Pubblicato il 27/12/2019

N. 08819 /2019 REG.PROV.COLL.
N. 02523/2019 REG.RIC.
N. 04816/2019 REG.RIC.

Firmato digitalmente

**R E P U B B L I C A  I T A L I A N A**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso iscritto in appello al numero di registro generale 2523 del 2019, proposto da

La Rinascita s.r.l.s., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Lorenzo Lentini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Barnab Tortolini 30 c/o Placidi.

***contro***

Rti Asd Atlantide Nuoto, non costituito in giudizio;

Alba Oriens S.S.D. a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Parisi, Marco Iannaccone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Gianluigi Pellegrino in Roma, corso del Rinascimento, 11;

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Provveditorato Interregionale Opere Pubbliche Campania Molise Puglia e Basilicata - Sede di Napoli, in persona del

legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12.

***nei confronti***

Comune di Giugliano in Campania, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Luigi Riccardo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia.

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 4816 del 2019, proposto da

Provveditorato Interregionale Opere Pubbliche Campania Molise Puglia e Basilicata - Sede di Napoli, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12.

***contro***

Rti Asd Atlantide Nuoto non costituito in giudizio;

Alba Oriens S.S.D. a r.l, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Antonio Parisi, Marco Iannaccone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

La Rinascita S.r.l.S., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Lorenzo Lentini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Lorenzo Lentini in Roma, via Barnaba Tortolini 30 c/o Placidi.

***nei confronti***

Comune di Giugliano, non costituito in giudizio.

***per la riforma della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per la Campania (sezione Sesta) n. 01195/2019.***

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Giugliano in Campania e di Alba Oriens S.S.D. A.R.L., nonché del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e del Provveditorato Interregionale Opere Pubbliche Campania Molise Puglia e Basilicata - Sede di Napoli e de La Rinascita S.r.l.S.;

Visti tutti gli atti delle cause;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 ottobre 2019 il Cons. Giuseppina Luciana Barreca e uditi per le parti gli avvocati Lentini, Parisi, dello Stato Giovanni Greco, e Pecorilla per delega di Riccardo Lentini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.Con la sentenza indicata in epigrafe il Tribunale amministrativo regionale della Campania ha accolto il ricorso e i motivi aggiunti proposti dalla Alba Oriens s.s.d. a r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo d'imprese "Alba Oriens S.S.D. a r.l. – A.S.D. Atlantide Nuoto", per ottenere l'annullamento:

- del provvedimento prot. n. 26945 del 5 ottobre 2018, comunicato in pari data a mezzo pec, con cui il Provveditorato Interregionale per le Opere Pubbliche per la Campania, il Molise, la Puglia e la Basilicata ha approvato la proposta di aggiudicazione formulata dalla Commissione di gara con verbale prot. n. 12255 del 10 settembre 2018, per l'effetto affidando alla società La Rinascita s.r.l.s. la procedura di gara indetta dal Comune di Giugliano per la «*concessione del servizio di gestione, conduzione e manutenzione ordinaria della piscina comunale sita in zona Campopannone-Epitaffio*», nonché degli atti di gara e degli avvisi presupposti;

- del decreto prot. n. 29771 del 6 novembre 2018 - conosciuto dalla ricorrente solo all'esito della costituzione in giudizio, avvenuta in data 16 novembre 2018, del Provveditorato Interregionale per le Opere Pubbliche per la Campania, il Molise, la Puglia e la Basilicata - con cui quest'ultimo, in qualità di S.U.A., all'esito della procedura di verifica dei requisiti in capo all'aggiudicataria, ha dichiarato

l'intervenuta efficacia dell'aggiudicazione disposta in favore della società La Rinascita s.r.l.s.

1.1. Respinta l'eccezione di irricevibilità del ricorso formulata dalle amministrazioni resistenti e dalla controinteressata, la sentenza ha ritenuto assorbente ed ha accolto la censura concernente l'invalidità del contratto di avvalimento stipulato dalla aggiudicataria con la Fimco Sport s.r.l. s.s. dilettantistica con sede in Maglie, e, per l'effetto, ha così disposto:

*<< a) annulla i provvedimenti impugnati;*

*b) salvo l'esito delle eventuali ulteriori verifiche di legge, ordina al Provveditorato Interregionale per le Opere Pubbliche per la Campania, il Molise, la Puglia e la Basilicata di disporre l'aggiudicazione dell'affidamento in concessione del servizio per la gestione, conduzione e manutenzione ordinaria della piscina comunale sita in zona Campopannone-Epitaffio di proprietà del Comune di Giugliano in Campania, per la durata di anni nove (CIG 748768377A), in favore della ricorrente quale capogruppo mandataria del costituendo R.T.I. "Alba Oriens S.S.D. a r.l. - A.S.D. Atlantide Nuoto";*

*c) dichiara l'inefficacia del contratto medio tempore stipulato e dispone il subentro della ricorrente quale capogruppo mandataria del costituendo R.T.I. "Alba Oriens S.S.D. a r.l. - A.S.D. Atlantide Nuoto" nel contratto stesso.*

*Spese compensate, salvo il rimborso del contributo unificato versato dalla ricorrente, da parte del Provveditorato Interregionale per le Opere Pubbliche per la Campania, il Molise, la Puglia e la Basilicata, del Comune di Giugliano in Campania e della contro-interessata La Rinascita S.r.l.s., in parti uguali e in solido>>.*

2. Per ottenere la riforma della sentenza, la società La Rinascita s.r.l.s. e il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti – Provveditorato Interregionale OO.PP. per le Regioni Campania, Molise, Basilicata e Puglia, in qualità di S.U.A., hanno proposto distinti appelli, iscritti rispettivamente con i numeri R.G. 2523/19 e 4816/19.

2.1. Alba Oriens s.s.d. a r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria del costituendo R.T.I., si è costituita in entrambi i giudizi per resistere agli appelli.

2.2. Alla pubblica udienza del 29 ottobre 2019 entrambi i giudizi sono stati posti in decisione.

3. Va preliminarmente disposta la riunione dei ricorsi in quanto avanzati contro la stessa sentenza.

4. Con entrambi gli appelli è riproposta, come primo motivo di gravame, l'eccezione di irricevibilità del ricorso in primo grado per violazione dell'art. 120, comma 2, *bis* Cod. proc. amm., applicabile *ratione temporis*, ed è censurato il capo della sentenza di primo grado che ha respinto l'eccezione.

