

Pubblicato il 21/04/2021

N. 04686/2021 REG.PROV.COLL.
N. 02551/2021 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 Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2551 del 2021, proposto dalla società Algeco S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avv.ti Andrea Ruffini, Marco Orlando, Flavia Anelli e Matteo Valente, con domicilio eletto in Roma, Via Sistina n. 48;

contro

Città Metropolitana di Roma Capitale, in persona del Sindaco p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Giovanna Albanese, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Edilsider S.p.A., Giplanet S.p.A., in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t., rappresentati e difesi dagli avv.ti Stefano Ferla, Andrea Manzi e Simone Marinucci, con domicilio eletto presso l'avv. Andrea Manzi, con studio in Roma, via Federico Confalonieri n. 5;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia:

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- della Determinazione Dirigenziale prot. n. 955 del 22.1.2021 con cui la Città Metropolitana di Roma Capitale ha aggiudicato la procedura aperta per la conclusione di un Accordo Quadro con unico operatore economico in favore del RTI Edilsider Spa e Giplanet Spa;
- delle operazioni di gara e segnatamente di tutti i verbali relativi alle sedute pubbliche e riservate, con relativi allegati. In particolare si fa riferimento ai verbali delle sedute del 16 e 18 novembre 2020, nonché a quelli delle sedute riservate del 26.11.2020, 1.12.2020, 17.12.2020 e 21.12.2020 in cui si è svolta la valutazione delle offerte tecniche dei concorrenti, nonché alla seduta riservata del 29.12.2020 di proposta di aggiudicazione;
- ove occorrer possa del bando, del Disciplinare e del Capitolato tecnico e relativi allegati, di tutti i chiarimenti forniti dalla Stazione Appaltante;
- di tutti gli atti connessi, presupposti e consequenziali, nonché di quelli sconosciuti dalla ricorrente ma funzionali alla presente impugnazione

Nonché per la declaratoria

- di inefficacia del contratto, se stipulato, e per il risarcimento danni in forma specifica mediante l'aggiudicazione in proprio favore o mediante il subentro nell'Accordo Quadro ove medio tempore stipulato
- nonché, in via subordinata:
- per equivalente, nell'ipotesi in cui non fosse concesso il ristoro in forma specifica.

Per quanto riguarda il ricorso incidentale depositato da Edilsider S.p.A. in data 15/3/2021:

- della Determinazione dirigenziale prot. n. 9855 del 22.01.2021 della Città Metropolitana di Roma Capitale, recante aggiudicazione della procedura aperta per la conclusione di un Accordo Quadro con unico operatore economico (CIG

84567613F2), dei verbali di gara e di ogni altro atto/provvedimento oggetto del ricorso principale avversario, limitatamente alla parte in cui non hanno escluso dalla gara il costituendo R.T.I. con mandataria Algeco s.p.a., mantenendolo in posizione utile in graduatoria.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Città Metropolitana di Roma Capitale nonché delle società Edilsider S.p.A. e Giplanet S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 9 aprile 2021, tenutasi ex art. 25 D.L. n. 137/2020, la dott.ssa Roberta Mazzulla e uditi per le parti i difensori, mediante collegamento da remoto, come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso tempestivamente notificato e depositato la Algeco spa, quale partecipante alla procedura aperta bandita dalla Città Metropolitana di Roma Capitale, avente ad oggetto la conclusione di un Accordo Quadro con unico operatore economico, ai sensi dell'art. 54 comma 3 del d.lgs. 50/2016, *“per la fornitura, posa in opera e noleggio di moduli prefabbricati ad uso scolastico, composti di norma da blocchi di 10 aule più servizi igienici, comprendente tutte le connesse attività accessorie e strumentali occorrenti per la loro realizzazione, piena funzionalità e messa in esercizio”* (CIG 84567613F2), ha impugnato, unitamente agli atti di gara in epigrafe indicati, la Determinazione Dirigenziale prot. n. 955 del 22.1.2021 con cui la stazione appaltante, dopo aver escluso uno dei tre concorrenti (Interguest Società Consortile a r.l.), ha aggiudicato la gara in favore del costituendo RTI Edilsider Spa e Giplanet Spa.

