

Publicato il 24/12/2019

N. 14851/2019 REG.PROV.COLL.
N. 10795/2019 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 Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10795 del 2019, proposto da Studio Ega S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Tommaso Pallavicini, Federico Tedeschini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Federico Tedeschini in Roma, largo Messico 7;

contro

Ministero delle Politiche Agricole Alimentari Forestali e del Turismo, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Pomilio Blumm S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Lilli, con

domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via di Val Fiorita 90;

per l'annullamento

(con il ricorso introduttivo)

(i) della nota prot. n. 0028708 del 16/7/2019 con la quale il Ministero delle politiche agricole alimentari, forestali e del turismo ha comunicato l'intervenuta aggiudicazione in favore della Pomilio Blumm S.r.l. della gara europea sopra soglia a procedura aperta per l'affidamento del servizio di “Comunicazione, pubblicità e informazione del Programma di Rete Rurale Nazionale (RRN) 2014-2020. CIG 7801921CDF e CUP J89F19000110007”; (ii) del Decreto Direttore Generale del Ministero delle politiche agricole alimentari, forestali e del turismo n. 0028706 del 16/7/2019 recante aggiudicazione del servizio di “Comunicazione, pubblicità ed informazione del Programma di Rete Rurale Nazionale (RRN) 2014-2020. CIG 7801921CDF e CUP J89F19000110007” alla Soc. Pomilio Blumm S.r.l. per un importo di euro 2.085.050,00 al netto dell'I.V.A.; (iii) del verbale della Commissione giudicatrice n. 8 (seduta del 7/6/2019) relativo alla lettura dei punteggi offerte tecniche, apertura busta “C”, assegnazione punteggi offerte economiche, calcolo del punteggio finale e redazione graduatoria, restituzione plichi; (iv) per quanto occorrer possa e nei limiti dell'interesse della ricorrente, degli atti di gara (e segnatamente della Determina a contrarre n. 7700 del 21/2/2019, del Bando di gara, del Disciplinare di gara, del Capitolato tecnico e del Format di offerta economica) nella parte in cui non hanno previsto la doverosa indicazione nell'offerta economica dei costi della manodopera ex art. 95 c. 10 d.lgs. n. 50/2016 e se intesi nel senso che fosse ammissibile

la presentazione da parte dei concorrenti di un'offerta economica senza la doverosa esposizione dei costi della manodopera; (v) di ogni altro atto presupposto, connesso e comunque consequenziale, ancorché incognito, che incida sfavorevolmente nella sfera giuridico patrimoniale della ricorrente ivi comprese le non conosciute proposte di aggiudicazione della Commissione giudicatrice n. 9969 dell'11/6/2019 e del RUP n. 28601 del 15/7/2019, nonché, ove adottato, ogni eventuale atto e/o provvedimento di soccorso istruttorio disposto dalla commissione giudicatrice o dal RUP nei confronti dell'aggiudicataria in tema di costi della manodopera; per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato e/o stipulando con la società aggiudicataria; per la conseguente condanna della Stazione appaltante al risarcimento in forma specifica, mediante aggiudicazione dell'appalto alla ricorrente e subentro nel contratto eventualmente stipulato ovvero, in subordine, al risarcimento per equivalente dei danni subiti dalla ricorrente in conseguenza dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati.

Con il ricorso incidentale presentato da POMILIO BLUMM S.R.L. il 6\9\2019 :

del provvedimento di aggiudicazione definitiva, in favore della Pomilio Blumm srl, della gara espletata per l'affidamento del servizio di “comunicazione, pubblicità e informazione del Programma di Rete Rurale Nazionale” nonché degli ulteriori atti indicati nell'epigrafe del ricorso, per la mancata previa esclusione della ricorrente principale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della società Pomilio Blumm S.r.l. e del Ministero delle Politiche Agricole Alimentari Forestali e del Turismo;

Visto il ricorso incidentale della società Pomilio Blumm S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 dicembre 2019 il dott. Salvatore Gatto Costantino e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente prendeva parte all'appalto, indetto dall'Amministrazione resistente, per l'affidamento del servizio di "Comunicazione, pubblicità e informazione del Programma di Rete Rurale Nazionale (RRN) 2014-2020. CIG 7801921CDF e CUP J89F19000110007", classificandosi seconda dopo l'unica altra ricorrente Pomilio Blumm, che conseguiva l'aggiudicazione.

Con l'odierno ricorso introduttivo, impugna il relativo provvedimento lamentando che la controinteressata Pomilio Blumm non aveva esposto nella propria offerta economica i costi della manodopera come imperativamente richiesto dall'art. 95 c. 10 del d.lgs. n. 50/2016.