4.1. Per addivenire a tale decisione di rigetto, la sentenza ha ricostruito nei seguenti termini le vicende della procedura risultanti dal ricorso:

*<< Espone parte ricorrente:*

*- di aver partecipato, quale capogruppo mandataria del costituendo R.T.I. "Alba Oriens S.S.D. a r.l. - A.S.D. Atlantide Nuoto", alla procedura di gara indetta dal Provveditorato Interregionale per le Opere Pubbliche per la Campania, il Molise, la Puglia e la Basilicata quale Stazione Unica Appaltante del Comune di Giugliano in Campania, per l'affidamento in concessione del servizio di gestione, conduzione e manutenzione ordinaria della piscina comunale sita in zona Campopannone-Epitaffio (CIG 748768377A), per la durata di nove anni e un valore totale stimato di euro 4.637.160,00 oltre IVA, mediante espletamento di procedura aperta ai sensi dell'art. 60 del d.lgs. n. 50/2016, da aggiudicare con applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa;*

*- che, scaduto in data 3 luglio 2018, il termine per la presentazione delle offerte, il 4 luglio 2018 si è tenuta la prima seduta pubblica, nella quale la Commissione di gara ha riscontrato la partecipazione di tre operatori economici: La Rinascita S.r.l.s., la Olimpic Nuoto Napoli S.S.D. a r.l. e la costituenda A.T.I. Alba Oriens S.S.D. a r.l. (mandataria - capogruppo) - A.S.D. Atlantide Nuoto (mandante),*

*procedendo all'apertura delle buste contenenti la documentazione amministrativa, nonché, in prosieguo, quelle contenenti la documentazione tecnica, al fine di verificarne la completezza;*

*- che in tale circostanza è stato riscontrato, senza ulteriore specificazione, che La Rinascita S.r.l.s. aveva fatto ricorso all'istituto dell'avvalimento sia per i requisiti di natura economico-finanziaria sia per quelli di capacità tecnico-professionale, mentre per gli altri due operatori veniva attivato il sub-procedimento di soccorso istruttorio per la mancata allegazione dell'autentica notarile della sottoscrizione del contratto di garanzia provvisoria, a cui entrambi i concorrenti ponevano rimedio nei termini assegnati;*

*- che nelle successive sedute, riservate e pubbliche, la Commissione ha proceduto alla valutazione delle offerte tecniche e delle offerte economiche, con conseguente attribuzione dei relativi punteggi, giungendo a determinare la seguente graduatoria finale: 1. La Rinascita S.r.l.s. punti 100/100 (70+30); 2. A.T.I. AlbaOriens S.S.D. a r.l. (mandante) - A.S.D. Atlantide Nuoto (mandataria) punti 83,47/100 (61,57+21,90); 3. S.S.D. Olimpic Nuoto Napoli a r.l. punti 57,80/100 (51,80+6);*

*- che le operazioni di gara sono state sospese ed è stato attivato, ai sensi dell'art. 97, co. 3, del d.lgs. n. 50/2016, il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta nei confronti della prima classificata per aver superato il limite dei 4/5 in entrambi i punteggi massimi previsti dal disciplinare, sia per l'offerta tecnica sia per l'offerta economica;*

*- che, all'esito dei chiarimenti richiesti all'impresa aggiudicataria con nota prot. n. 76962 del 10 agosto 2018 e pervenuti con nota prot. n. 80248 del 30 agosto 2018, la predetta verifica si è conclusa con esito positivo il 31 agosto 2018;*

*- che nella seduta del 10 settembre 2018 la Commissione di gara, preso atto del giudizio tecnico favorevole espresso dal Responsabile del Procedimento, ha formulato proposta di aggiudicazione in favore della società La Rinascita;*

*- che l'odierna ricorrente ha presentato istanza di accesso agli atti di gara, rispetto alla quale ha ricevuto riscontro dal Provveditorato in data 12 ottobre 2018*

*(con prot. n. 27623/2018), venendo invitata al ritiro degli stessi (documentazione amministrativa, documentazione tecnica e documentazione economica) per il giorno 16 ottobre 2018, con la precisazione che gli atti relativi alla procedura di verifica dell'anomalia dell'offerta dovessero essere richiesti al RUP del Comune intimato;*

*- che pertanto la ricorrente ha inoltrato al RUP dell'ente, in data 12 ottobre 2018, una nuova specifica istanza di accesso (reiterata per mezzo di diffida il 19 dicembre 2018), riscontrata in data 30 ottobre 2018 con nota prot. n. 102999/2018;*

*- che, nelle more, la Stazione Unica appaltante ha emesso il provvedimento di aggiudicazione prot. n. 26945 del 5 ottobre 2018 in favore della società La Rinascita, confermando la graduatoria innanzi riportata.>>*.

4.1.1. La sentenza, dopo aver riprodotto il testo dell'art. 120, comma 2 *bis*, dell'art. 29, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016 (come modificato a seguito del d.lgs. n. 56 del 2017) e dell'art. 5 *bis*, comma 1, del d.lgs. n. 82 del 2005 ed aver premesso che, ai fini della decorrenza, a carico del concorrente, del termine per impugnare l'altrui ammissione occorre che "*si avveri un articolato meccanismo, volto a portare a conoscenza delle imprese interessate sia l'esito delle valutazioni al riguardo compiute dalla Stazione appaltante sia, soprattutto, le relative motivazioni*" (come da giurisprudenza ivi richiamata, di cui a Cons. Stato, V, n. 173/2019 e id. III, n. 4994/2016), ha motivato come segue in riferimento alla procedura *de qua*:

<< […] *il predicato "contestuale" funzionamento delle regole di comunicazione si è solo parzialmente perfezionato, atteso che dagli atti versati in giudizio emerge che il Provveditorato ha pubblicato sul proprio sito n. 3 avvisi di trasparenza in formato pdf:*