2. Il gravame risulta affidato ai motivi di diritto appresso sintetizzati.

- *“I. Violazione e falsa applicazione dell’art. 12 del Disciplinare di gara. Violazione e falsa applicazione de gli artt. 83, comma 9 e 89 del D.Lgs. 50/2016. Violazione dei principi di imparzialità buon andamento, trasparenza e par condicio dei concorrenti. Violazione e falsa applicazione dell’art. 97 Cost. Eccesso di potere per contraddittorietà, irrazionalità manifesta e disparità di trattamento”*

Il raggruppamento aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso *de plano* dalla procedura, avendo allegato, al fine di comprovare la sussistenza, in capo alla mandante Giplanet S.p.A., del requisito di capacità tecnica di cui all’art. 6.5.2 del Disciplinare, un contratto di avvalimento, *sub species* di “*avvalimento tecnico ovvero operativo*”, nullo. Ed invero, tale contratto difetterebbe della necessaria, puntuale ed analitica indicazione, secondo quanto all’uopo previsto dall’art. 89 del Codice dei Contratti Pubblici nonché dalla *lex specialis* della procedura (art. 12) che ad esso rinvia, delle singole risorse umane e materiali in concreto messe a disposizione dalla cd. impresa ausiliaria, società BF Servizi, in favore della mandante. A fronte di tale nullità del contratto, per genericità ed indeterminatezza dell’oggetto (artt. 1418, II comma e 1346 c.c.), radicalmente ostativa alla partecipazione del raggruppamento aggiudicatario, la Commissione di gara non avrebbe potuto attivare, così come è invece avvenuto, il cd. soccorso istruttorio, così di fatto consentendo il deposito di un nuovo contratto di avvalimento, peraltro postumo rispetto alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte.

- *“II Violazione e falsa applicazione dell’art. 1 0.2 del Disciplinare di gara. Violazione e falsa applicazione del Capitolato tecnico. Violazione e falsa applicazione de gli artt. 30, 59 e 95 del D.Lgs.*

n. 50/2016. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e travisamento. Violazione della par condicio competitorum. Irragionevolezza manifesta”.

Il progetto tecnico predisposto dalle società controinteressate non rispetterebbe le prescrizioni minime indicate nel Capitolato, con conseguente difformità tra

l'offerta tecnica da questi presentata e le puntuali richieste della Stazione Appaltante, con conseguente illegittimità dell'aggiudicazione.

2. Con ricorso incidentale depositato in data 15.03.2021, la Edilsider S.p.A. e la Giplanet S.p.A., rispettivamente mandataria e mandante del costituendo raggruppamento aggiudicatario, hanno spiegato ricorso incidentale cd. escludente, affidato ad un unico articolato motivo di diritto (*“VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEL PT. 12 DEL DISCIPLINARE DI GARA. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 89 D.LGS. N. 50/2016. VIOLAZIONE DELLA PAR CONDICIO CONCORRENTIUM. ECCESSO DI POTERE PER DIFETTO DI ISTRUTTORIA, CARENZA E TRAVISAMENTO DEI PRESUPPOSTI DI FATTO E DI DIRITTO”*), teso a contestare la legittimità della partecipazione alla gara da parte della società ricorrente.

