

N. ____/____REG.PROV.COLL.
N. 01284/2021 REG.RIC.
N. 01444/2021 REG.RIC.



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 in appello numero di registro generale 1284 del 2021, proposto da GO-Mobility s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e in qualità di mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con Fit Consulting s.r.l. e Airis s.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Stefania Miccoli, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

contro

Città Metropolitana di Roma Capitale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Sabrina Barra, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

nei confronti

TPS Pro s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e in qualità di mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con CITEC Italia s.r.l., A.T.T. s.r.l. e Cras s.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Alarico Mariani Marini e Fabio Amici, con domicilio digitale come da PEC

Registri di Giustizia;

Sintagma s.r.l., non costituita in giudizio;

sul ricorso in appello numero di registro generale 1444 del 2021, proposto da TPS Pro s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e in qualità di mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con CITEC Italia s.r.l., A.T.T. s.r.l. e Cras s.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Alarico Mariani Marini e Fabio Amici, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

contro

Città Metropolitana di Roma Capitale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Sabrina Barra, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

nei confronti

GO-Mobility s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e in qualità di mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con Fit Consulting s.r.l. e Airis s.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Stefania Miccoli, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

Sintagma s.r.l., non costituita in giudizio;

per la riforma

quanto a entrambi gli appelli,

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Sezione seconda) n. 155/2021, resa tra le parti.

Visto il ricorso in appello n.r.g. 1284 del 2021;

Visto il ricorso in appello n.r.g. 1444 del 2021;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Città Metropolitana di Roma Capitale in entrambi i ricorsi;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di TPS Pro s.r.l. nel ricorso n.r.g. 1284/2021;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di GO-Mobility s.r.l. nel ricorso n.r.g. 1444/2021;

Visti tutti gli atti delle cause;

Relatore nell'udienza pubblica del 10 giugno 2021, tenuta ai sensi dell'art. 25 del d.-l. n. 137 del 2020, convertito dalla l. n. 176 del 2020, il Cons. Anna Bottiglieri e uditi per le parti gli avvocati Miccoli, Barra e Amici, in collegamento da remoto;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

I. La Città Metropolitana di Roma Capitale indiceva nel dicembre 2019/gennaio 2020, ai sensi degli artt. 40, 59 comma 1 e 60 comma 1 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, una procedura telematica retta dal criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per l'affidamento dei servizi di redazione del Piano Urbano della Mobilità Sostenibile (P.U.M.S.), dei relativi piani di settore e delle attività connesse, di valore pari a €510.000 IVA esclusa. La procedura, cui partecipavano, venendo tutti ammessi, tre operatori economici, si concludeva con la graduatoria di merito che vedeva: al primo posto il RTI con mandataria GO-Mobility s.r.l., mandanti Fit Consulting s.r.l. e Airis s.r.l.; al secondo posto, a pari merito, il RTI con mandataria TPS Pro s.r.l., mandanti CITEC Italia s.r.l., A.T.T. s.r.l. e CRAS s.r.l., e il RTI con mandataria Sintagma s.r.l., mandante TRT Trasporti e Territorio s.r.l..

Aggiudicata la procedura al primo classificato RTI GO-Mobility, il secondo classificato RTI TPS Pro ne impugnava tutti gli atti (tra cui, occorrendo e *in parte qua*, il disciplinare di gara) innanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio. Nel proposto gravame il ricorrente, fatta prioritariamente constare la commissione di un errore materiale nel conteggio dei punteggi delle offerte tecniche, senza il quale si sarebbe collocato da solo al secondo posto della graduatoria di merito, sosteneva con articolate censure che il RTI aggiudicatario Go-Mobility avrebbe dovuto essere escluso dalla gara o, in ogni caso, conseguire

un punteggio minore di quello attribuitogli dalla stazione appaltante. Domandava in via principale l'annullamento degli atti gravati, l'aggiudicazione della procedura in suo favore, la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato nelle more con GO-Mobility e il subentro nello stesso, nonchè, in via subordinata, il risarcimento del danno per equivalente.

Il RTI GO-Mobility si costituiva in giudizio. Contestava la fondatezza del gravame e spiegava ricorso incidentale condizionato finalizzato all'esclusione dalla gara sia del RTI TPS Pro che del RTI Sintagma, sì da soddisfare, eventualmente, il proprio interesse strumentale alla rinnovazione della procedura.

La stazione appaltante, parimenti costituita in giudizio, difendeva la legittimità del proprio operato riconoscendo tuttavia l'errore materiale denunciato da TPS Pro. Coerentemente, con determina n. 99902918/2020 assunta nelle more del giudizio, fermo il primo posto del RTI GO-Mobility e l'aggiudicazione della gara in favore di questo, rettificava la graduatoria, assegnando il secondo posto al RTI TPS Pro e il terzo al RTI Sintagma.

La ricorrente principale impugnava l'atto sopravvenuto con motivi aggiunti.

Il RTI Sintagma non si costituiva in giudizio.

L'adito Tribunale, Sezione seconda *quater*, definiva la controversia con sentenza n. 155/2021, con cui, in sintesi:

- riteneva, in conformità al secondo motivo del ricorso principale di TPS Pro, che il contratto di avvalimento sottoscritto tra GO-Mobility e MIC s.r.l. per soddisfare il requisito tecnico-professionale richiesto dall'art. 2, comma 2-ter, lett. j, del disciplinare di gara, avendo a oggetto "prestazioni professionali pertinenti" all'incarico in affidamento, disciplinate dall'art. 89, comma 1, secondo periodo, del Codice dei contratti pubblici, fosse affetto da nullità per carenza dell'impegno dell'ausiliaria, da assumersi a tenore di detta norma, di eseguire direttamente i lavori o i servizi per cui erano richieste le relative capacità;
- riteneva, in conformità al motivo 1.4. del ricorso incidentale di GO-Mobility, che i contratti di avvalimento aventi a oggetto la certificazione di qualità ISO

9001:2015 stipulati da ATT e CRAS, mandanti del RTI TPS Pro, con TPS-Transport Planning Service s.r.l. s.r.l. (società esterna al raggruppamento) e la mandataria TPS Pro s.r.l. fossero affetti da nullità per mancata indicazione del corrispettivo da versare in favore dell'ausiliaria, in assenza di ulteriori elementi da cui poter desumere, sia pure in via indiretta, l'eventuale interesse non economico meritevole di tutela agli stessi sotteso.

Per l'effetto, il primo giudice:

a) accoglieva il ricorso principale e i connessi motivi aggiunti e annullava tutti gli atti con cui il RTI GO-Mobility era stato ammesso alla procedura e si era aggiudicato la gara;

b) accoglieva in parte il ricorso incidentale e annullava tutti gli atti con cui il RTI TPS Pro era stato ammesso alla procedura e collocato al secondo posto della graduatoria di merito.

Inoltre:

c) accoglieva l'istanza proposta *ex artt.* 89 Cod. proc. civ. e 29 Cod. proc. amm. dal ricorrente incidentale, disponendo la cancellazione di una espressione contenuta a pagina 36 del ricorso principale;

d) dichiarava inammissibile, per difetto di giurisdizione a favore del giudice tributario, la richiesta della ricorrente principale di essere esentata dal pagamento del contributo unificato in relazione ai motivi aggiunti diretti avverso il provvedimento di rettifica della graduatoria;

e) compensava tra le parti le spese del giudizio.