*1. prot. n. 18848 del 5 luglio 2018, dal quale risulta che:*

*«In data 04/07/2018 si è insediato il seggio di gara ... per la verifica della documentazione amministrativa relativa all'appalto in oggetto.*

*Hanno presentato offerta, nei termini prescritti, i n. 3 operatori economici sottoelencati:*

*1. La Rinascita Srl con sede in Casalnuovo di Napoli;*

*2. S.S.D. Olimpic Nuoto Napoli a rl con sede in Giugliano in Campania (NA);*

*3. ATI Alba Oriens SSD a rl (capogruppo) ASD Atalntide Nuoto (mandante) con sede in Giugliano in Campania (NA).*

*Non risulta pervenuto nessun plico fuori termine.*

*La società La Rinascita Srl ha fatto ricorso all'istituto dell'avvalimento.*

*Dall'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali per i concorrenti S.S.D. Olimpic Nuoto Napoli a rl e l'ATI Alba Oriens SSD a rl (capogruppo) è stato sospeso il giudizio di ammissione e disposto il soccorso istruttorio.*

*Alla ore 13,00 si è insediata la Commissione giudicatrice nominata [ ...]*

*I predetti funzionari hanno reso la dichiarazione di assenza di cause di incompatibilità ex art.77 D.L.vo n.50/2016. In tale seduta si è proceduto all'apertura della "Busta B - Offerta Tecnica" dei n.3 concorrenti in gara ed alla verifica formale e alla relativa verbalizzazione degli atti in esse contenuti. Il Presidente sospende, quindi, alle ore 13,30 le operazioni di gara comunicando ai presenti che la Commissione di gara procederà, in apposite sedute riservate, all'esame di merito della documentazione tecnica "Busta B", dei concorrenti in gara ed all'attribuzione dei punteggi, secondo i parametri stabiliti nel disciplinare di gara ...»;*

*2. avviso, senza protocollo, del 3 agosto 2018, trasmesso alla ricorrente via pec in pari data, relativo alla seconda seduta della procedura svoltasi in data 2 agosto 2018 e recante:*

*- il punteggio attribuito dalla Commissione all'offerta tecnica e all'offerta economica di ciascun concorrente, il punteggio complessivo di ciascuno e la graduatoria;*

*- la determinazione di disporre la verifica di congruità dell'offerta della società La*

*Rinascita;*

*- la mera indicazione che «gli atti sono disponibili presso l'Ufficio gare e contratti di questo Provveditorato», senza tuttavia alcun collegamento informatico per l'accesso ai predetti atti;*

*3. prot. n. 24193 del 10 settembre 2018, trasmesso alla ricorrente via pec in pari data, relativo alla terza seduta di gara e recante:*

*- la comunicazione che il Responsabile del Procedimento del Comune di Giugliano in Campania, esaminata la documentazione in ordine alla congruità dell'offerta, è giunto alla conclusione che le giustificazioni prodotte sono risultate sufficienti ad escludere, nel complesso, l'anomalia;*

*- la formulazione della proposta di aggiudicazione della concessione del servizio per la gestione, conduzione e manutenzione ordinaria della Piscina Comunale sita in zona Campopannone-Epitaffio di proprietà del Comune di Giugliano in Campania, per la durata di 9 anni, a favore della società La Rinascita;*

*- l'indicazione che il provvedimento è pubblicato nella sezione Amministrazione Trasparente del Ministero delle Infrastrutture e Trasporti ai sensi dell'art. 29, co. 1, del d.lgs. n. 50/2016 e che «gli atti sono disponibili presso l'Ufficio gare e contratti di questo Provveditorato».*

*Solo all'esito, dunque, della esperita istanza di accesso alla documentazione di gara l'odierna ricorrente ha potuto avere effettiva contezza delle ragioni della ammissione della concorrente risultata aggiudicataria, e contestarne la legittimità.>>.*

4.2. Avverso tale motivazione gli appellanti oppongono che l'onere della pubblicazione degli esiti che hanno determinato l'ammissione della società La Rinascita è stato assolto con la pubblicazione sul sito informatico dei tre avvisi di trasparenza nelle date 5 luglio 2018, 3 agosto 2018 e 10 settembre 2018, il primo dei quali recava il provvedimento di ammissione con la menzione del fatto che La Rinascita, ai fini della qualificazione, aveva fatto ricorso all'istituto

dell'avvalimento, ed è stato comunicato per estratto a tutti i concorrenti, compresa Alba Oriens; con la conseguenza che il termine di legge di trenta giorni sarebbe venuto a scadere il 4 settembre 2018 e quindi era già scaduto alla data di proposizione del ricorso, il 31 ottobre 2018.

5. Il motivo è infondato.

Giova ribadire che la gara si è svolta dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 56 del 2017, che ha modificato il precedente testo dell'art. 29 del d.lgs. n. 50/2016, nei seguenti termini:

"[…] *Al fine di consentire l'eventuale proposizione del ricorso ai sensi dell' articolo 120, comma 2-bis, del codice del processo amministrativo, sono altresì pubblicati, nei successivi due giorni dalla data di adozione dei relativi atti, il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni all'esito della verifica della documentazione attestante l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80, nonché la sussistenza dei requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali. Entro il medesimo termine di due giorni è dato avviso ai candidati e ai concorrenti, con le modalità di cui all'articolo 5-bis del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, recante il Codice dell'amministrazione digitale o strumento analogo negli altri Stati membri, di detto provvedimento, indicando l'ufficio o il collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti. Il termine per l'impugnativa di cui al citato articolo 120, comma 2-bis, decorre dal momento in cui gli atti di cui al secondo periodo sono resi in concreto disponibili, corredati di motivazione* […]".

Incontestato essendo che il provvedimento di ammissione sia stato pubblicato e comunicato ai concorrenti in conformità alla disposizione appena riportata –salvo che per la mancata indicazione di "*collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti*", che tuttavia si deve intendere validamente sostituita dall'indicazione dell'<<ufficio>> (nel caso di specie, "*l'Ufficio gare e contratti di questo Provveditorato*")- la questione controversa attiene all'interpretazione da darsi all'inciso normativo per il quale il termine per

l'impugnativa "*decorre dal momento in cui gli atti di cui al secondo periodo sono resi in concreto disponibili, corredati di motivazione*".

