

**APPALTI: Gara - Partecipazione - Raggruppamento di imprese - Suddivisione in lotti - Requisiti di ordine generale - Accertamento - Soccorso istruttorio - Requisiti - Carenza - Esclusione - Fattispecie.**

**Tar Lazio - Roma, Sez. III, 22 settembre 2020, n. 9661**

- in *Riv. Trimestrale degli appalti*, 1, 2021, pag. 331 e ss., con commento di Olga Toscano, *Obblighi dichiarativi incombenti su un consorzio concorrente ad una pubblica gara e possibilità di ricorrere al soccorso istruttorio in caso di carenza dei requisiti di ordine generale in capo ad uno dei consorziati*

1. “[...] ai sensi del comma 7 bis dell’art. 48 d.lgs. n. 50 del 2016, la modifica soggettiva del novero delle consorziate indicate in sede di gara come esecutrici è consentito unicamente per le ragioni indicate ai successivi commi 17, 18 e 19 (procedure concorsuali che abbiano interessato una di tali imprese o recesso) o per fatti o atti sopravvenuti, ma –e tale è il punto dirimente della questione- a condizione che la modifica soggettiva non sia finalizzata ad eludere in tale sede la mancanza di un requisito di partecipazione in capo all’impresa consorziata.

Ed infatti, come affermato dalla costante giurisprudenza, se i requisiti di ordine generale fossero accertati solamente in capo al consorzio e non anche ai consorziati, che eseguono le prestazioni, il consorzio potrebbe agevolmente diventare uno schermo di copertura consentendo la partecipazione di consorziati privi dei necessari requisiti (Cons. Stato, n. 3384/2018).

Il correlato obbligo dichiarativo in sede di gara, pertanto risponde non solo al fine di consentire il controllo del divieto di partecipazione dei consorziati alla medesima gara cui concorre il consorzio del quale fanno parte, ma anche al generale principio dell’immodificabilità dei partecipanti e che in particolare affinché sia rispettato l’obbligo assunto dal consorzio stabile già in sede di procedura di affidamento di avvalersi in sede esecutiva dell’impresa specificamente designata per tale fase [...]”.

2. “[...] il soccorso istruttorio ha come finalità quella di consentire l’integrazione della documentazione già prodotta in gara, ma ritenuta dalla stazione appaltante incompleta o irregolare sotto un profilo formale, non anche di consentire all’offerente di formare atti in data successiva a quella di scadenza del termine di presentazione delle offerte (Consiglio di Stato , sez. V , 22/10/2018, n. 6005); tanto più tale preclusione deve valere allorchè l’istituto sia invocato per modificare la compagine delle imprese consorziate che dovranno eseguire l’appalto al fine di emendare l’assenza dei requisiti di partecipazione in capo a quelle che, tra di esse, ne fossero privi all’atto della presentazione dell’offerta [...]”.

**FATTO**

1. – Con ricorso notificato l’8 novembre 2019 e depositato il successivo giorno 13, Consorzio Nazionale Sicurezza ha impugnato, chiedendone l’annullamento previa misura cautelare, il provvedimento di “annullamento aggiudicazione – Lotti 5 e 6” di cui alla nota prot. P-ACQ.2019.0001816.U dell’11 ottobre 2019, con cui Poste Italiane S.p.A. ha annullato in autotutela l’aggiudicazione dei Lotti 5 e 6 in favore dell’odierno ricorrente in relazione alla Procedura aperta

in modalità tematica per l'istituzione di un Accordo Quadro per la fornitura di Servizio di manutenzione degli impianti di sicurezza situati presso gli uffici postali, immobili direzionali ed industriali di Poste Italiane suddivisa in sei Lotti”, nonché i verbali e gli atti presupposti.