II. Con ricorso rubricato al n.r.g. 1284/2021 il RTI GO-Mobility ha appellato la predetta sentenza: A) nella parte in cui ha accolto il secondo motivo del ricorso principale; B) nella parte in cui ha respinto il suo ricorso incidentale avverso l'ammissione alla gara del RTI Sintagma. Ha al riguardo dedotto: A1) Erroneità della sentenza nella parte in cui ha valutato i "servizi di punta" di cui alla procedura di gara alla stregua di "esperienze professionali pertinenti" *ex art.* 89, comma 1,

d.lgs. 50/2016 (punti 2-6 sentenza); violazione dell'art. 89, comma 1, d.lgs. 50/2016; violazione dell'art. 63 della direttiva 2014/24/UE e dei principi eurounitari del *favor participationis* e del libero accesso al mercato delle commesse pubbliche; A2) Erroneità, insufficiente e perplessa motivazione nella parte in cui ha dichiarato la nullità del contratto di avvalimento stipulato tra GO-Mobility e MIC e accolto il secondo motivo del ricorso principale (punti 7-9); violazione dell'art. 89, comma 1, d.lgs. 50/2016; violazione dell'art. 63 della direttiva 2014/24/UE e dei principi eurounitari del *favor participationis* e del libero e più accesso al mercato delle commesse pubbliche; violazione dell'art. 89, comma 1, d.lgs. 50/2016; violazione degli artt. 1362 e ss. Cod. civ. in materia di canoni ermeneutici di interpretazione dei contratti; A3) Erroneità, insufficiente e contraddittoria motivazione della sentenza nella parte in cui ha ritenuto che oggetto di avvalimento fossero tutti i servizi di punta *ex art. 2, lett. j, della lex specialis* (punti 8-9); B1) Erroneità della sentenza nella parte in cui ha ritenuto legittima l'ammissione del RTI con mandataria Sintagma (punto 13); violazione dell'art. 97 Cost.; illegittimità manifesta; motivazione irragionevole, contraddittoria, carente e perplessa; mancata dimostrazione del possesso del servizio di punta n. 4 del disciplinare. Ha concluso: per la riforma della sentenza appellata, con reiezione del ricorso principale di primo grado e conferma della legittimità della disposta aggiudicazione in suo favore; in via subordinata e condizionata, per la riforma della sentenza appellata, con accoglimento integrale del suo ricorso incidentale di primo grado e annullamento dei provvedimenti che hanno ammesso e collocato al terzo posto della graduatoria di merito il RTI Sintagma.

La Città Metropolitana di Roma Capitale si è costituita in giudizio. Illustrati articolatamente tutti i passaggi della procedura e la rilevanza che l'affidamento assume per l'Amministrazione, ha evidenziato il suo pressante interesse a procedere all'aggiudicazione della gara a favore di uno dei tre operatori economici collocati nella graduatoria di merito.

Il RTI TPS Pro si è costituito in giudizio. Ha sostenuto l'infondatezza dell'appello

di GO-Mobility e rappresentato di aver proposto appello autonomo avverso la parte della sentenza gravata a lui sfavorevole (n.r.g. 1444/2021), senza però riformulare *ex art. 101 Cod. proc. amm.* i motivi del suo ricorso principale assorbiti in primo grado, che ha quindi riproposto nella veste di parte resistente.

Il RTI Sintagma non si è costituito in giudizio.

Tutte le parti costituite hanno depositato memorie e repliche.

III. Come appena accennato, anche il RTI TPS Pro, con ricorso rubricato al n.r.g. 1444/2021, ha proposto appello avverso la stessa sentenza impugnata da GO Mobility, per la parte a lui sfavorevole. Ha dedotto: 1) Violazione del principio dell'onere della prova; violazione dell'art. 64, comma 1, Cod. proc. amm.; 2) Idoneità della clausola di rinvio alla futura e separata quantificazione del prezzo a comprovare l'onerosità dei contratti di avvalimento; violazione e falsa applicazione dell'art. 89, d.lgs. 50/2016 e dell'art. 1418 Cod. civ.; 3) Configurabilità di un avvalimento interno per entrambi i contratti e conseguente sussistenza della causa in concreto; violazione e falsa applicazione dell'art. 89, d.lgs. 50/2016 e dell'art. 1418 Cod. civ.; 4) Sussistenza dell'ulteriore interesse commerciale indiretto sottostante agli avvalimenti; violazione e falsa applicazione dell'art. 89, d.lgs. 50/2016 e dell'art. 1418 Cod. civ. Ha concluso: per la riforma della sentenza gravata nella parte in cui ha accolto il ricorso incidentale proposto dal RTI GO Mobility e disposto la sua esclusione dalla gara, con conferma della sua ammissione e aggiudicazione della procedura in suo favore, previa declaratoria della inefficacia del contratto eventualmente nelle more stipulato, e stipula in suo favore, anche in via di subentro; in via subordinata e condizionata, per il risarcimento del danno per equivalente.

La Città Metropolitana di Roma Capitale si è costituita in giudizio, svolgendo difese analoghe a quelle formulate nell'appello del RTI GO-Mobility.

Il RTI GO-Mobility si è costituito in resistenza, esponendo l'infondatezza dell'appello e riproponendo *ex art. 101 Cod. proc. amm.* i motivi del suo ricorso

incidentale assorbiti dalla sentenza di primo grado.

Il RTI Sintagma non si è costituito in giudizio.

Entrambi i raggruppamenti appellanti hanno depositato memorie e repliche. In tale ambito, il RTI TPS Pro ha eccepito l'inammissibilità della riproposizione con mera memoria difensiva dei motivi non accolti del ricorso incidentale del RTI GO-Mobility, sostenendo che la sentenza di primo grado li ha respinti e non assorbiti.

IV. Gli appelli in esame sono stati congiuntamente chiamati e trattenuti in decisione alla pubblica udienza del 10 giugno 2021.

DIRITTO

1. In via preliminare, va disposta la riunione degli appelli in epigrafe ai fini della decisione ai sensi dell'art. 96, comma 1, Cod. proc. amm., che stabilisce che tutte le impugnazioni proposte separatamente contro la stessa sentenza devono essere riunite in un solo processo.

2. I due appelli in esame contestano, per quanto di rispettivo interesse delle parti appellanti, la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Sezione seconda) n. 155/2021, che, accogliendo, rispettivamente, il ricorso principale con motivi aggiunti del RTI TPS Pro s.r.l. e, in parte, il ricorso incidentale del RTI GO-Mobility s.r.l.:

- ha annullato i provvedimenti con cui il RTI GO-Mobility è stato ammesso alla procedura telematica indetta dalla Città Metropolitana di Roma Capitale per l'affidamento dei servizi di redazione del Piano urbano della mobilità sostenibile (P.U.M.S.), dei relativi piani di settore e delle attività connesse e si è aggiudicato la gara;

- ha annullato i provvedimenti con cui il RTI TPS Pro, secondo classificato, è stato ammesso alla stessa procedura.