Orbene, se va ribadito che il termine di impugnazione non decorre se non vi è stata pubblicazione, con conseguente rispetto degli oneri di comunicazione, ai sensi del ridetto art. 29, occorre tuttavia accertare se, nel caso concreto, l'osservanza della disposizione abbia assicurato la effettiva conoscenza o conoscibilità degli atti di gara in termini sufficienti per consentire la consapevole proposizione dell'impugnazione, onde evitare ricorsi c.d. al buio (cfr. già Cons. Stato, III, 26 gennaio 2018, n. 565).

5.1. D'altronde, come già osservato in decisioni di questo Consiglio di Stato successive all'ordinanza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea 14 febbraio 2019, resa nella causa C-54/18, l'accertamento del presupposto della c.d. piena conoscenza deve essere particolarmente rigoroso dal parte del giudice (cfr., tra le altre Cons. Stato, III, 7 marzo 2019, n. 1574 e id., III, 26 settembre 2019, n. 6459), proprio in attuazione dei principi espressi dalla citata ordinanza, con riferimento alla disciplina interna risultante dal combinato disposto degli artt. 120, comma 2 *bis*, Cod. proc. amm. e 29 d.lgs. n. 50 del 2016, secondo cui:

- "*La direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, e in particolare i suoi articoli 1 e 2 quater, letti alla luce dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, deve essere interpretata nel senso che essa non osta ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che prevede che i ricorsi avverso i provvedimenti delle amministrazioni aggiudicatrici recanti ammissione o esclusione dalla partecipazione alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici debbano essere proposti, a pena di*

*decadenza, entro un termine di 30 giorni a decorrere dalla loro comunicazione agli interessati, a condizione che i provvedimenti in tal modo comunicati siano accompagnati da una relazione dei motivi pertinenti tale da garantire che detti interessati siano venuti o potessero venire a conoscenza della violazione del diritto dell'Unione dagli stessi lamentata*";

- "*La direttiva 89/665, come modificata dalla direttiva 2014/23, e in particolare i suoi articoli l e 2 quater, letti alla luce dell'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, deve essere interpretata nel senso che essa non osta ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che prevede che, in mancanza di ricorso contro i provvedimenti delle amministrazioni aggiudicatrici recanti ammissione degli offerenti alla partecipazione alle procedure di appalto pubblico entro un termine di decadenza di 30 giorni dalla loro comunicazione, agli interessati sia preclusa la facoltà di eccepire l'illegittimità di tali provvedimenti nell'ambito di ricorsi diretti contro gli atti successivi, in particolare avverso le decisioni di aggiudicazione, purché tale decadenza sia opponibile ai suddetti interessati solo a condizione che essi siano venuti o potessero venire a conoscenza, tramite detta comunicazione, dell'illegittimità dagli stessi lamentata*".

5.2. Anche alla stregua di tali principi va affermata la necessità di un'esegesi dell'art. 120, comma 2, *bis* Cod. proc. amm. e dell'art. 29 del d.lgs. n. 50 del 2016 e succ. mod., nei testi applicabili *ratione temporis*, per la quale –nella sub-fase procedimentale che attiene all'ammissione delle offerte e che comprende il loro esame estrinseco/formale al fine di riscontrare l'assenza di irregolarità ovvero carenze documentali tali da comportarne l'esclusione- il vizio in concreto lamentato dagli interessati si debba poter evincere dalle informazioni fornite dalla stazione appaltante nel provvedimento di ammissione (come nel precedente di cui a Cons. Stato, III, 7 marzo 2019, n. 1574, impropriamente citata dagli appellanti a sostegno delle proprie ragioni) o dall'esame estrinseco della domanda e delle dichiarazioni rese dall'offerente (come nel precedente di cui a Cons. Stato, V, 9 settembre 2019,

n. 6112); si deve invece escludere che- anche quando gli oneri di pubblicazione e di comunicazione siano stati adempiuti da parte della stazione appaltante ai sensi del citato art. 29- possa decorrere il termine per impugnare il provvedimento di ammissione che l'interessato apprenda essere viziato solo a seguito di un controllo intrinseco e sostanziale della documentazione amministrativa dell'offerente (cfr. per siffatta interpretazione, anche Cons. Stato, V, 18 marzo 2019, n. 1753).

5.3. Tale conclusione risulta, per un verso, coerente con l'esigenza di non pregiudicare i diritti conferiti al singolo dal diritto dell'Unione Europea, ed in specie il diritto ad un ricorso effettivo sancito dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, come interpretato dalla Corte di Giustizia; per altro verso, in linea con le previsioni in tema di accesso agli atti delle procedure di affidamento dei contratti pubblici di cui all'art. 53 del d.lgs. n. 50 del 2016, nonché con la *ratio* dello stesso art. 120, comma 2 *bis*, Cod. proc. amm., di "cristallizzazione" della platea dei partecipanti ad una gara pubblica in un momento antecedente all'esame delle offerte; questa implica, quanto più possibile, la sincronicità dei tempi delle differenti azioni giurisdizionali che i diversi partecipanti possono esperire, e che può essere tendenzialmente perseguita solo a partire dall'individuazione di un *dies a quo* per l'impugnazione dei provvedimenti di ammissione/esclusione uguale per tutti i concorrenti e agevolmente individuato in quello di pubblicazione dei relativi provvedimenti, laddove questo *dies a quo* non può più operare e risulta recessivo rispetto al diritto degli interessati ad un ricorso effettivo, ogniqualvolta sia necessario esperire l'accesso agli atti per venire a conoscenza di un eventuali vizi della procedura.

5.4. Venendo al caso di specie, il provvedimento di ammissione recava esclusivamente la menzione dell'avvenuto ricorso da parte della concorrente La Rinascita all'istituto dell'avvalimento, senza ulteriore indicazione, né delle imprese ausiliarie -che erano due, la Confraternita La Misericordia di Caivano e la Fimco Sport- né dei relativi contratti e dei requisiti oggetto di ciascuno dei due

avvalimenti, e dei due contratti.