Il provvedimento impugnato è stato adottato dalla stazione appaltante in quanto essa ha ritenuto di rilevare quanto segue:

“- nei confronti della società Sammarco Security Service di Sammarco Maurizio, consorziata esecutrice indicata da codesto Consorzio, violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse per un ammontare di euro 21.550, 89;

- nei confronti della società Sicurtel di Antonio Bellassai, consorziata esecutrice indicata da codesto Consorzio, violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse per un ammontare di euro 93.585,09 nonché violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento dei contributi previdenziali per un ammontare pari ad euro 31.163,17;

(...) rappresentando le richiamate irregolarità accertamento circa il mancato possesso dei requisiti prescritti, non risulta verificata la predetta condizione sospensiva cui è subordinata l'efficacia dell'aggiudicazione. Per tutto quanto sopra premesso con la presente si procede all'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione dei lotti 5 e 6 (...).”

2. – Il ricorrente precisa che i due lotti ai quali esso ha partecipato riguardano le regioni Abruzzo, Molise, Campania, Puglia (lotto 5) e Calabria, Basilicata, Sicilia (lotto 6), e che il bando di gara prevedeva che ciascun operatore economico potesse partecipare a tutti i lotti, ma con il limite di poter conseguire l'aggiudicazione solo per due di essi.

Il metodo di aggiudicazione era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa e l'importo complessivo dei sei lotti ammontava a 36.819.990,00 euro.

Il presente giudizio riguarda il lotto n. 5.

3. – L'esposizione di fatto del ricorrente prosegue evidenziando che, mentre per il lotto n. 5 esso avrebbe presentato la propria offerta indicando quali imprese esecutrici (oltre che il Consorzio stesso) le consorziate: Artel Sistemi di Sicurezza di Addazzi Vincenzo e C. s.n.c.; Miglior Tecnica Soc. Coop.; RCM Italia s.r.l.; SGS s.r.l.s.; Sicura s.r.l.; Sitelna s.a.s. di Cervelli Roberto e C.; STS Puglia s.r.l.

Invece per il lotto n. 6 esso –oltre alla propria struttura d'impresa- avrebbe presentato in gara le consorziate FC Impianti di Cipri Francesco; Telesistemi s.r.l.; Sicurtel di Antonio Bellassai; Sammarco Security Service di Sammarco Maurizio; RCM Italia s.r.l.; Miglior Tecnica Soc. Coop.

Afferma, inoltre, che il DGUE avrebbe riportato l'indicazione di tutti tali operatori per ciascuno dei due lotti di riferimento, e così avrebbero fatto le consorziate nei rispettivi DGUE.

Prosegue affermando che, dalla lettura combinata delle istanze di ammissione, sarebbe stata del tutto chiara la distinta composizione delle imprese esecutrici in relazione al Lotto n. 5 e al Lotto n. 6 e, soprattutto, si sarebbe evinta la mancata partecipazione delle consorziate Sicurtel e Sammarco per il Lotto n. 5; e che l'indicazione nel DGUE da parte del Consorzio Stabile delle imprese esecutrici non avrebbe potuto che essere effettuata in modo cumulativo nel caso di partecipazione ai più lotti, non essendovi distinte griglie in relazione ai singoli Lotti, mentre né la *lex specialis* né la configurazione telematica delle modalità di partecipazione avrebbero previsto che il concorrente, in caso di partecipazione a più lotti, presentasse DGUE differenziati, anche in ordine all'indicazione delle imprese esecutrici, per ogni singolo lotto.