Ad avviso dell'aggiudicataria, anche la Algeco S.p.A. avrebbe dovuto essere esclusa *de plano* dalla procedura per carenza del requisito di partecipazione di cui all'art. 6.5.2 del Disciplinare (requisito di capacità tecnica e organizzativa), avendo omesso di comprovarne l'esistenza mediante la necessaria e tempestiva produzione di un regolare contratto di avvalimento con la società controllante di diritto francese ALGECO Sas (cd. avvalimento infragruppo), della quale, in sede di partecipazione, era stata prodotta una mera dichiarazione unilaterale di impegno alla messa a disposizione delle “risorse necessarie” all'esecuzione dell'appalto. Siffatta dichiarazione unilaterale, in assenza della sottoscrizione di un accordo vincolante tra le parti, non sarebbe stata idonea a dimostrare l'esistenza del requisito in questione in capo all'ausiliata la quale avrebbe dovuto essere espulsa dalla procedura, senza l'attivazione, da parte della stazione appaltante, del disposto soccorso istruttorio. Peraltro, a fronte dell'attivazione di tale rimedio, la Algeco S.p.A. avrebbe prodotto un contratto parimenti inidoneo a legittimarne la partecipazione alla procedura sia in quanto siglato in epoca

successiva alla scadenza del termine per la presentazione delle domande che in considerazione della genericità del relativo oggetto, carente dell'esatta e puntuale indicazione delle risorse umane e materiali messe a disposizione della concorrente.

3. L'amministrazione, costituitasi in giudizio, ha in particolare sostenuto la natura meramente "formale" del deficit di allegazione in cui sono incorsi entrambi i concorrenti rimasti in gara avuto riguardo alla dimostrazione del requisito di partecipazione di cui al punto 6.5.2 del disciplinare, con conseguente legittimità del disposto soccorso istruttorio, i cui esiti avrebbero comprovato la sussistenza *ab initio*, in capo a ciascuno degli operatori economici in parola, del requisito in parola. Inoltre, avuto particolare riguardo alla posizione dell'aggiudicataria, l'integrale possesso di tale requisito da parte della mandataria Edilsider S.p.A. avrebbe reso del tutto ultroneo il ricorso all'avvalimento da parte della mandante Gigaplanet S.p.A., con conseguente irrilevanza, ai fini dell'utile partecipazione alla gara da parte dell'intero raggruppamento, tanto dell'eventuale nullità del contratto allegato alla domanda di partecipazione ex art. 89 D.lgs. n. 50/2016, quanto del soccorso istruttorio all'uopo disposto dalla Commissione aggiudicatrice.

4. Nel corso del giudizio sia la ricorrente principale che quella incidentale hanno formulato istanze di accesso ex art. 116 comma II c.p.a. aventi ad oggetto, quanto alla prima, documenti di gara comprovanti il possesso dei requisiti speciali del RTI Edilsider, quanto alla seconda, copia integrale dell'offerta tecnica della Algeco S.p.a.

5. In occasione della camera di consiglio del 9 aprile 2021, tenutasi mediante collegamento da remoto, in vista della quale ciascuna delle parti ha ribadito le proprie ragioni mediante il deposito di articolate deduzioni difensive, la causa è stata trattenuta in decisione, con avvertenza di una possibile definizione della stessa in forma semplificata, ex art. 60 c.p.a.,

6. Preliminarmente, il Collegio ritiene di poter soprassedere, sostanzialmente rigettandole, dallo scrutinio delle istanze ostensive formulate dalle parti ex art. 116 II comma c.p.a., sussistendo i presupposti per la definizione di entrambi i gravami - principale ed incidentale - nei termini appresso indicati, con conseguente caducazione della procedura ad evidenza pubblica per cui è causa.

7. La definizione della presente controversia esige l'esame tanto del ricorso principale quanto del ricorso incidentale cd. escludente, viepiù in considerazione del fatto che i due operatori economici che li hanno, rispettivamente, proposti sono gli unici ad essere rimasti in gara, all'esito dell'esclusione del terzo concorrente (cfr. T.A.R. Toscana, Firenze, sez. III, 12/03/2020, n. 318; Corte di Giustizia UE, sez. X, 4 luglio 2013, C-100/12 "Fastweb"; Corte giustizia UE, Grande Sezione, 5 aprile 2016, C-689/13 "Puligienica").

8. Ciò premesso, risultano fondati tanto il ricorso principale, laddove tende a contestare la legittimità della partecipazione alla gara da parte raggruppamento aggiudicatario, quanto il ricorso incidentale cd. escludente da quest'ultimo proposto.