3. Il primo appello che viene in esame è quello proposto dal RTI GO-Mobility.

3.1. La sentenza impugnata, quanto alla partecipazione alla gara di detto raggruppamento:

- ha rilevato che l'art. 2, comma 2-ter, lett. j, del disciplinare di gara, ha previsto che ciascun concorrente avrebbe dovuto produrre un *“elenco dei principali servizi analoghi nel settore oggetto della gara effettuati complessivamente nel decennio (01/01/2009-01/12/2019); l'importo di quelli espletati negli ultimi tre anni 2016 – 2017 - 2018, non deve essere inferiore all'importo a base di gara”* e ulteriormente che : *“Nell'ambito dei servizi analoghi il concorrente deve aver espletato nel decennio (01/01/2009-01/12/2019), per conto di enti pubblici TUTTE le seguenti tipologie: 1. almeno n. 1 (uno) PUMS/PUM per comuni di almeno 100.000 abitanti, oppure almeno due piani urbani del traffico o piani urbani della mobilità, di cui almeno uno di un comune di 100.000 abitanti, oppure piani di mobilità sovra comunale o di area vasta, per un'area di almeno 300.000 (trecentomila) abitanti 2. almeno n. 1 (uno) incarico di Valutazione Ambientale Strategica (VAS), riferito a piani di mobilità; 3. almeno n. 1 (uno) piano di settore per la mobilità e la logistica delle merci coerente con l'oggetto di gara; 4. almeno n. 1 (uno) piano di settore per la mobilità ciclistica; 5. almeno n.1 (uno) incarico in materia di organizzazione e gestione di processi di partecipazione pubblica per l'elaborazione di piano urbanistici o della mobilità”*;

- ha osservato come la prescrizione relativa ai cinque *“servizi di punta”* appena sopra elencati fosse volta a consentire l'accesso alla selezione soltanto a operatori economici aventi un bagaglio esperienziale strettamente inerente alla natura delle prestazioni oggetto di appalto, consistente in prestazioni professionali di *facere* richiedenti un elevatissimo livello di specializzazione multidisciplinare e di esperienza nel settore della mobilità delle persone e delle merci all'interno di un ambito territoriale coincidente con quello della città metropolitana;

- ha rilevato che l'art. 89, comma 1, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, stabilito al primo periodo che *“L'operatore economico, singolo o in raggruppamento di cui all'articolo 45, per un determinato appalto, può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'articolo 83, comma 1, lettere b) e c), necessari per partecipare ad una*

procedura di gara, e, in ogni caso, con esclusione dei requisiti di cui all'articolo 80, avvalendosi delle capacità di altri soggetti, anche partecipanti al raggruppamento, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi", precisa nel secondo periodo che *"Per quanto riguarda i criteri relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali di cui all'allegato XVII, parte II, lettera f), o alle esperienze professionali pertinenti, gli operatori economici possono tuttavia avvalersi delle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste"*;

- ha quindi ritenuto che i requisiti di partecipazione previsti all'art. 2, comma 2-ter, lett. j, del disciplinare erano senz'altro dimostrabili anche mediante il ricorso all'avvalimento cd. "esperienziale", a condizione, però, che, come previsto dalla norma appena sopra citata, l'ausiliaria si fosse impegnata a svolgere direttamente le prestazioni professionali oggetto di affidamento, non essendo all'uopo sufficiente la ordinaria "messa a disposizione" di risorse umane e strumentali, poiché *la garanzia ricollegabile al possesso di uno specifico bagaglio esperienziale pertinente può essere realisticamente assicurata soltanto in caso di esecuzione diretta delle prestazioni da parte dell'operatore economico che siffatta esperienza professionale ha, in concreto, maturato"*;

- ha così ritenuto la nullità del contratto di avvalimento stipulato tra GO-Mobility e MIC s.r.l. avente a oggetto i predetti requisiti (anzi, parte degli stessi, come pacificamente emergente dal fascicolo di appello), perché non contenente il necessario e inequivocabile impegno da parte dell'ausiliaria MIC all'esecuzione diretta delle prestazioni professionali, e invalidato di conseguenza la partecipazione alla gara del RTI GO-Mobility e la disposta aggiudicazione in suo favore.

3.2. Con il primo motivo del suo appello GO-Mobility contesta la ricostruzione effettuata dal primo giudice. In particolare, dedotta la violazione dell'art. 89, comma 1, d.lgs. 50/2016, dell'art. 63 della direttiva 2014/24/UE e dei principi eurounitari del *favor participationis* e del libero accesso al mercato delle

commesse pubbliche, sostiene che la sentenza impugnata, ritenendo che i requisiti oggetto di avvalimento fossero qualificabili come “esperienze professionali pertinenti” ai sensi dell’art. 89, comma 1, secondo periodo, del Codice dei contratti pubblici, abbia mal governato i principi e le disposizioni in materia di avvalimento. Il motivo è fondato.

3.3. Il primo giudice, richiamando, tra altro, la sentenza della Corte di Giustizia dell’Unione europea 7 aprile 2016, C-324/14 e le decisioni di questo Consiglio di Stato nn. 2191/2019 e 1704/2020, ha interpretato l’art. 89, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016, che ricalca l’art. 63, paragrafo 1, della direttiva n. 24/2014/UE, ritenendo che l’esecuzione diretta dell’ausiliaria è richiesta in ogni caso in cui il requisito oggetto di prestito attiene a esperienze professionali strettamente inerenti all’oggetto dell’appalto da affidare, e rispetto alle quali possa predicarsi il carattere della “non trasmissibilità” ovvero della “infungibilità”, ravvisati come sopra nella fattispecie.

Tale avviso non può essere confermato.

3.4. Dopo qualche incertezza di cui vi è traccia nella sentenza n. 2191/2019 citata dal primo giudice, questa Sezione del Consiglio di Stato ha fornito una diversa interpretazione della norma in esame (Cons. Stato, V, 26 aprile 2021, n. 3374; 1° marzo 2021, n. 1701), da cui non vi è alcuna ragione per discostarsi.

In particolare, è stato rilevato che, se è vero che le “*esperienze professionali pertinenti*” di cui all’art. 89, comma 1, secondo periodo, d.lgs. 50/2016, sono quelle maturate in virtù di affidamenti connotati da profili di infungibilità, è altresì vero, per lo stesso motivo, che questi sono da rinvenire solo laddove siano richiesti i “*titoli di studio e professionali di cui all’allegato XVII, parte II, lettera f*”. La qualificazione come “pertinenti” delle esperienze professionali necessita infatti di un termine di relazione, rispetto al quale possa appunto predicarsi la pertinenza. E questo non può che essere costituito dai “*titoli di studio e professionali*” che la norma contempla in uno al concetto di pertinenza. Diversamente, ci si troverebbe di fronte a una previsione normativa monca, essendo carente il termine relazionale

e non potendosi assumere, senza alcun riscontro nel testo di legge, che si sia inteso far riferimento alle attività oggetto del contratto.

In via di interpretazione letterale, deve quindi ritenersi che la norma abbia richiesto l'esecuzione diretta dell'ausiliaria nei casi in cui l'operatore sia privo di titoli professionali o di studio (indicati dall'allegato XVII parte II lett. f) che non possono essere trasferiti ad altri poiché evidentemente strettamente personali al soggetto che li abbia acquisiti. In tale ottica, il riferimento aggiuntivo alle "esperienze professionali pertinenti" si spiega tenendo conto dell'eventualità che la stazione appaltante richieda, sempre quale requisito di partecipazione esperienziale, esperienze professionali maturate in virtù della spendita di titoli di studio o professionali, che risultano anch'esse, all'evidenza, espressione di capacità personali intrasmissibili ad altri.