Poiché, come si dirà trattando dei restanti motivi di gravame, soltanto dal confronto tra il contenuto dei due contratti di avvalimento gli altri concorrenti sarebbero potuti venire a conoscenza della violazione oggetto del presente contenzioso, è corretta la sentenza di primo grado che ha concluso nel senso che solo all'esito dell'esperita istanza di accesso alla documentazione di gara la ricorrente ha potuto avere effettiva contezza del vizio denunciato col ricorso giurisdizionale avanzato avverso la proposta di aggiudicazione.

5.5. Tenuto conto della prevalente giurisprudenza va esclusa infine qualsivoglia rilevanza della presenza alla seduta di ammissione delle concorrenti del 4 luglio 2019, ed alle sedute successive, del legale rappresentante dell'appellata o di suo delegato, su cui insiste la difesa erariale, essendo condivisibile l'affermazione giurisprudenziale per la quale tale presenza non fa decorrere il termine per impugnare il provvedimento di ammissione ai sensi dell'art. 120, comma 2 bis, Cod. proc. amm. (cfr. in tale senso, Cons. Stato, V, 7 novembre 2018, n. 6292, e numerose altre successive, essendo minoritaria la posizione espressa dal precedente di cui alla sentenza Cons. Stato, V, 9 febbraio 2019, n. 947, citata dall'Avvocatura di Stato, la quale peraltro ha precisato che comunque la decorrenza del termine dalla piena conoscenza del provvedimento non pubblicato acquisita *aliunde* presuppone "*che l'interessato sia in grado di percepire i profili che ne rendano evidente la lesività per la propria sfera giuridica in rapporto al tipo di rimedio apprestato dall'ordinamento processuale*"; ciò, che, come detto, va escluso nel caso concreto).

5.6. Vanno quindi respinte le censure volte a sostenere l'irricevibilità dell'originario ricorso per violazione dell'art. 120, comma 2 *bis*, Cod. proc. amm.

6. Col secondo motivo di entrambi gli appelli e col terzo dell'appello della società La Rinascita è dedotto *error in iudicando* della sentenza nella parte in cui ha reputato l'invalidità del contratto di avvalimento stipulato tra La Rinascita e l'ausiliaria Fimco Sport s.r.l. e nella parte in cui ha reputato l'impraticabilità del

soccorso istruttorio per sanare la nullità.

6.1. Il giudice di primo grado ha richiamato quali norme della legge di gara rilevanti le seguenti:

<< […] *con riferimento ai requisiti di capacità tecnica e professionale, il paragrafo 7.3 del disciplinare di gara richiede di «aver gestito nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, regolarmente e con buon esito, almeno una concessione analoga» e che «la comprova del requisito ... è fornita secondo le disposizioni di cui all'art. 86 e all'allegato XVII, parte II, del Codice mediante l'originale o copia conforme dei certificati rilasciati dall'amministrazione/ente contraente, con l'indicazione dell'oggetto, dell'importo e del periodo di esecuzione».*

*Il successivo paragrafo 8 stabilisce poi che: «Ai sensi dell'art. 89 del Codice, l'operatore economico, singolo o associato ai sensi dell'art. 45 del Codice, può dimostrare il possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'art. 83, comma 1, lett. b) e c) del Codice avvalendosi dei requisiti di altri soggetti, anche partecipanti al raggruppamento ... Ai sensi dell'art. 89, comma 1, del Codice, e dell'art. 174 del codice, il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'ausiliaria ...»* […].>>.

6.1.1. Ha quindi motivato nel senso che:

<< […] *il contratto di avvalimento stipulato con la Fimco Sport e allegato alla documentazione di gara presenta i seguenti vizi:*

*a) da un lato, richiama in modo del tutto generico la pregressa gestione della piscina comunale del Comune di Brindisi sita in contrada Masseriola s.n.c. dal 2013 alla data odierna; prevede infatti che «l'impresa avvalente è autorizzata dall'impresa ausiliare ad utilizzare i seguenti requisiti di partecipazione prescritti nel disciplinare di gara. Nello specifico: ... Di aver gestito la piscina del Comunale del Comune di Brindisi sita in contrada Masseriola s.n.c. dal 2013 alla data*

*odierna. Di essere iscritto al C.O.N.I. al n. 2332 di prot.»; tuttavia non risulta prodotta la prevista documentazione di supporto, consistente, segnatamente, nell'originale o copia conforme dei certificati rilasciati dall'Amministrazione e recante l'indicazione dettagliata dell'oggetto dell'attività di gestione (dimensioni dell'impianto, prestazioni svolte etc.) e dell'importo del contratto (la nota del Comune di Brindisi in data 15 giugno 2018 si limita infatti ad attestare che la società «risulta affidataria del Servizio di Gestione dell'impianto natatorio sito in c.da Masseriola Brindisi, con un contratto sottoscritto in data novembre 2012 per la durata di anni sette»);*

*b) dall'altro, quanto alle risorse concretamente messe a disposizione della concorrente, riproduce in modo assolutamente identico il contratto di avvalimento di garanzia stipulato con la Confraternita di Misericordia di Caivano, riportando persino il nome di tale società anziché quello della Fimco Sport e contemplando: il «Know how esperienziale per la corretta gestione del servizio oggetto della gara: la società Misericordia si occuperà, attraverso l'apporto di adeguate figure professionali di coordinamento, di realizzare un percorso di formazione e di accompagnamento professionale di n. 2 ore mensili destinato al coordinatore del servizio»; gli «strumenti cartacei», quali la «Scheda utente ... strumento indispensabile per preparare l'accesso dell'utente al servizio e per predisporre il Piano di Intervento Individuale», il «Programma di intervento individualizzato ... [il quale] garantisce il rispetto al diritto di disuguaglianza dei trattamenti» e «definisce un progetto di lavoro comune a tutte le figure professionali che compongono il gruppo di lavoro, ed è finalizzato alla costruzione di un percorso ed integrativo soddisfacente», la «Scheda della consegna giornaliera individuale delle prestazioni», le «Schede di monitoraggio e rivelazione dell'indice di soddisfazione del servizio», gli «Idonei protocolli organizzativi di gestione», il «Supporto consulenziale», le «Dispense formative, linea di guida protocolli sportivi, modulistica operativa», i «responsabili delle seguenti aree: progettazione organizzazione e fattibilità ... formazione del personale ... controllo qualità ...».*