9. L'apprezzamento della fondatezza di entrambi i gravami passa dalla necessaria ricognizione circa la natura dell'avvalimento a cui entrambi i concorrenti hanno ritenuto di far ricorso al fine di comprovare la sussistenza del requisito di "capacità tecnica e organizzativa" di cui all'art. 6.5.2 del disciplinare di gara, secondo cui, per quanto qui di interesse:

"Il concorrente deve allegare l'elenco dettagliato delle principali prestazioni analoghe a quelle oggetto del presente affidamento, consistenti nella fornitura a noleggio o vendita di aule scolastiche prefabbricate, svolte nell'ultimo triennio antecedente la gara (novembre 2017/ottobre 2020); l'elenco dovrà contenere (prestazioni di punta) almeno:

- una fornitura di aule scolastiche prefabbricate con canone di noleggio o, in alternativa, con prezzo di vendita non inferiore ad Euro 1.600.000,00 IVA esclusa;

- o in alternativa due forniture di aule scolastiche prefabbricate con canone di noleggio o, in alternativa, con prezzo di vendita non inferiore ad Euro 860.000,00 IVA esclusa;

- o in alternativa tre forniture di aule scolastiche prefabbricate con canone di noleggio o, in alternativa, con prezzo di vendita non inferiore ad Euro 640.000,00 IVA esclusa;

[...]

Nell'ipotesi in cui concorrano alla gara, per la prestazione principale, imprese appositamente e temporaneamente raggruppate o consorzi ordinari di concorrenti ai sensi e per gli effetti degli artt. 45, comma 2, lettera d) ed e), e 48, comma 8, del D.Lgs. 50/2016, questi potranno cumulare il presente requisito, posseduto singolarmente dagli operatori economici raggruppati o consorziati, secondo quanto di seguito specificato, fermo restando che la mandataria in ogni caso deve aver eseguito:

- una fornitura di aule scolastiche prefabbricate con canone di noleggio o, in alternativa, con prezzo di vendita non inferiore ad Euro 1.600.000,00 IVA esclusa;

- o in alternativa una delle due forniture di aule scolastiche prefabbricate con canone di noleggio o, in alternativa, con prezzo di vendita non inferiore ad Euro 860.000,00 IVA esclusa;

- o in alternativa due delle tre forniture di aule scolastiche prefabbricate con canone di noleggio o, in alternativa, con prezzo di vendita non inferiore ad Euro 640.000,00 IVA esclusa”.

9.1 Tenuto conto dell'oggetto dell'appalto, consistente nella conclusione di un Accordo Quadro per la fornitura, posa in opera e noleggio di moduli prefabbricati ad uso scolastico, comprendente tutte le connesse attività accessorie e strumentali occorrenti per la loro realizzazione, piena funzionalità e messa in esercizio, nonché dell'elenco delle principali prestazioni analoghe che ciascun concorrente avrebbe dovuto dichiarare di aver svolto onde dimostrare il possesso di una “capacità tecnica e organizzativa” necessaria e sufficiente alla regolare esecuzione della commessa pubblica, è possibile affermare che l'avvalimento di cui ciascuno dei due concorrenti ha inteso giovare onde soddisfare il requisito partecipativo in questione (art. 6.5.2 del disciplinare), sia qualificabile non già in termini di avvalimento “esperienziale” – tipico della

commessa avente ad oggetto prestazioni di natura professionale altamente specialistiche, implicanti capacità non trasmissibili ad un soggetto terzo (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. II quater, 5.01.2021, n. 155) – ovvero di “*avvalimento di garanzia*” - laddove l'ausiliaria mette a disposizione dell'ausiliata la sua solidità economica e finanziaria, assicurando la stazione appaltante circa le sue capacità di far fronte agli impegni economici conseguenti al contratto d'appalto, anche in caso di inadempimento (Cons. St., Sez. III, 7 luglio 2015 n. 3390; 17 giugno 2014 n. 3057) - bensì in termini di avvalimento cd. operativo.