4. – Per una migliore illustrazione dei motivi di gravame, ancora, il ricorrente, nella sua prospettazione, fornisce la descrizione di numerosi documenti di gara, fra cui spiccano i chiarimenti per cui “Il modello di DGUE predisposto dalla Stazione Appaltante è identico per l'operatore economico che partecipa in qualità di concorrente per più Lotti nonché per ciascuna impresa esecuttrice di un singolo Lotto. Ne conseguirebbe che l'indicazione nel DGUE da parte del Consorzio Stabile delle imprese esecutrici non potesse che essere effettuata in modo cumulativo nel caso di partecipazione ai più lotti, non essendovi distinte griglie in relazione ai singoli Lotti. Inoltre, né la *lex specialis* né tantomeno la configurazione telematica delle modalità di partecipazione avrebbero previsto che il concorrente (ossia il Consorzio Stabile nel caso de quo), qualora partecipasse a più Lotti, presentasse DGUE differenziati, anche in ordine all'indicazione delle imprese esecutrici, per ogni singolo Lotto.

5. – Dopo avere esposto anche di avere richiesto, vanamente, il ritiro in autotutela del provvedimento impugnato –ottenendo, invece, un atto confermativo della precedente esclusione-, CNS censura la propria esclusione dalla gara per i seguenti motivi:

1) Violazione e falsa applicazione di legge: artt. 80, 48 c. 7, 51 e 32 comma 7 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50. Violazione del principio della suddivisione dei lotti. Errata percezione della documentazione di gara. Eccesso di potere per ingiustizia grave e manifesta irragionevolezza. Travisamento di fatto. Difetto di istruttoria e di motivazione.

Il provvedimento con il quale è stato disposto l'annullamento dell'aggiudicazione del Lotto n. 5 in favore dell'odierno ricorrente e la conseguente determinazione confermativa assunta dalla Stazione Appaltante sarebbero illegittimi in quanto Poste Italiane avrebbe “assimilato la compagine delle imprese esecutrici indicate dal CNS per i Lotti n. 5 e n. 6, realizzando così una inspiegabile

commistione degli esiti per i due Lotti in esame”, in quanto essa avrebbe ritenuto che l’indicazione cumulativa, da parte del CNS nel proprio DGUE, di tutte le consorziate esecutrici per i Lotti n. 5 e n. 6, comporterebbe che l’estensione soggettiva della verifica dei requisiti delle esecutrici sia identica per entrambi i lotti: mentre la verifica sul possesso dei requisiti di ordine generale nel caso di consorzi di cooperative di produzione e lavoro e dei consorzi stabili andrebbe svolta solo con riferimento a quelle concretamente designate per l’esecuzione dell’appalto.

E dagli atti di gara emergerebbe in relazione al Lotto n. 5, l’odierno ricorrente avrebbe presentato la propria offerta indicando quali imprese esecutrici, oltre il Consorzio stesso con la propria struttura di impresa, le seguenti consorziate: Artel Sistemi di Sicurezza di Addazzi Vincenzo e C. s.n.c., Miglior Tecnica Soc. Coop., RCM Italia s.r.l., SGS s.r.l.s., Sicura s.r.l., Sitelna s.a.s. di Cervelli Roberto e C., STS Puglia s.r.l.

Invece, le istanze di ammissione delle imprese Sammarco Security Service e Sicurtel indicherebbero di partecipare alla gara, in veste di imprese esecutrici, soltanto con riferimento al lotto n. 6.

2) Violazione e falsa applicazione di legge: art. 83 c. 9, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50. Violazione e falsa applicazione di legge: artt. 3 e 6 della legge 7 agosto 1990, n. 241. Eccesso di potere per travisamento di fatto e irragionevolezza.

In ogni caso, la stazione appaltante avrebbe dovuto attivare il soccorso istruttorio, invece di motivare l’annullamento dell’aggiudicazione del lotto 5 sul rilievo che Sammarco Security Service e Sicurtel non avrebbero reso dichiarazioni veritiere in relazione al requisito della regolarità fiscale: infatti, tali ditte sarebbero state indicate come esecutrici nel solo lotto n. 6.

6. – La ricorrente, inoltre, ha svolto domanda di risarcimento dei danni che essa avrebbe subito per la mancata aggiudicazione, sia in forma specifica (mediante aggiudicazione dell’appalto) che, in subordine, per equivalente.

