio sostanzialistico: **l'errore formale che non pregiudica i principi di trasparenza, di concorrenza o di accesso al mercato, può essere superato dalle scelte discrezionali della stazione appaltante che mirano al raggiungimento dell'interesse pubblico, consistente nella buona riuscita dell'appalto.**

L'applicazione concreta del principio di risultato, pertanto, privilegia l'efficienza amministrativa al mero rigore normativo.