In tale evenienza, avendo l'avvalimento ad oggetto i requisiti di capacità tecnica e professionale, l'ausiliaria si impegna a mettere a disposizione dell'ausiliata le risorse tecnico - organizzative indispensabili per l'esecuzione del contratto di appalto (cfr. Consiglio di Stato sez. IV, 11/11/2020, n. 6932).

Tale impegno, per come di recente ribadito dalla giurisprudenza amministrativa anche di questo Tribunale, in considerazione del chiaro tenore letterale dell'art. 89 comma 1 ultimo cv D.l.gs. n. 50/2016, deve tradursi nella sottoscrizione di un accordo nel quale le parti, a pena di nullità, devono necessariamente indicare in modo preciso ed analitico le risorse umani e materiali messe a disposizione dell'ausiliata (Cons. Stato, sez. V, 30 gennaio 2019, n. 755; sez. V, 20 novembre 2018, n. 6551).

Pertanto, non può ritenersi valido ed efficace il contratto di avvalimento che si limiti ad indicare genericamente che l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti della concorrente a fornirle i propri requisiti e a mettere a sua disposizione le risorse necessarie, di cui essa è mancante, per tutta la durata dell'appalto, senza però in alcun modo precisare in che cosa tali risorse materialmente consistano (Cons. Stato, sez. V, 12 marzo 2018, n. 1543).

10. L'applicazione concreta dei sopra esposti principi consente di ritenere, in coerenza con quanto dedotto dalla ricorrente principale, che il contratto di avvalimento sottoscritto dalla mandante Giplanet S.p.A., onde comprovare il

requisito di cui all'art. 6.5.2 del disciplinare, sia nullo per indeterminatezza dell'oggetto, con conseguente necessità che il raggruppamento aggiudicatario che lo ha allegato alla relativa domanda di partecipazione venisse escluso fin da subito dalla competizione.

10.1 Giova, in proposito, precisare come, a differenza di quanto sostenuto dall'amministrazione, malgrado la mandataria Edilsider S.p.A. abbia dichiarato il possesso integrale di siffatto requisito di partecipazione, la mandante fosse, comunque, parimenti tenuta a comprovarne la sussistenza.

Ciò in doverosa applicazione di quanto in proposito previsto dal punto 6.6.1 del disciplinare, a cui la stazione appaltante si è evidentemente auto-vincolata, secondo cui “[...] ciascun operatore economico che costituisce o costituirà il raggruppamento temporaneo o il consorzio ordinario di concorrenti dovrà detenere una quota di qualificazione corrispondente almeno alla quota di esecuzione delle prestazioni?”.

Ebbene, nel caso di specie, la mandante Giplanet S.p.A. ha dichiarato una quota di esecuzione della prestazione principale oggetto di appalto pari al 25%, da ciò conseguendo la necessità, ai fini di un'utile partecipazione alla gara, di dimostrare la detenzione di una corrispondente quota di qualificazione, eventualmente anche avvalendosi delle capacità di altri soggetti, ai sensi dell'art. 89 Codice appalti.

Tuttavia, il contratto di avvalimento all'uopo sottoscritto tra la Giplanet e la BF Servizi srl, per come dedotto dalla ricorrente principale, deve ritenersi nullo per indeterminatezza dell'oggetto in quanto le parti, lungi dallo specificare le singole risorse materiali ed umane da fornire all'ausiliaria, hanno operato un generico riferimento alla messa a disposizione dei requisiti e le risorse qui di seguito trascritte:

“• *documentazione attestante lo svolgimento dei lavori indicati precedentemente, conformi ai requisiti di capacità tecnica ed organizzativa di cui al disciplinare di gara, per un importo di € 1.108.215.75;*

- *Sistema di gestione certificato secondo le norme UNI EN ISO 9001:2015,*
- *idonea direzione tecnica, se necessaria;*
- *idonee attrezzature e know-how per il regolare svolgimento dei lavori, se necessario”.*

L'impresa AUSILLATA dichiara di avere la disponibilità della restante attrezzatura tecnica necessaria per l'esecuzione dei lavori, e dell'ulteriore personale idoneo allo svolgimento delle lavorazioni oggetto dell'appalto”.