7. – Si sono costituite in giudizio Poste Italiane s.p.a. e la nuova aggiudicataria (in RTI con Saima) Sicuritalia, che hanno chiesto il rigetto del ricorso.

8. – Con ordinanza n. 8007\2019 depositata il 6 dicembre 2019 è stata respinta l’istanza cautelare proposta dalla ricorrente.

Il Collegio, in particolare, ha ritenuto che “... non pare sussistere, alla sommaria cognizione propria della fase cautelare, il travisamento dei fatti denunciato dal ricorrente circa le società consorziate indicate quali esecutrici dell’appalto (Lotto 5), in quanto ciò che pare avere determinato l’operato della stazione appaltante è il principio secondo il quale le singole imprese consorziate devono possedere individualmente i requisiti di ordine generale, affinché il consorzio non diventi uno

schermo di copertura consentendo la partecipazione di consorziati privi dei necessari requisiti (Consiglio di Stato sez. V, 05/06/2018, n.3384);”.

L'appello contro tale provvedimento è stato respinto dal Consiglio di Stato con ordinanza n. 425/2020 depositata il 31 gennaio 2020.

9. - Con ricorso per motivi aggiunti notificato e depositato l'11 febbraio 2020, CNS ha inoltre impugnato la nota, trasmessa via p.e.c., in data 22 gennaio 2020, con cui Poste Italiane S.p.A. ha comunicato che “in data 22 gennaio 2020 è stato stipulato, con il RTI Saima Sicurezza S.p.A./Sicuritalia S.p.A., risultato aggiudicatario, il relativo contratto per la fornitura Servizio di manutenzione degli impianti di sicurezza situati presso gli uffici postali, immobili direzionali ed industriali di Poste Italiane – Lotto 5.”

Dopo avere svolto alcune critiche verso l'ordinanza cautelare di rigetto su richiamata, il ricorrente ha svolto una censura di illegittimità derivata e, inoltre, ha ripetuto i motivi e le domande già proposti con il ricorso introduttivo.

10. – In vista della trattazione del ricorso nel merito I parti hanno depositato le rispettive memorie ex art- 73 c.p.a., nelle quali hanno ribadito le rispettive posizioni.

11. – In occasione dell'udienza pubblica dell'8 luglio 2020 il ricorso è stato posto a decisione.

#### DIRITTO

1. – Il ricorso ed i motivi aggiunti –che ripetono le medesime censure- sono infondati, e vanno respinti.

Il nucleo argomentativo del primo motivo del ricorso introduttivo e del secondo motivo aggiunto (il primo si appella all'invalidità derivata) è relativo al travisamento dei fatti in cui sarebbe incorsa la stazione appaltante circa le consorziate designate da CNS quali esecutrici nei due lotti 5 e 6, che non sarebbero state differenti, per cui le due imprese prive dei requisiti di partecipazione sarebbero state indicate quali esecutrici solo per il lotto 6.

Tale nucleo argomentativo è ribadito nelle memorie del ricorrente, in cui è dato di leggere: “Il provvedimento con il quale è stato disposto l'annullamento dell'aggiudicazione del Lotto n. 5 in favore dell'odierno ricorrente e la successiva determinazione confermativa assunta dalla Stazione Appaltante sono del tutto illegittimi in quanto Poste Italiane, pur alla luce della chiara documentazione di gara, ha inopinatamente assimilato la compagine delle imprese esecutrici indicate dal CNS per i Lotti n. 5 e n. 6, realizzando così una inspiegabile commistione degli esiti per i due Lotti in esame.

Specificando la ragione del ritiro dell'aggiudicazione, con l'atto confermativo dell'8 novembre 2019 (in riscontro alla richiesta di autotutela di CNS) la Stazione Appaltante ha infatti erroneamente

ribadito che l'indicazione cumulativa, da parte del CNS nel proprio DGUE, di tutte le consorziate esecutrici per i Lotti n. 5 e n. 6, comporterebbe che l'estensione soggettiva della verifica dei requisiti delle esecutrici sia identica per entrambi i Lotti.”