Sotto altro angolo visuale, rileva che la prescrizione dell'esecuzione diretta del servizio da parte dell'ausiliaria non può che essere di stretta interpretazione, come si desume proprio dalla sentenza della Corte di Giustizia 7 aprile 2016, C-324/14, richiamata dal primo giudice, che rimanda al giudice nazionale la verifica dei presupposti per ritenere integrato il ricorso all'ordinario avvalimento o per esigere l'esecuzione diretta da parte dell'ausiliaria, e, soprattutto, la necessità di evitare il sovvertimento della natura del contratto di avvalimento, che consiste non nell'associare altri a sé nell'esecuzione del contratto in affidamento, bensì nell'acquisire in prestito risorse altrui per svolgere, in proprio, la prestazione a favore della stazione appaltante.

Le conclusioni di cui sopra possono ritenersi ormai consolidate.

Sempre in relazione a fattispecie inerente, come quella in esame, a requisiti tecnico-professionali conseguenti alla esecuzione di pregressi contratti per un dato importo nel settore di attività oggetto di appalto, questo Consiglio di Stato ha chiarito che *"ad una piana lettura del divisato dato normativo è di tutta evidenza come il meccanismo sostitutivo [...] abbia una portata circoscritta a determinati e*

*ben individuati requisiti ('...si avvalga di altri soggetti per sopperire alla mancanza di titoli di studio e professionali di cui all'allegato XVII, parte II, lettera f) o di esperienze professionali pertinenti') e la valenza eccezionale della disposizione suindicata preclude l'estensione del suo ambito operativo a fattispecie diverse da quelle ivi espressamente contemplate" (Cons. Stato, III, 9 marzo 2020, n. 1704, che, al di là dell'oggetto dell'appalto, afferma il principio in sé, in rapporto all'art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016), per concludere nel senso che 'le prestazioni relative all'appalto [...] in rilievo non rivelano caratteri infungibili e, dunque, non richiedono la spendita di alcun 'titolo di studio' e/o di alcuna 'esperienza professionale pertinente', ovvero di capacità non agevolmente trasferibili con la messa a disposizione che discende dall'avvalimento qui in rilievo". Analogamente, è stato escluso che, in assenza di un *quid pluris* richiesto dal disciplinare, il requisito di natura tecnico-professionale consistente nell'aver eseguito servizi pregressi per un dato importo valga a configurare *sic et simpliciter* una "esperienza professionale pertinente" ai sensi dell'art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016, con conseguente necessità della prestazione diretta dell'attività da parte dell'ausiliaria (Cons. Stato, IV, 17 dicembre 2020, n. 8111).*

Anche nell'odierno appello non resta quindi che concludere che la necessità dell'esecuzione diretta dell'ausiliaria è da ritenersi limitata ai casi in cui quest'ultima metta a disposizione titoli professionali o di studio [indicati dall'allegato XVII parte II lett. f)] che non possono essere trasferiti al concorrente in quanto strettamente personali, ovvero qualora siano richieste tra i requisiti esperienze professionali maturate proprio in virtù della spendita degli stessi titoli di studio o professionali, esperienze anch'esse da ritenersi espressive di capacità personali non trasmissibili.

3.5. Attenendosi alle predette coordinate ermeneutiche, va osservato che il disciplinare della gara per cui è causa non ha contemplato, in relazione al requisito esperienziale di cui trattasi, il possesso di titoli professionali o di esperienze professionali a questi strettamente pertinenti.

Inoltre, come pure fatto constare da Go-Mobility, il decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti 4 agosto 2017, adottato ai sensi dell'art. 3, comma 7, lett. c), del d.lgs. 16 dicembre 2016, n. 257, nel dettare le “*linee guida per la redazione dei piani urbani per la mobilità sostenibile - PUMS*”, non effettua alcun richiamo a iscrizioni in albi professionali o al possesso di particolari titoli autorizzativi o abilitativi, né la redazione del PUMS è annoverata tra i servizi di cui all'art. 3, comma 1, lett. vvvv) del Codice dei contratti pubblici, riservati agli operatori economici esercenti una professione regolamentata *ex art. 3, direttiva 2005/36/CE*.

Contrariamente a quanto ritenuto dal primo giudice, non è pertanto ravvisabile il presupposto applicativo dell'art. 89, comma 1, secondo periodo, del d.lgs. n. 50 del 2016, su cui la sentenza ha fondato l'accoglimento del ricorso principale di TPS Pro a fronte della mancata previsione, nel contratto stipulato tra GO-Mobility e MIC, dello svolgimento diretto dell'attività da parte dell'ausiliaria.

3.6. A questo punto va rilevato che la sentenza appellata ha dato atto che mediante il contratto di avvalimento intervenuto tra GO-Mobility e MIC l'ausiliaria si è obbligata a mettere a disposizione dell'ausiliata “risorse umane e strumentali”, “*know how*”, “singole figure professionali dedicate” e nominativamente indicate, risorse strumentali necessarie allo svolgimento dell'incarico e supporto consulenziale e assistenziale. Non ha peraltro effettuato al riguardo più specifiche valutazioni, e ciò in coerenza con le questioni sollevate (ed erroneamente accolte) da TPS Pro, che hanno riguardato non, in generale, la “tenuta” complessiva, nei confronti della stazione appaltante, del contratto di avvalimento speso in gara da GO-Mobility, bensì esclusivamente la sussumibilità dei “servizi di punta” contemplati in gara nelle “esperienze professionali equivalenti” attratte nello speciale regime di cui all'art. 89, comma 1, secondo periodo, del Codice dei contratti pubblici: sicchè una volta esclusa, come sopra, detta sussumibilità, e considerato che i requisiti di esperienza possono formare oggetto di avvalimento

ordinario (Cons. Stato, V, 19 luglio 2018, n. 4396; 23 luglio 2018, n. 4440; V, n. 3374/2021, cit.), non vi è luogo per dubitare della idoneità del contratto di avvalimento in parola a soddisfare, mediante la specificazione delle risorse prestate, l'obbligo imposto dal Codice dei contratti pubblici di porre la stazione appaltante in condizione di comprendere quali siano gli impegni concretamente assunti dall'ausiliaria nei confronti della concorrente e di verificare che la messa a disposizione in sede di gara non sia meramente cartolare, corrispondendo, invece, a una prestazione effettiva di attività e di mezzi da una impresa all'altra.

3.7. L'accoglimento del primo motivo di appello (rubricato *sub* 1A) di GO-Mobility nei termini suindicati ha quindi carattere dirimente, valendo di per sé a condurre alla riforma della sentenza impugnata nella parte in cui, dichiarata la nullità del contratto di avvalimento dalla medesima spesa in gara, e assorbiti tutti gli altri motivi del ricorso principale di TPS Pro, ha annullato l'ammissione della società alla procedura e tutti i conseguenti provvedimenti a lei favorevoli, ivi compresa l'aggiudicazione.