Trattasi, all'evidenza, di un contratto di avvalimento dal contenuto estremamente generico, violativo della disposizione di cui all'art. 89 ultimo c.v. Codice appalti secondo cui *“A tal fine, il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria”* e, come tale, nullo, con conseguente illegittimità tanto della partecipazione alla gara del raggruppamento aggiudicatario quanto del soccorso istruttorio conseguentemente azionato dalla stazione appaltante, al fine di consentire la *“sanatoria”* di siffatta nullità (cfr. T.A.R. Puglia Bari, sez. I, 04/03/2019, n. 315). Invero, la rilevata genericità, rendendo l'oggetto del contratto indeterminato ed indeterminabile, si traduce nella nullità radicale del contratto stesso e non in una mera irregolarità formale o documentale a cui poter porre rimedio mediante lo strumento del cd. soccorso istruttorio.

Ciò in conformità a quell'orientamento di questo Tribunale, pienamente condiviso dal Collegio, secondo cui: *“Le lacune del contratto di avvalimento, tali da determinarne la nullità, non possono essere colmate con il soccorso istruttorio, dovendo il predetto contratto, necessario per consentire al concorrente di partecipare alla gara, essere valido sin da principio, con conseguente impossibilità di apportarvi integrazioni postume. Non può, infatti, consentirsi alla Stazione appaltante, in violazione della par condicio, di supplire al requisito indispensabile della determinatezza del contratto di avvalimento mediante il cd. soccorso istruttorio, che è un istituto volto solo a chiarire e a completare dichiarazioni o documenti comunque esistenti ed efficaci e non è, quindi, applicabile quando, in sede di gara, si sia accertata la sostanziale carenza di un requisito essenziale per la partecipazione; ciò, anche*

perché l'istituto in discorso, se riferito al contenuto ed all'oggetto del contratto di avvalimento, non sarebbe più diretto a colmare unicamente una carenza degli elementi dimostrativi dell'esistenza e del possesso del requisito, ma finirebbe con l'essere strumentale alla formazione del titolo contrattuale da cui vorrebbe derivare il possesso del requisito, titolo del quale verrebbe consentita la formazione ex post e su impulso della Stazione appaltante” (così T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 15/02/2021, n. 1841; cfr. anche sez. I, 22/02/2021, n. 2113).

Del resto, la nullità - operando ovviamente *ab origine* - comporta che il concorrente sia privo del requisito di capacità oggetto di avvalimento sin dal momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara, il che ne impone l'esclusione dalla procedura medesima (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 19 giugno 2017, n. 2985; Tar Lombardia, sez. IV, 22 gennaio 2018, n. 157).

11. Risulta, altresì, fondata la censura proposta dalla controinteressata, ricorrente in via incidentale, secondo cui la società istante, avendo dichiarato in sede di partecipazione, di possedere il requisito di cui all'art. 6.5.2 del disciplinare, “*grazie all'istituto dell'avvalimento da parte di Algeco S.A.S. società di francese e socio unico di Algeco Spa*”, indipendentemente dalla natura cd. infragruppo dell'avvalimento, avrebbe dovuto, comunque, allegare idoneo contratto di avvalimento intercorrente tra le società in questione, pena l'esclusione dalla gara.

Tale contratto, infatti, non avrebbe potuto dirsi surrogato dalla mera dichiarazione unilaterale resa dall'ausiliaria, socio unico della concorrente e da quest'ultima allegata alla domanda di partecipazione, giacché indirizzata, esclusivamente, all'amministrazione e, come tale, priva di efficacia vincolate tra le parti private coinvolte nell'operazione di “*messa a disposizione*” delle risorse funzionali a garantire la corretta esecuzione della commessa pubblica (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 21 maggio 2020, n. 3209; Cons. Stato, Sez. V, 22 ottobre 2019, n. 7188).