*Dalla piana lettura del contratto di avvalimento, così stipulato e prodotto in uno alla documentazione di gara, emerge dunque che lo stesso è stato redatto con riferimento alla Confraternita di Misericordia di Caivano, la quale ha tra le proprie attività statutarie le seguenti «opere caritative: a) assistenza a sinistrati, a malati, a portatori di handicap, a carcerati, ad anziani, a fanciulli ecc. ...», le quali giustificano il riferimento – contenuto nelle voci del contratto di avvalimento come sopra riportate – a programmi di intervento individualizzati e alla garanzia del diritto alla "disuguaglianza" dei trattamenti; laddove l'oggetto sociale della Fimco Sport «è l'organizzazione di attività sportiva dilettantistica natatoria compresa l'attività didattica per l'avvio, l'aggiornamento e il perfezionamento nella disciplina del nuoto ... la promozione e l'organizzazione di gare, tornei e di ogni altra connessa attività sportiva natatoria» (cfr. visura camerale versata in atti).>>*

6.1.2. Richiamata quindi la giurisprudenza che richiede la specifica indicazione nel contratto di avvalimento dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione quando si tratti di avvalimento c.d. operativo, la sentenza ha concluso nel senso che:

<< […] *la concreta formulazione del contratto di avvalimento in esame non consente di imputare con certezza alla società Fimco Sport l'assunzione dell'obbligo di fornire alla società La Rinascita le risorse di cui quest'ultima è carente, sicché non soddisfa i richiamati requisiti di validità stabiliti dalla legge.* […]>>

e che:

<< […] *doveva escludersi la possibilità di ricorrere, in relazione alle indicate carenze del contratto di avvalimento, al soccorso istruttorio, il quale è previsto solo per la regolarizzazione della documentazione prodotta, ma non anche per colmare il mancato possesso, nel termine stabilito per la presentazione dell'offerta, di uno dei requisiti, a pena della violazione della par condicio. […] Nel caso in*

*esame, dunque, non sarebbe stato possibile il ricorso allo strumento del soccorso istruttorio, atteso che le carenze riscontrate non attengono alla fase della mera produzione del contratto di avvalimento, bensì a quella della formulazione e stipulazione dello stesso.>>*

6.2. Entrambi gli appellanti criticano la decisione, formulando sostanzialmente le seguenti censure, in parte comuni e in parte illustrate dall'uno o dall'altro:

a) un primo gruppo di censure attiene al rilievo del T.a.r. (sopra punto 6.1.1. sub a) della mancata allegazione della documentazione di supporto alla dichiarazione dei requisiti da parte dell'impresa ausiliaria, consistente nell'originale o nella copia conforme dei certificati rilasciati dall'Amministrazione "*e recante l'indicazione dettagliata dell'oggetto dell'attività di gestione (dimensioni dell'impianto, prestazioni svolte etc.) e dell'importo del contratto*", avendo in particolare il primo giudice ritenuto insufficiente allo scopo la nota del Comune di Brindisi del 15 giugno 2018: la S.U.A. fa presente di avere acquisito il certificato rilasciato dal Comune di Brindisi con prot. n. 0061062 del 19 giugno 2018 (che sarebbe idoneo alla comprova del requisito poiché il disciplinare di gara non richiedeva l'indicazione dell'importo), oltre ad aver acquisito l'attestazione rilasciata dalla Federazione Nuoto in data 27 aprile 2018 e il certificato di iscrizione al CONI e relativa dichiarazione di conferma, non considerati in sentenza; la società La Rinascita evidenzia come i requisiti dichiarati dall'ausiliaria possano essere oggetto di successiva comprova in fase di aggiudicazione del servizio, sicché l'allegazione in fase di presentazione della domanda non sarebbe dovuta e la denunciata carenza non potrebbe integrare una causa di nullità del contratto di avvalimento; entrambi gli appellanti sostengono, poi, che la dichiarazione, allegata al contratto di avvalimento, concernente il possesso dei requisiti da parte dell'ausiliaria avrebbe potuto formare oggetto di soccorso istruttorio sia ai sensi dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016 che ai sensi del paragrafo 8 del disciplinare di gara; anzi, secondo la difesa erariale, in caso di mancata presentazione dei requisiti da parte dell'impresa ausiliaria, non si avrebbe l'automatica esclusione del concorrente

principale, bensì la sostituzione dell'ausiliaria ai sensi dell'art. 89, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016;

b) un secondo gruppo di censure attiene al rilievo del T.a.r. (sopra 6.1.1. sub b) dell'invalidità del contratto di avvalimento perché sarebbe indeterminata l'indicazione delle risorse concretamente messe a disposizione della concorrente in quanto riferibili non all'impresa ausiliaria Fimco Sport, svolgente attività sportiva, bensì all'associazione ausiliaria Confraternita di Misericordia di Caivano (a sua volta parte di altro contratto di avvalimento a fini di garanzia stipulato sempre con La Rinascente), svolgente, tra l'altro, "opere caritative": entrambi gli appellanti evidenziano come il contratto di avvalimento stipulato con Fimco Sport conterrebbe comunque tutti gli elementi richiesti a pena di nullità (l'indicazione delle parti, la dichiarazione di volontà dell'ausiliaria di mettere a disposizione del concorrente, per tutta la durata dell'appalto, i requisiti di capacità tecnico-professionale e le risorse aziendali di cui è carente il concorrente, l'assunzione di responsabilità in solido nei confronti della stazione appaltante, la sottoscrizione delle parti), attribuendo a mero refuso l'indicazione, alla pagina 3 del contratto di avvalimento, della Confraternita di Misericordia in luogo di quella della Fimco Sport; l'appellante La Rinascita, in particolare, contesta che la natura e la tipologia delle risorse messe a disposizione possano essere riferite ad un'associazione caritatevole piuttosto che ad una sportiva, sostenendo che, per smentire la "*arbitraria conclusione*" della sentenza impugnata, sarebbe sufficiente "*leggere l'Elenco in cui si parla di: Know how esperienziale per la corretta gestione del servizio oggetto della gara; strumenti cartacei facilmente compilabili, consultabili e conservati a norma di legge (D.lgs. 196/2003 e s.m.); Scheda utente; Programma di intervento individualizzato; Scheda della consegna giornaliera individuale; Scheda di monitoraggio e rivelazione dell'indice di soddisfazione del servizio; Idonei protocolli organizzativi di gestione; Supporto consulenziale per consentire la gestione del Servizio oggetto dell'appalto; Dispense formative, linee guida*

*protocolli sportivi, modulistica operativa*" (così alla pag. 23 del ricorso in appello); la società La Rinascita sostiene inoltre, con apposito terzo motivo, che il soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 83, comma 9, e del paragrafo 8 del disciplinare sarebbe stato attivabile nel caso di specie per sanare "*l'incertezza di risorse messe a disposizione*" dall'ausiliaria, poiché l'indicazione di queste non sarebbe mancante, ma tutt'al più meritevole di chiarimenti.