3.8. Conseguentemente, restano assorbiti:

- il secondo e il terzo motivo di appello di GO-Mobility (rubricati *sub* 2A e 3A), perché rivolti avverso la parte della sentenza gravata, già come sopra riformata;
- il quarto motivo di appello di GO-Mobility (rubricato *sub* 1B), tendente alla esclusione dalla gara del terzo classificato RTI Sintagma, perché proposto in via meramente condizionata, in vista del soddisfacimento dell'interesse strumentale della società alla riedizione della gara, divenuto ormai recessivo anche in considerazione, come nell'immediato seguito, dell'infondatezza dei motivi del ricorso principale di primo grado di TPS Pro che la sentenza impugnata ha assorbito e che l'interessata ha riproposto *ex art.* 101 Cod. proc. amm.;
- i motivi del ricorso incidentale di primo grado di GO-Mobility riproposti dalla medesima *ex art.* 101 Cod. proc. amm. nell'ambito dell'appello di TPS Pro, perché rivolti avverso l'ammissione alla gara di quest'ultima, che, per tutte le conclusioni dianzi raggiunte, GO-Mobility non ha più interesse a contestare.

4. Può ora passarsi all'esame dei motivi assorbiti riproposti dal RTI TPS Pro.

4.1. TPS Pro (deducendo: violazione e falsa applicazione dell'art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016; eccesso di potere per difetto dei presupposti, sviamento, carenza di istruttoria, contraddittorietà, illogicità e travisamento dei fatti; violazione dei principi di buon andamento e imparzialità; in via subordinata e condizionata, illegittimità degli artt. 4 e 7 del disciplinare di gara per violazione dell'art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016) afferma l'illegittimità della valutazione e attribuzione di punteggio a GO-Mobility per l'organigramma del gruppo di lavoro, in assenza delle quali la sua offerta sarebbe risultata prevalente, perchè in tale gruppo figurano anche 5 professionisti dell'ausiliaria MIC contemplati nel contratto di avvalimento di cui sopra. Secondo l'esponente, la valutazione e l'attribuzione di punteggio a tali risorse nell'ambito del *sub*-criterio di cui all'art. 7.2 del disciplinare (*max* 5 punti) – fondato sulla individuazione dei “*responsabili delle attività per svolgere ogni Linea di azione ed individuazione del Responsabile di commessa*”, e sulla dimostrazione, tramite *curricula*, della qualificazione e della esperienza nel settore oggetto dell'appalto delle predette figure di responsabile di commessa e di responsabili delle singole linee di azione – integra un caso di “avvalimento premiale” che la giurisprudenza reputa illegittimo.

GO-Mobility si difende invocando contraria giurisprudenza della Sezione ed evidenziando in fatto: che la *lex specialis* di gara ha previsto una valutazione complessiva del gruppo di lavoro proposto e non una valutazione *uti singuli* dei vari componenti; che il punteggio relativo al gruppo di lavoro, da attribuirsi globalmente e complessivamente ai sensi dell'art. 7.1.1 del disciplinare, non si fonda sui *curricula* di tutti i professionisti che lo compongono e non risulta pertanto scorporabile in forza di presunti ulteriori *sub*-criteri non previsti dalla legge di gara come preteso dalla deducente; che nessuna delle professionalità di MIC è stata inquadrata nella figura del responsabile di commessa, mentre solo una delle unità richiamate nella censura di controparte è stata individuata quale responsabile di una

linea di azione, rispetto alle 7 linee di azione contenute nell'offerta tecnica del raggruppamento.

La doglianza, al di là di ogni questione fattuale, e dell'indagine di se vi sia identità tra il requisito oggetto di avvalimento e l'oggetto del criterio premiale di cui trattasi, non è fondata.

4.1.1. L'avvalimento c.d. "premile" cui si riferisce TPS Pro evoca uno scenario in cui l'avvalimento interviene sia nell'integrazione di un requisito di partecipazione che nel riconoscimento di punteggio nell'ambito della valutazione dell'offerta tecnica formulata tenendo in considerazione le competenze, le risorse e le capacità effettivamente trasferite dall'ausiliaria all'ausiliata.

In giurisprudenza si registra sul punto: un orientamento generalmente favorevole a una siffatta ipotesi, che muove dalla considerazione che ciò che è oggetto del contratto di avvalimento entra organicamente a far parte della complessiva offerta presentata dalla concorrente (C.G.A.R.S., I, 15 aprile 2016, n. 109); un avviso preclusivo, qui invocato da TPS Pro (Cons. Stato, V, 16 marzo 2020, n. 1881, riferito a una fattispecie in cui l'ausiliata era già in possesso, in proprio, dei requisiti di partecipazione); un avviso intermedio, che la esclude nei casi in cui l'elemento di valutazione dell'offerta consista in un requisito soggettivo o curriculare e lo ammette per i requisiti speciali.

In tale contesto, la Sezione ha di recente evidenziato come il contrasto tra le linee interpretative di cui sopra, più apparente che reale, bene possa essere composto tenendo conto della funzione essenziale dell'istituto dell'avvalimento (Cons. Stato, V, 25 marzo 2021, n. 2526). Da tale conclusione non vi è qui alcuna ragione per discostarsi: il Collegio concorda appieno con le relative argomentazioni, che conducono alla impossibilità di seguire, nei proposti termini, la tesi di TPS Pro che l'avvalimento, in assoluto, possa rilevare ai soli ai fini della qualificazione e non anche per la valutazione dell'offerta.

Anche nella fattispecie in esame va quindi osservato che l'avvalimento, nella prospettiva proconcorrenziale del *favor participationis*, consente l'ampliamento

della platea dei potenziali concorrenti alle procedure di evidenza pubblica attraverso l'abilitazione all'accesso di operatori economici che, pur privi dei necessari requisiti, dei mezzi e delle risorse richieste dalla legge di gara, siano in grado di acquisirli grazie all'apporto collaborativo di soggetti terzi, che ne garantiscano la messa a disposizione per la durata del contratto.

La complessiva logica economica sottesa al meccanismo partecipativo si traduce, sul piano giuridico, nella valorizzazione – in un contesto negoziale trilaterale, operante sia sul piano interno dei legami tra la concorrente ausiliata e l'impresa ausiliaria, che sul piano esterno dei rapporti con la stazione appaltante (art. 89, comma 1, d. lgs. 50/2016, che pretende la formalizzazione di apposita dichiarazione promissoria impegnativa indirizzata sia all'ausiliata che alla stazione appaltante) – di una effettiva messa a disposizione di risorse di carattere economico, finanziario tecnico o professionale (corrispondenti ai c.d. requisiti speciali, di ordine oggettivo, concretanti criteri di selezione delle offerte, *ex art. 83*), che, ferma restando la formale imputazione della esecuzione (art. 89, comma 8), giustifica (anche laddove l'ausiliaria non assuma, come pure è astrattamente possibile, il ruolo di impresa associata o subappaltatrice: art. 89, commi 1 e 8) la responsabilità solidale per l'esatto adempimento (art. 89, comma 5).

Una volta chiarita la funzione che per le norme di settore assume l'avvalimento (dotare un operatore economico che ne sia privo dei requisiti economico-finanziari, delle risorse professionali e dei mezzi tecnici necessari per partecipare a una procedura di gara, nelle due ipotesi di avvalimento operativo e avvalimento tutorio, operanti rispettivamente sul piano della prestazione e della funzione di garanzia della serietà e qualità dell'offerta), si giustifica il fondamento del divieto dell'avvalimento "premiale" invocato da TPS Pro, ma a condizione che vada inteso per tale solo quello che abbia l'esclusivo scopo di far conseguire all'ausiliata, che non necessiti di alcun incremento delle risorse per partecipare alla gara, una migliore valutazione dell'offerta: in tal caso, infatti, la logica concorrenziale ne

risulta alterata e non implementata.