Secondo sia l'Amministrazione che la controinteressata, la natura intellettuale delle prestazioni escluderebbe ogni obbligo di indicare costi della manodopera; a tanto condurrebbe anche l'analisi della giurisprudenza che si è occupata di tale rilievo in rapporto ad altri servizi di natura intellettuale, come il brokeraggio e simili (in ordine

all'attività di brokeraggio, viene richiamata Cons. Stato VI 3857/2017; per attività di fornitura e manutenzione di software gestionale, Cons. Stato VI 2098/2017; per fornitura di prodotti multimediali e di servizi di installazione, Cons. Stato VI 1798/2015; per la fornitura di sistema software per la gestione di prestazioni clinico assistenziali richiama TAR Emilia Romagna – Bologna II, nr. 418/2016; per affidamento di servizi per Call Center, TAR Emilia Romagna – Bologna 564/2016).

La controinteressata richiama anche la sentenza della Corte di Giustizia del 2 maggio 2019 C-309/2018 a sostegno della propria tesi difensiva, evidenziando che, in subordine a quanto già dedotto, il bando e la *lex specialis* non indicavano in alcun modo la necessità di indicare gli oneri della sicurezza; pertanto, non potrebbe annullarsi l'aggiudicazione in favore della ricorrente, perché dovrebbe ammettersi il soccorso istruttorio.

La controinteressata, inoltre, con ricorso incidentale si duole (primo motivo incidentale) dell'illegittimo mantenimento in gara della ricorrente, in quanto quest'ultima partecipava al procedimento come costituendo RTI "atipico", non qualificabile né come orizzontale, né verticale, né misto. Inoltre, laddove fosse fondata la censura dedotta nel ricorso principale in ordine alla mancata indicazione degli oneri di sicurezza, anche la ricorrente dovrebbe risultare esclusa dall'appalto, non avendo essa stessa allegato tali indicazioni (secondo motivo incidentale).

In particolare, quanto al primo motivo incidentale, evidenzia la Pomilio Bluem che le imprese del costituendo raggruppamento avversario sono la Studio Ega srl (capogruppo mandataria), la Make Sense srl (mandante) e la Mediexchange srl (mandante). Con la

“dichiarazione di intenti a costituire RTT”, prodotta in sede di gara, le predette imprese, ai sensi dell’art. 48 comma 4 del Codice e del paragrafo 14.3.2 del Disciplinare, specificavano, con apposita tabella, le prestazioni, principali e secondarie, oggetto dell’appalto che ciascuna di esse assumeva e si impegnava ad eseguire in caso di aggiudicazione.

In particolare, con il predetto atto le imprese riunende, dichiaravano che:

- a) la mandante Make Sense srl eseguirà, in proprio e come impresa singola, le prestazioni principali “creatività” e “video/spot”;
- b) la mandante Mediexchange, eseguirà in proprio e come impresa singola, la prestazione principale “pianificazione spazi media”.

In questo quadro risulterebbe evidente la non riconducibilità del modulo associativo utilizzato né all’ATI orizzontale, poiché non tutte le imprese del raggruppamento eseguono la medesima prestazione; né all’ATI verticale poiché le due imprese mandanti eseguono – anche – le prestazioni principali; né, tantomeno, all’ATI di tipo misto poiché le imprese mandanti eseguono prestazioni principali *uti singulae* e non già in raggruppamento orizzontale con la mandataria.

Inoltre, nel caso di specie, la mandataria non avrebbe apportato requisiti per le prestazioni principali assunte dalle mandanti e non eseguirà codeste prestazioni, con conseguente incisione del regime delle ATI orizzontali che caratterizza anche le ATI di tipo misto in relazione all’esecuzione delle prestazioni principali.

Verrebbe altresì in rilievo una questione di mandato poiché, di fatto, le mandanti, eseguendo in proprio prestazioni principali, senza l’inevitabile coinvolgimento della mandataria, assumono

impropriamente esse stesse, in relazione alle prestazioni assunte, il ruolo di mandataria, senza tuttavia essere titolari del mandato.

Con ordinanza nr. 6097 del 16 settembre 2019 è stata respinta la domanda cautelare.

Le parti hanno scambiato memorie e documenti.