Quanto sopra trova conforto in quel recente e condiviso orientamento giurisprudenziale, anche di questo Tribunale, formatosi a seguito dell'entrata in vigore del cd. Codici appalti, secondo cui, giacché l'art. 89 d.lgs. n. 50 del 2016 non riproduce più, per il c.d. avvalimento infragruppo, le facilitazioni probatorie previste nell'art. 49, comma 2, lettera g), dell'abrogato d.lgs. n. 163 del 2006 (per cui, in luogo del contratto di avvalimento, vi era la possibilità di presentare una dichiarazione sostitutiva attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo), anche in caso di appartenenza ad un medesimo gruppo societario, la concorrente, pena l'esclusione dalla gara, è, comunque, tenuta a produrre un contratto di avvalimento nel quale essere cristallizzati gli impegni assunti nei suoi confronti dall'ausiliaria cd. infragruppo (cfr. T.A.R. Roma, Lazio, sez. II, 15/02/2021, n. 1841; Consiglio di Stato sez. VI, 13/02/2018, n. 907; TAR Lazio, Roma, III, 9.5.2017, n. 5545).

11. In applicazione dei principi testè esposti, la Commissione aggiudicatrice, preso atto dell'intervenuto deposito di una mera dichiarazione unilaterale di messa a disposizione sottoscritta dalla società francese, socio unico della concorrente Algeco S.p.A., avrebbe dovuto *de plano* escludere quest'ultima dalla gara, senza l'attivazione del soccorso istruttorio, essendo tale rimedio volto esclusivamente a chiarire e a completare dichiarazioni o documenti comunque preesistenti alla presentazione dell'offerta e non già, come nella specie, a colmare la sostanziale carenza di un requisito essenziale per la partecipazione, comprovata dall'intervenuta sottoscrizione postuma del contratto in questione (v. Consiglio Stato, III, 4.1.2021, n. 68; C.d.S., Sez. III, 19 giugno 2017, n. 2985; Sez. V, 27 luglio 2016, n. 3396 e 28 settembre 2015, n. 4507; Consiglio di Stato, V, 30.3.2017, n. 1456; Consiglio di Stato, III, 29.1. 2016, n. 346).

12. In conclusione, il ricorso principale e quello incidentale sono fondati, in accoglimento delle preliminari ed assorbenti censure cd. escludenti sopra scrutinante. Ne consegue l'annullamento dei verbali di gara con cui tanto la

Algeco Spa quanto il costituendo raggruppamento aggiudicatario, Edilsider Spa/Giplanet Spa, sono stati ammessi alla procedura e, quindi, a cascata di tutti successivi atti di gara riguardanti siffatti concorrenti, ivi inclusa l'aggiudicazione definitiva di cui alla Determinazione Dirigenziale prot. n. 955 del 22.1.2021, con conseguente azzeramento dell'intera procedura concorsuale.

13. Le spese, avuto riguardo alla reciproca soccombenza, possono essere integralmente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, (Sezione Seconda Quater), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, accoglie tanto il ricorso principale quanto il ricorso incidentale, ai sensi e nei termini di cui in parte motiva.

Per l'effetto annulla i verbali di gara con cui tanto la Algeco Spa quanto il costituendo raggruppamento aggiudicatario, Edilsider Spa/Giplanet Spa, sono stati ammessi alla procedura e, quindi, a cascata tutti i successivi atti di gara riguardanti siffatti concorrenti, ivi inclusa l'aggiudicazione definitiva di cui alla Determinazione Dirigenziale prot. n. 955 del 22.1.2021.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 aprile 2021 con l'intervento dei magistrati:

Donatella Scala, Presidente

Mario Alberto di Nezza, Consigliere

Roberta Mazzulla, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Roberta Mazzulla

IL PRESIDENTE
Donatella Scala

IL SEGRETARIO