E' quindi dirimente valutare se il ricorso all'avvalimento operi a favore di un operatore economico che, in difetto, sarebbe privo dei requisiti di partecipazione e che li acquisisce per il tramite dell'ausiliaria, ovvero a favore di un soggetto che, potendo senz'altro concorrere, avendo già in proprio i mezzi e i requisiti, miri esclusivamente alla maggior valorizzazione della propria proposta negoziale.

In questo secondo caso, la preclusione mira a evitare l'evidente abuso della facoltà di ricorrere all'avvalimento, che si trasformerebbe, nell'ipotesi, in un vero e proprio *escamotage* che, lungi dall'apportare una reale ed effettiva qualificazione dell'offerta, sarebbe volto al mero incremento del punteggio, consentendo al concorrente di avvantaggiarsi rispetto agli altri mediante l'utilizzo delle esperienze pregresse o di titoli e di attributi dell'ausiliaria che non integrano l'offerta di elementi essenziali ai fini della partecipazione e quindi non la connotano neanche sotto il profilo operativo, in vista dell'attività esecutiva.

Di contro, nel primo caso, l'eventualità che il concorrente ricorra all'avvalimento al fine di conseguire requisiti di cui è carente e, nello strutturare e formulare la propria offerta tecnica, contempi nell'ambito della stessa anche le utilità fornite dall'ausiliaria (beni, mezzi, attrezzature, risorse, personale) è del tutto fisiologica, poiché i termini dell'offerta devono poter essere valutati e apprezzati in quanto tali con l'attribuzione dei relativi punteggi, nella prospettiva di una effettiva messa a disposizione della stazione appaltante all'esito dell'aggiudicazione e dell'affidamento del contratto.

Nella fattispecie, non è contestato che GO-Mobility abbia fatto ricorso all'avvalimento per integrare i requisiti di partecipazione, non posseduti in proprio: pertanto, non è fondata la pretesa di TPS Pro che la commissione di gara, in sede di attribuzione del punteggio di cui sopra, dovesse rilevare, azzerandolo o decurtandolo, la non corretta strutturazione del gruppo di lavoro proposto da GO-Mobility perché in essa vi figura personale dell'ausiliaria.

4.2. Per le stesse ragioni, va respinto l'ulteriore motivo di TPS Pro che, in

connessione con quello appena esaminato (e respinto), si dirige avverso il disciplinare di gara, nella parte in cui non ha escluso dal merito tecnico i requisiti di esperienza e di personale.

4.3. Con altra doglianza (violazione dell'art. 83, commi 2, 6, 7 e 8 del d.lgs. 50/2016; violazione della *lex specialis* di gara, art. 2.2-ter; eccesso di potere per difetto assoluto di istruttoria e di motivazione, erronea valutazione, travisamento dei fatti, e difetto dei presupposti; violazione dei principi proporzionalità, congruità, *par condicio*, correttezza e trasparenza) TPS Pro censura l'esito del soccorso istruttorio che ha condotto al riconoscimento in capo a GO-Mobility del possesso del già citato "servizio di punta" n. 1, relativo allo svolgimento di "*almeno n. 1 (uno) PUMS/PUM [...], oppure almeno due piani urbani del traffico o piani urbani della mobilità, [...], oppure piani di mobilità sovra comunale o di area vasta alla redazione di un PUMS*".

TPS Pro evidenzia sul punto:

- che in sede di soccorso istruttorio la commissione di gara ha richiesto chiarimenti in ordine alle indicazioni di GO-Mobility relative ai "servizi di punta n. 1 e 3, *“evidentemente ritenendo non sufficiente l'indicazione del supporto alla redazione del PUMS di Roma Capitale”* quanto specificamente al servizio di punta n. 1;
- che GO-Mobility, in riscontro alla richiesta, ha evidenziato tre incarichi: il predetto supporto al PUMS di Roma, un "*non meglio precisato*" apporto al PUMS di Bologna, e (in avvalimento) la partecipazione di MIC alla redazione del PDGML – *Plano Director General Metropolitano de Luanda*, da considerarsi tipologia analoga;
- che la stazione appaltante, diversamente da quanto fatto per il servizio di punta n. 3 (ove ha svolto ogni utile approfondimento di cui ha dato atto in motivazione), non ha esternato quanto al servizio di punta n. 1 le ragioni per le quali ha considerato positivamente superata l'istruttoria, essendosi limitata a richiamare una nota del RUP del 24 febbraio 2020, che indica genericamente l'esaustività della

documentazione trasmessa da GO-Mobility.

Su tali basi, TPS Pro sostiene: a) che l'approfondimento istruttorio come sopra condotto sarebbe inesistente; b) che il mero "supporto" alla redazione del PUMS di Roma Capitale non integrerebbe il requisito di partecipazione in parola, essendo necessario, a termini del disciplinare, l'effettivo espletamento del servizio, ovvero lo svolgimento diretto da parte del concorrente sulla base di un affidamento proveniente da un ente pubblico; c) che del resto il seggio di gara non ha neanche chiarito quale dei tre incarichi dichiarati per il punto da GO-Mobility fosse idoneo a soddisfare il requisito e, nel caso di una loro considerazione complessiva, per quali ragioni; d) che di fatto nessuno di tali incarichi lo è.

Le doglianze sono destituite di fondamento.

4.3.1. Emerge dal fascicolo di causa, e trapela anche dal motivo in esame, che l'offerta di GO-Mobility è stata oggetto di soccorso istruttorio sotto vari profili, e che, in tale ambito, il seggio di gara, diversamente da quanto prospettato dalla deducente, non ha ritenuto insufficiente, quanto al "servizio di punta" n. 1, il supporto prestato alla redazione del PUMS di Roma Capitale ma, più limitatamente, ha richiesto all'interessata di specificare, tra i vari servizi dalla medesima elencati in sede di domanda di partecipazione, quale fosse da prendere in considerazione a tale fine, e che nel corrispondere alla richiesta, GO-Mobility ha indicato tre servizi già precedentemente dichiarati (il supporto alla redazione del PUMS di Roma Capitale; la redazione in RTI del PUMS della Città metropolitana di Bologna; la redazione in avvalimento del sopra detto PDGML).

Così puntualizzato l'oggetto del soccorso istruttorio sulla questione in contestazione, non sono ravvisabili né mende istruttorie né tanto meno *deficit* motivazionali, atteso che il seggio di gara, più che sciogliere particolari dubbi in ordine alla spendita del requisito consistente nel supporto alla redazione del PUMS di Roma Capitale, o connessi alle due ulteriori esperienze professionali dichiarate, non doveva che dare atto, come ha fatto, della sufficienza dell'indicazione ricevuta.

4.3.2. Quanto, invece, all'avviso che nessuno dei tre incarichi indicati da Go-

Mobility integrerebbe il requisito di cui al servizio di punta n. 1, si osserva quanto segue.