7. Ribadito che la sentenza appellata si fonda sulle due distinte ragioni della decisione sopra evidenziate, si ritiene che la seconda -concernente l'invalidità del contratto di avvalimento per indeterminatezza del suo oggetto e l'impraticabilità del soccorso istruttorio per sanarne la nullità sancita dall'art. 89, comma 1, ultimo inciso- sia da sola sufficiente a sorreggere l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione impugnato.

7.1. Le critiche mosse a tale ragione della decisione, come sopra riassunte, sono infondate, atteso che:

- il testo del documento contrattuale non è quello riportato alla pag. 23 dell'atto di appello della società La Rinascita, dove è riprodotto parzialmente (e privato delle parti atte ad identificare le risorse prestate); il testo del contratto di avvalimento allegato alla domanda di partecipazione e prodotto in atti è infatti il seguente:

*<<Know how esperienziale per la corretta gestione del servizio oggetto della gara: la società* Misericordia *si occuperà, attraverso l'apporto di adeguate figure professionali di coordinamento, di realizzare un percorso di formazione e dì accompagnamento professionale di n. 2 ore mensili destinato al coordinatore del servizio;*

*Gli strumenti cartacei facilmente compilabili, consultabili e conservati a norma di legge (D.lgs. 196/2003 e s.m.). La loro elaborazione /contenuti e grafica), la definizione delle modalità di utilizzo e di conservazione, dovranno essere condivise con gli istruttori;*

*·a) Scheda utente, che rappresenta la storia dell'utente, nel contesto familiare ed amicale, attraverso la raccolta di Informazioni di carattere anagrafico,*

*assistenziale, relazionale (rete informale). E' inoltre uno strumento indispensabile per "preparare l'accesso dell'utente al servizio e per predisporre il Piano di Intervento Individuale. Tale strumento sarà condiviso con tutto il personale.*

*b) Programma di intervento individualizzato quale principale strumento di "personalizzazione del servizio", poiché garantisce il rispetto al diritto di disuguaglianza dei trattamenti. Esso infatti definisce un progetto di lavoro comune a tutte le figure professionali che compongono il gruppo di lavoro, ed è finalizzato alla costruzione di un percorso ed integrativo soddisfacente;*

*c) Scheda della consegna giornaliera individuale delle prestazioni. Scopo di tale scheda è quello di quantificare le prestazioni ed il contenuto delle stesse, identificando gli operatori che hanno erogato il servizio. La scheda compilata in duplice copia, ha anche un importante significato In quanto esplicita le azioni individuali praticate in modo semplice e schematico;*

*d) Schede di monitoraggio e rivelazione dell'indice di soddisfazione del servizio che consentiranno un immediato riscontro delle attività svolte nell'arco di tempo di un mese solare, della qualità ed efficacia sul piano organizzativo e gestionale con l'obiettivo di migliorare le prestazioni del servizio offerto; Supporto consulenziale per consentire la gestione del Servizio oggetto dell'appalto in maniera efficace ed efficiente per il tramite di un proprio referente;*

*Dispense formative, linea di guida protocolli sportivi, modulistica operativa>>*, cui segue l'indicazione dei responsabili delle diverse aree;

- si tratta di un testo in tutto e per tutto coincidente con quello del contratto di avvalimento stipulato dalla società La Rinascita con l'associazione Confraternita di Misericordia di Caivano, per come è facilmente evincibile dalla lettura e dal confronto fra i documenti versati agli atti;

- essendo i due avvalimenti relativi a diverse tipologie di requisiti, di natura economica, l'uno, e di natura tecnica, l'altro, la coincidenza delle risorse e dei mezzi messi a disposizione è *per tabulas* significativa della genericità delle

previsioni contrattuali;

- questa peraltro è aggravata, rispetto all'avvalimento c.d. operativo oggetto del contratto stipulato con Fimco Sport, dalla circostanza -efficacemente valorizzata dal giudice di primo grado, alla cui motivazione (sopra riportata) è qui sufficiente fare rinvio- che le risorse asseritamente prestate da tale ausiliaria sono all'evidenza riferibili all'oggetto sociale dell'associazione di "opere caritative" piuttosto che a quello dell'associazione sportiva;

- con la conseguenza che il contratto risulta non solo corrispondere ad uno schema generico e pre-confezionato, utilizzabile ed utilizzato indifferentemente per diversi avvalimenti, ma anche avere ad oggetto prestazioni inadeguate rispetto a quelle che avrebbe dovuto fornire l'impresa ausiliaria Fimco Sport in riferimento alla gestione, conduzione e manutenzione della piscina, sicché va condiviso il rilievo della difesa dell'appellata per il quale il *refuso* che indica l'associazione Misericordia in luogo di Fimco Sport assume valore sintomatico del vizio rilevato dal primo giudice;

- il vizio è quello dell'indeterminatezza ed indeterminabilità dell'oggetto del contratto, che lo rende nullo, alla stregua della giurisprudenza per la quale nell'avvalimento c.d. operativo vanno fornite risorse determinate, indicando con precisione nel contratto i mezzi aziendali e l'organizzazione messi a disposizione dell'ausiliata per eseguire l'appalto (cfr., già Cons Stato, V, 22 dicembre 2016, n. 5423 e, tra le altre, id., V, 30 gennaio 2019, n. 755);