L'errore in cui sarebbe incorsa Poste Italiane, dunque, consisterebbe nella convinzione che gli esiti (negativi) della verifica dei requisiti in capo alle consorziate eseguita per uno dei due lotti cui CNS ha partecipato (qui, il n. 6) dovessero estendere i propri effetti (parimenti negativi) anche all'altro lotto per cui CNS concorreva (il n. 5).

La prospettazione offerta dal ricorrente non può essere condivisa.

Al riguardo occorre premettere che risulta pacifico il fatto, enunciato nella motivazione del provvedimento impugnato, per cui due delle consorziate indicate quali esecutrici (Sammarco Security Service e Sicurtel) erano incorse in inadempimenti fiscali e previdenziali che ne avrebbero comportato l'impossibilità di partecipare alla gara.

La mancata rilevanza della partecipazione di quelle società, ai fini dell'ammissione a gara (ed al punteggio) del consorzio stabile non è dedotta con specifiche censure da CNS nel presente giudizio, che riguarda il lotto n. 5, ossia quello per cui le due ditte summenzionate non erano indicate tra le esecutrici.

E' altrettanto incontestato (oltre che documentato in atti) come la legge di gara prevedesse che, per i consorzi stabili, la richiesta di offerta dovesse comprendere una domanda di ammissione unica per i sei lotti (c.d. RDO amministrativa).

Infatti, il punto III.1.8 del Bando disponeva: “Non ammessa (...) Impresa partecipante a RTI\consorzi in diversa composizione per diversi lotti, pena esclusione, impresa e del RTI/Consorzi diversamente composti. Composizione del RTI/Consorzio o impresa singola deve rimanere la stessa per tutti i lotti ”.

Tale disposizione della legge di gara dà conto del fatto che, diversamente dall'assunto concettuale da cui muovono le censure in esame, non vi era indipendenza tra le domande (e la rispettiva documentazione che avrebbe dovuto corredare le medesime, con l'indicazione delle consorziate designate esecutrici) presentate dal medesimo operatore economico per la partecipazione ai singoli lotti.

E –sotto il profilo strettamente fattuale- risulta dagli atti di causa (doc. 5 della produzione di Poste Italiane) che CNS abbia, in effetti, presentato un'unica istanza di partecipazione alla gara per i due lotti 4 e 5, e che in tale documento sia contemplata una serie di imprese con cui esso intendeva concorrere, ossia: lo stesso CNS indicato come “partecipante con la propria struttura di impresa”, Telesistemi s.r.l., RCM Italia s.r.l., Sicura s.r.l., Miglior Tecnica soc. coop., STS Puglia s.r.l., Artel

Sistemi di Sicurezza s.n.c., Sammarco Security Service, Sicurtel, FC Impianti, SGS s.r.l. e Sitelna s.a.s.

Inoltre, il documento di gara unico europeo presentato da CNS nell'occasione (doc. 6 della produzione di Poste Italiane) riporta testualmente l'indicazione di entrambi i lotti per cui esso intendeva prendere parte alla competizione (5 e 6), nonché le necessarie indicazioni richieste dal formulario relative ad entrambi il lotti.

Non vi era, in definitiva, alcuna possibilità di distinguere tra consorziate che avrebbero eseguito l'appalto per il lotto 5 e consorziate che invece lo avrebbero eseguito per il lotto 6: e gli atti presentati a gara dal consorzio ricorrente, in effetti, non operano, in questo senso, distinzione alcuna.

Tanto smentisce gli assunti su cui ruotano i motivi qui esaminati, che pertanto devono essere respinti.

2. – Anche il secondo motivo del ricorso introduttivo, che invoca il mancato esperimento del soccorso istruttorio da parte della stazione appaltante, deve essere disatteso.