Il rilievo che il supporto alla redazione del PUMS di Roma Capitale non poteva considerarsi spendibile in rapporto al “servizio di punta” n. 1, in quanto appunto attività di mero “supporto”, si scontra con la norma di disciplinare di cui all’art. 2, punto j, secondo alinea, che ha richiesto ai concorrenti la produzione di un elenco recante *“l’indicazione dettagliata degli importi, degli oggetti, delle date e dei destinatari pubblici/privati dei servizi elencati specificando la natura dell’incarico svolto (redazione integrale in forma autonoma oppure consulenza/supporto alla progettazione)”*, in tal modo ammettendo espressamente la possibilità di far valere in gara anche l’attività di supporto alla progettazione. Né TPS Pro può essere seguita laddove sostiene che tale previsione si applicherebbe solo ai “servizi analoghi” e non ai cinque “servizi di punta”, la dimostrazione dei quali sarebbe stata sottoposta a prescrizioni più stringenti, richiedendosi il loro effettivo “espletamento”, e cioè lo svolgimento “diretto” e non in posizione di supporto. La tesi si scontra con l’art. 2, punto j, del disciplinare, che annovera espressamente i “servizi di punta” nello stesso ambito regolatorio dei “servizi analoghi” (punto j, terzo alinea), tanto da richiederne l’elencazione congiunta, sicchè anche per i primi non può che valere la regola già dettata per i secondi, tra cui quella del secondo alinea di cui sopra, e conferisce inoltre una ingiustificata valenza restrittiva al termine “espletato” utilizzato per i “servizi di punta”, senza considerare che, così facendo, anche il requisito relativo ai “servizi analoghi”, in spregio alla chiara lettera del ridetto secondo alinea, non potrebbe ritenersi soddisfatto da un’attività di supporto, atteso che per essi viene utilizzato l’analogo termine di “effettuati”.

Passando al secondo incarico, è vero che GO-Mobility ha dichiarato una esperienza professionale, la redazione del PUMS della Città Metropolitana di Bologna, maturata in connessione a un’attività svolta nell’ambito di un RTI orizzontale in cui figura, quale mandataria, la stessa TPS Pro, e che questa ha dichiarato nella stessa

gara il medesimo requisito. Ma è altresì vero che non si ravvisano ragioni per ritenere che il requisito non fosse dichiarabile da entrambe, e quindi anche da GO-Mobility, che lo ha maturato in proprio, come emerge anche dall'attestazione della stazione appaltante Città Metropolitana di Bologna prodotta in gara: non si tratta, infatti, di assumere la "paternità" della redazione di detto piano, rivendicata da TPS Pro in rapporto alle maggiori responsabilità da lei assunte nell'occasione, ma di far valere un requisito esperenziale corrispondente all'attività effettuata, e ciò al di là di ogni questione inerente l'individuazione quantitativa della partecipazione al servizio, cui il disciplinare, pur ammettendo la possibilità di far valere, come sopra visto, anche le attività di consulenza e di supporto, non fa alcun riferimento, non ritenendola evidentemente un elemento discriminante ai fini della dimostrazione della capacità tecnica e professionale. Sicchè il dato percentuale indicato da TPS Pro (GO-Mobility: 18,31; TPS Pro: 65,42), quale elemento del tutto estraneo alla *lex specialis*, se chiarisce la preponderanza che TPS Pro ha avuto nello svolgimento del servizio, non si traduce in alcun modo in una preclusione di valutare nella procedura per cui è causa l'apporto reso da Go-Mobility nell'ambito dello stesso servizio: non spetta infatti al concorrente, né tantomeno al giudice amministrativo, individuare, come pretende TPS Pro, in assenza di una puntuale prescrizione della legge di gara, la consistenza minima che deve essere assunta da una determinata attività per concretare un requisito esperenziale.

Né l'assenza dell'indicazione di siffatta consistenza minima (attraverso i connessi limiti di fatturato) può refluire nell'illegittimità della legge di gara, come pure sostiene TPS Pro laddove con autonoma censura impugna contestualmente (in via subordinata e condizionata) la clausola di disciplinare di cui all'art. 2, comma 2-ter, lett. j), deducendo violazione dell'art. 83, commi 2, 6 e 8, del Codice dei contratti pubblici e contrasto con i principi di proporzionalità, congruità e ragionevolezza.

La norma in parola ha richiesto ai concorrenti la produzione di un elenco attestante: lo svolgimento nel decennio 1° gennaio 2009/1° dicembre 2019 di servizi analoghi nel settore oggetto di gara, corredato dall'indicazione dettagliata degli importi,

degli oggetti, delle date e dei destinatari pubblici e privati dei servizi elencati e della natura dell'incarico svolto (redazione integrale in forma autonoma oppure consulenza o supporto alla progettazione); che l'importo dei predetti servizi espletati nel triennio 2016/2018 non fosse inferiore all'importo a base di gara, IVA esclusa (€ 510.000,000); lo svolgimento nel citato decennio di almeno uno per ognuna delle cinque tipologie degli individuati "servizi di punta" già richiamati al capo 3.1..

Ciò posto, si rammenta che la stazione appaltante gode di massima discrezionalità nella scelta dei requisiti di capacità dei concorrenti che intende selezionare, col solo limite di non eccedere dall'oggetto dell'appalto per tipologia e caratteristiche (Cons. Stato, III, 13 gennaio 2020, n. 284; V, 22 gennaio 2015, n. 259; IV, 4 giugno 2013, n. 3081), condizione che nella fattispecie è rispettata, trattandosi di un apparato prescrizionale che, a termini dell'art. 83, comma 2, Codice dei contratti pubblici, si profila adeguato all'oggetto dell'affidamento, anche in rapporto al rilievo economico della gara (€ 510.000,000 IVA esclusa), e che, al contempo, soddisfa i principi eurounitari del *favor participationis*, di massima contendibilità e di ampia accessibilità agli operatori economici alle procedure competitive pubbliche.

Accertata come sopra la legittima spendita per il requisito di punta n. 1 dei due servizi sopra considerati, e tenuto conto che, a termini del disciplinare e ai fini della partecipazione alla gara, era sufficiente anche uno solo di essi, può essere assorbita ogni questione pure sollevata da TPS Pro in relazione all'indicazione da parte di GO-Mobility, sempre per il servizio di punta n. 1, del PDGML – *Plano Director General Metropolitano de Luanda*.

4.4. In conclusione, i motivi assorbiti dal primo giudice e riproposti da TPS Pro ex art. 101 Cod. proc. amm. devono essere respinti.

5. All'accoglimento dell'appello di GO-Mobility con conseguente riforma della impugnata sentenza di primo grado di cui al precedente capo 3, nonchè alla appena

sopra disposta reiezione dei motivi assorbiti riproposti di TPS Pro, consegue l'accertamento della legittimità dei provvedimenti favorevoli a GO-Mobility oggetto di impugnativa.

6. Va a questo punto esaminato l'appello proposto dal RTI TPS Pro avverso la parte della sentenza appellata che, in accoglimento del ricorso incidentale di GO-Mobility, ha ritenuto l'illegittimità della sua partecipazione alla procedura.

Esso è fondato.

6.1. Il primo giudice ha ritenuto che i contratti di avvalimento aventi a oggetto la certificazione di qualità ISO 9001:2015 stipulati da ATT s.r.l. e CRAS s.r.l., mandanti del RTI TPS Pro, con TPS-Transport Planning Service s.r.l. (società esterna al raggruppamento) e la mandataria TPS Pro, fossero affetti da nullità per mancata indicazione negli stessi del corrispettivo da versare in favore dell'ausiliaria a garanzia degli impegni da essa assunti, e in assenza di ulteriori elementi da cui poter desumere l'eventuale interesse non economico (c.d. "avvalimento interno") meritevole di tutela agli stessi sotteso. Ha al riguardo ritenuto irrilevante la clausola che, in caso di aggiudicazione, ha previsto la stipula tra le parti di una scrittura privata per regolamentare in dettaglio gli aspetti tecnico-economici dell'avvalimento, perché priva di criteri di predeterminazione del corrispettivo e della fissazione di un criterio temporale.