- come è noto la finalità perseguita con l'imposizione della specificazione di cui all'art. 89, comma 1, ultimo periodo, è quella di evitare che il requisito soggettivo richiesto venga prestato soltanto astrattamente, così aggirandosi il sistema dei requisiti di ingresso alle gare pubbliche;

- siffatta finalità è perciò decisamente frustrata quando le risorse personali e materiali messe a disposizione, pur apparentemente enunciate nel contratto di avvalimento, come nel caso di specie, siano indicate in termini talmente generici da risultare, oltre che scarsamente attinenti all'oggetto dell'appalto (gestione,

conduzione e manutenzione della piscina comunale), tali da non essere univocamente riconducibili all'impresa ausiliaria, quale soggetto assuntore delle relative obbligazioni nei confronti sia dell'impresa ausiliata che della stazione appaltante;

- la puntuale indicazione delle obbligazioni e del soggetto che le assume, è infatti indispensabile alla stazione appaltante perché le prestazioni siano coercibili in virtù della responsabilità solidale prevista dall'art. 49, comma 4, d.lgs. n. 163 del 2006 (cfr. tra le altre, Cons. Stato, V, 20 novembre 2018, n. 6651) e, quindi, possano in concreto essere eseguiti i controlli mirati sull'effettivo impiego delle risorse in fase esecutiva di cui all'art. 89, comma 9;

- la genericità e la mancanza di univoca riconducibilità alla Fimco Sport delle obbligazioni assunte col contratto di avvalimento *de quo*, ne comporta allora la nullità come prevista dall'art. 89, comma 1, ultimo periodo, d.lgs. n. 50 del 2016.

7.2. Si tratta di nullità insanabile mediante soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 83, comma 9, poiché non attiene alla carenza di un elemento formale della domanda, bensì alla carenza di un requisito strutturale del contratto di avvalimento, regolarmente prodotto unitamente alla domanda di partecipazione.

7.2.1. Né po' soccorrere, nel caso di specie, la previsione del paragrafo 8 del disciplinare di gara, invocata dagli appellanti ("*è sanabile, mediante soccorso istruttorio, la mancata produzione della dichiarazione di avvalimento o del contratto di avvalimento, a condizione che i citati elementi siano preesistenti e comprovabili con documenti di data certa, anteriore al termine di presentazione dell'offerta*") poiché, nella seconda parte dello stesso paragrafo, è espressamente detto che "*la mancata indicazione dei requisiti e delle risorse messi a disposizione dall'impresa ausiliaria non è sanabile in quanto causa di nullità del contratto di avvalimento*".

Riconducibile a tale previsione è di certo la fattispecie oggetto del presente contenzioso. Contrariamente a quanto assume l'appellante La Rinascita, non è

predicabile alcuna diversità di conseguenze tra *assoluta mancanza* e *genericità* dell'indicazione dei requisiti, dal momento che anche quest'ultima, rendendo indeterminato l'oggetto del contratto, ne comporta la nullità.

7.2.2. Tale nullità è insanabile col soccorso istruttorio come da giurisprudenza richiamata nella sentenza di primo grado, che qui si ribadisce (secondo cui quando il documento «*non era né mancante né incompleto, sul piano materiale, ma generico e inidoneo dal punto di vista contenutistico, quanto, cioè, ad uno dei requisiti del contratto richiesti a pena di nullità e, cioè, l'oggetto, ai sensi dell'art. 1346 e dell'art. 1418, comma secondo, c.c., ... a tale indeterminatezza dell'oggetto, con conseguente genericità dell'offerta, non può ovviarsi con il soccorso istruttorio ... Tanto ha autorevolmente insegnato, con funzione nomofilattica, l'Adunanza Plenaria di questo Consiglio nella sentenza n. 9 del 25.2.2014, laddove ha chiarito che esso "non può essere mai utilizzato per supplire a carenze dell'offerta sicché non può essere consentita al concorrente negligente la possibilità di completare l'offerta successivamente al termine finale stabilito dal bando, salva la rettifica di errori materiali o refusi"*»: Cons. di Stato, III, sent. n. 346/2016; in termini, Cons. di Stato, V, sent. n. 1456/2017).

7.3. In conclusione, va confermata la sentenza appellata nella parte in cui ha concluso nel senso della necessaria esclusione dell'aggiudicataria per aver prodotto in gara un contratto di avvalimento nullo, in ragione del quale è venuto meno in capo alla concorrente con effetto *ex tunc* il possesso del requisito oggetto dell'avvalimento.

7.4. Vanno quindi respinte le censure degli appellanti avverso la decisione di annullamento dell'aggiudicazione e le statuizioni consequenziali qui gravate.

8. Questa conclusione comporta la sopravvenuta improcedibilità per carenza di interesse delle censure rivolte dagli appellanti all'altra ragione della decisione di primo grado (di cui sopra al punto 6.2 sub a), pur apparendo dette censure fondate nel merito quanto alla possibilità di comprovare il possesso dei requisiti dichiarati, anche dall'impresa ausiliaria, in fase di aggiudicazione nonché quanto alla

possibilità di sanare eventuali lacune documentali concernenti tale comprova mediante soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 83, comma 9; e ciò, in disparte la questione dell'interpretazione da darsi all'art. 89, comma 3, in tema di sostituzione dei soggetti ausiliari.

8.1. La conclusione di cui sopra comporta altresì l'assorbimento dei motivi del ricorso originario riproposti da Alba Oriens, ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm., restando con ciò superata anche l'eccezione di tardività di tale riproposizione avanzata dall'appellante La Rinascita.

9. In conclusione, gli appelli, come sopra riuniti, vanno respinti.

9.1. La peculiare natura delle questioni oggetto di gravame e le ragioni della presente decisione, solo in parte di conferma della sentenza impugnata, giustificano la compensazione delle spese del grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli riuniti, come in epigrafe proposti, li respinge.

Compensa le spese del grado di appello.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 ottobre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Fabio Franconiero, Presidente FF

Valerio Perotti, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere, Estensore

| L'ESTENSORE | IL PRESIDENTE |
|---|---|
| **Giuseppina Luciana Barreca** | **Fabio Franconiero** |

IL SEGRETARIO