Ed invero, al riguardo occorre prendere le mosse dal dato normativo, per cui, ai sensi del comma 7 bis dell'art. 48 d.lgs. n. 50 del 2016, la modifica soggettiva del novero delle consorziate indicate in sede di gara come esecutrici è consentito unicamente per le ragioni indicate ai successivi commi 17, 18 e 19 (procedure concorsuali che abbiano interessato una di tali imprese o recesso) o per fatti o atti sopravvenuti, ma – e tale è il punto dirimente della questione- a condizione che la modifica soggettiva non sia finalizzata ad eludere in tale sede la mancanza di un requisito di partecipazione in capo all'impresa consorziata.

Ed infatti, come affermato dalla costante giurisprudenza, se i requisiti di ordine generale fossero accertati solamente in capo al consorzio e non anche ai consorziati, che eseguono le prestazioni, il consorzio potrebbe agevolmente diventare uno schermo di copertura consentendo la partecipazione di consorziati privi dei necessari requisiti (Cons. Stato, n. 3384/2018).

Il correlato obbligo dichiarativo in sede di gara, pertanto risponde non solo al fine di consentire il controllo del divieto di partecipazione dei consorziati alla medesima gara cui concorre il consorzio del quale fanno parte, ma anche al generale principio dell'immodificabilità dei partecipanti e che in particolare affinché sia rispettato l'obbligo assunto dal consorzio stabile già in sede di procedura di affidamento di avvalersi in sede esecutiva dell'impresa specificamente designata per tale fase (Cons. Stato, IV, 3 maggio 2016, n. 1717).

Ne segue che una eventuale sostituzione, a seguito di intervento di soccorso istruttorio da parte della stazione appaltante, delle consorziate ab origine prive dei requisiti di partecipazione, si sarebbe

tradotto in una violazione della norma su richiamata, nonché di elementari ragioni di par condicio tra i partecipanti alla gara.

Ed invero, come già affermato dalla Sezione (sentenza 05/03/2019 n.2898), il soccorso istruttorio ha come finalità quella di consentire l'integrazione della documentazione già prodotta in gara, ma ritenuta dalla stazione appaltante incompleta o irregolare sotto un profilo formale, non anche di consentire all'offerente di formare atti in data successiva a quella di scadenza del termine di presentazione delle offerte (Consiglio di Stato , sez. V , 22/10/2018, n. 6005); tanto più tale preclusione deve valere allorchè l'istituto sia invocato per modificare la compagine delle imprese consorziate che dovranno eseguire l'appalto al fine di emendare l'assenza dei requisiti di partecipazione in capo a quelle che, tra di esse, ne fossero privi all'atto della presentazione dell'offerta.

3. – In ragione della reiezione delle censure precedentemente esaminate deve essere respinto anche il motivo aggiunto che denuncia invalidità derivata dalla (non pronunziata) illegittimità degli atti impugnati con il ricorso introduttivo.

Lo stesso è da dirsi per le domande risarcitorie, mancandone il necessario presupposto di accoglimento costituito da un fatto illecito, attesa la legittimità dei provvedimenti che il ricorrente assume forieri di danni.

4. –In conclusione l'impugnazione va respinta.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza), respinge il ricorso ed i motivi aggiunti in epigrafe.

Condanna il ricorrente al pagamento delle spese di lite in favore delle resistenti costituite, che forfetariamente e complessivamente liquida in euro 2.000,00 (duemila\00) oltre IVA e CPA.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 luglio 2020 in videoconferenza da remoto ai sensi dell'art. 84 del decreto legge n. 18 del 2020, con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Daniele, Presidente

Achille Sinatra, Consigliere, Estensore

Alfonso Graziano, Consigliere



**L'ESTENSORE**

**Achille Sinatra**

**IL PRESIDENTE**

**Giuseppe Daniele**