6.2. TPS Pro deduce avverso tale ricostruzione gli articolati motivi riepilogati in fatto. Tra essi, merita senz'altro favorevole considerazione e va accolto – anche in disparte la circostanza, fortemente evidenziata nell'appello in esame, che le parti dei contratti di avvalimento sono, in un caso, una delle mandanti e la mandataria, e, nell'altro, una delle mandanti e una società che, come emerge dall'atto di appello, fa parte del "Gruppo TPS" – la censura con cui l'appellante afferma l'idoneità della clausola di rinvio alla futura e separata quantificazione del prezzo a comprovare l'onerosità dei contratti di avvalimento in parola e denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 89 del Codice dei contratti pubblici e dell'art. 1418 Cod. civ..

6.3. Per costante giurisprudenza amministrativa, la ravvisabilità nel contratto di

avvalimento di un interesse economico riferibile all'ausiliaria è garanzia dell'effettività dell'impegno da questa assunto e, conseguentemente, della concreta titolarità dei requisiti di partecipazione alla gara in capo all'ausiliata. Più in particolare, si afferma che *“il contratto di avvalimento è un contratto tipicamente oneroso e, qualora in sede contrattuale non sia stabilito un corrispettivo in favore dell'ausiliaria, deve comunque emergere dal testo contrattuale un interesse - di carattere direttamente o indirettamente patrimoniale - che abbia indotto l'ausiliaria ad assumere senza corrispettivo gli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento e le connesse responsabilità (così, Adunanza plenaria 4 novembre 2016, n. 23, nonché in seguito Cons. Stato, sez. V, 27 maggio 2018, n. 2953). Invero, l'onerosità del contratto è ritenuta indice della effettiva concessione delle risorse da parte dell'ausiliaria a favore della concorrente, e, per questo, idoneo (unitamente alla determinatezza del contenuto contrattuale) a fugare i dubbi sul carattere meramente formale della disponibilità delle risorse che spesso circondano il ricorso all'avvalimento per l'acquisizione dei requisiti di partecipazione mancanti da parte di un concorrente”* (Cons. Stato, V, 12 febbraio 2020, n. 1074).

Nella fattispecie, non può dubitarsi dell'onerosità dei contratti di avvalimento in parola, avendo espressamente le parti rimesso a una separata scrittura privata, da stipularsi in caso di aggiudicazione, la determinazione del corrispettivo.

Di tanto, del resto, si avvede anche il primo giudice, che, infatti, registra che dal suo tenore *“non è possibile evincere né la gratuità del rapporto né quale sarà il corrispettivo, non essendo stato quest'ultimo né determinato ex ante né reso determinabile per relationem ovvero in quanto ancorato a parametri determinati”*.

E allora risulta evidente che la sentenza appellata ha fatto discendere la nullità dei contratti di avvalimento di cui trattasi non dalla loro rilevata gratuità (sconfessata *per tabulas*), bensì dalla carenza della fissazione diretta di un corrispettivo, e a fronte della ritenuta inidoneità della predetta clausola a determinarlo *per*

relationem, in quanto priva di elementi idonei a tale fine (criteri cui attenersi nella futura stipula e tempi della stessa).

Quindi, in altre parole, come correttamente osservato da TPS Pro, il primo giudice ha esteso alle pattuizioni relative al compenso l'onere di specificazione di cui all'art. 89, comma 1, ultima parte, Codice dei contratti pubblici.

Questo, però, senza considerare che detto onere riguarda esclusivamente i requisiti e le risorse messe a disposizione.

In tal senso è la giurisprudenza di questa Sezione che:

- esclude l'automatica invalidità del contratto di avvalimento privo dell'indicazione del corrispettivo economico in favore dell'impresa ausiliaria, osservando che *“dal tenore dell'accordo deve ... potersi desumere l'interesse patrimoniale, che può avere carattere diretto (cioè consistere in un'utilità immediata) o anche solo indiretto, purché effettivo”* (Cons. Stato, V, 17 maggio 2018, n. 2953; nello stesso senso, tra tante, 20 luglio 2016, n. 3277; 25 gennaio 2016, n.242; C.G.A.R.S., 21 gennaio 2015 n. 35), condizione che è presente nella fattispecie, a termini del chiaro tenore della clausola di cui si discute, che evidenzia, sotto il profilo sinallagmatico, l'utilità economica immediata dell'ausiliaria ad assumere gli obblighi derivanti dal contratto, ancorchè la sua quantificazione sia stata rimessa a una pattuizione successiva all'eventuale aggiudicazione;

- rileva che l'indicazione del preciso ammontare del corrispettivo *“esula dalle prescrizioni imposte al contratto di avvalimento dalla giurisprudenza richiamata dalle parti del giudizio, essendo piuttosto frutto di una impropria estensione analogica al caso di specie delle speciali prescrizioni dettate per il c.d. 'avvalimento operativo' (relativo cioè a personale, mezzi ed attrezzature che devono essere puntualmente individuati - ed indicati nell'offerta - proprio al fine di dimostrare l'affidabilità dell'impegno assunto dall'impresa ausiliaria”* (Cons. Stato, V, 27 gennaio 2021, n. 806).

6.4. L'accoglimento del motivo sopra esaminato, e il connesso accertamento della legittimità dei provvedimenti, annullati in primo grado, con cui il RTI TPS Pro è

stato ammesso alla gara e collocato al secondo posto della relativa graduatoria, determina la riforma della sentenza impugnata anche per quanto di interesse del predetto raggruppamento, e ha valore assorbente di ogni altra doglianza agli stessi fini formulata in appello.

7. In conclusione, accertata la legittimità di tutti i provvedimenti impugnati in primo grado, entrambi gli appelli in trattazione devono essere accolti, disponendosi, per l'effetto, l'annullamento integrale della sentenza appellata e la reiezione del ricorso principale e del ricorso incidentale di primo grado.

Considerato che non consta dal fascicolo di causa che il contratto relativo all'affidamento per cui è causa sia stato stipulato, non vi è luogo a disporre sulle formulate domande risarcitorie.

Le spese di giudizio del grado possono essere compensate, stante la complessità delle questioni esaminate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sui due appelli di cui in epigrafe:

- a) li riunisce *ex art.* 96, comma 1, Cod. proc. amm.;
- b) accoglie entrambi gli appelli e, per l'effetto, in totale riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso principale e il ricorso incidentale proposti in primo grado;
- c) compensa tra le parti le spese di giudizio del grado di appello.

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

Così deciso nella camera di consiglio del 10 giugno 2021, tenuta ai sensi dell'art. 25 del d.-l. n. 137 del 2020, convertito dalla l. n. 176 del 2020, con l'intervento dei magistrati:

Fabio Franconiero, Presidente FF

Stefano Fantini, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Anna Bottiglieri

IL PRESIDENTE

Fabio Franconiero

IL SEGRETARIO