La ricorrente contesta la principale tesi difensiva della controinteressata e dell'Amministrazione, secondo cui l'oggetto dell'odierno affidamento avrebbe a riguardo servizi a natura esclusivamente (o prevalentemente) intellettuale: costituirebbe prova decisiva in tal senso il fatto che la stessa Pomilio Blumm indicava quali costi della sicurezza aziendale un importo corrispondente al 1% del valore della propria offerta economica [costo sicurezza aziendale € 20.850,50; offerta economica € 2.085.050,00]; se si trattasse effettivamente di servizi a natura intellettuale, non dovrebbero sussistere neppure costi di sicurezza aziendale.

Sussistono invece nell'oggetto dell'appalto prestazioni accessorie o "secondarie" (eventi, pubblicazione e strumenti di supporto, comunicazione tradizionale e strumenti pubblicitari, monitoraggio), quantificate nell'offerta della controinteressata per circa € 800.000,00 (su di un valore complessivo dell'offerta pari ad € 2.085.050,00), che implicano necessariamente il reperimento di personale esecutivo e dunque la correlativa sussistenza di oneri – per quanto minimi – da dichiararsi.

Anche l'offerta tecnica presentata in gara da Pomilio Blumm chiarirebbe, peraltro, che l'attività di "comunicazione on line", di gestione del sito e dei canali social sarà affidata ad un team composto da varie figure di staff che garantirà la gestione di tali strumenti fino al 30 giugno 2023; per quanto attiene, invece, ai servizi di "presidio

di media relation”, sempre l’offerta dell’aggiudicataria descrive la composizione e funzionamento del cd. “ufficio stampa” il quale verrà attivato in occasione di eventi speciali, per la diffusione dei risultati di valutazione fino ad un massimo di 45 interventi e per attività quali accredito giornalisti, gestione interviste e attività di mailing list.

Tutta questa relevantissima attività – che è estranea alla mera “ideazione” della campagna di comunicazione, pubblicità e informazione del Programma RRN – postula l’esistenza e la messa a disposizione di un’organizzazione imprenditoriale deputata all’esecuzione di attività materiali e caratterizzate dall’elevato utilizzo di manodopera.

In conclusione, secondo la ricorrente, la fattispecie all’esame dell’odierno giudizio integrerebbe un appalto caratterizzato da una serie di prestazioni che, non assumendo una quota meramente “marginale” (ossia di modico valore rispetto all’economica generale della commessa), richiedevano necessariamente l’esposizione dei costi della manodopera per le finalità previste dal disposto combinato degli artt. 95 c. 10 e 97 c. 5 lett. d) del codice.

Quanto al ricorso incidentale, la ricorrente replica che il RTI Studio EGA è stato impostato con la forma del raggruppamento di tipo orizzontale, con ripartizione delle prestazioni che riepiloga in apposita tabella, secondo la quale risulta che la “prestazione principale” viene svolta da ciascuna delle raggruppate.

Precisa che la giurisprudenza amministrativa ha più volte chiarito come l’inciso di cui all’art. 48 c. 2 del codice [“eseguono il medesimo tipo di prestazione”] non si riferisce alla prestazione concretamente svolta da ogni impresa associata, e si intende nel senso che ciascun

operatore economico dev'essere in grado, per le competenze possedute, di partecipare all'esecuzione dell'unica prestazione oggetto, che altro non può essere che quella/e oggetto del servizio da affidare (cfr. Consiglio di Stato n. 51/2018).

Gli RTI orizzontali sono invero “caratterizzati dal fatto che le imprese associate (o asociande) sono portatrici delle medesime competenze per l'esecuzione delle prestazioni costituenti oggetto dell'appalto” mentre, quelli verticali “sono connotati dalla circostanza che l'impresa mandataria apporta competenze incentrate sulla prestazione prevalente, diverse da quelle delle mandanti, le quali possono avere competenze differenziate anche tra di loro” (cfr. Consiglio di Stato n. 5772/2017).

Ne deriva che la peculiarità dello schema orizzontale si rinviene nella capacità di ciascun operatore economico – in base alle competenze possedute – di partecipare all'esecuzione di tutte le prestazioni oggetto del servizio da affidare (cfr. Consiglio di Stato n. 2641/2019).

La qualificazione di tutte le imprese partecipanti al RTI Studio EGA e la rispettiva ripartizione delle prestazioni oggetto del servizio contenuta nella dichiarazione d'intenti e nella stessa domanda di partecipazione, dimostrerebbero pacificamente la sussistenza dei requisiti necessari per una legittima formazione di tipo orizzontale.

Nel caso di specie, tutti e tre i componenti del RTI hanno dimostrato di possedere idonei requisiti per costituirsi in raggruppamento di tipo orizzontale.

Al riguardo, il disciplinare di gara (cfr. pag. 109) prevedeva che:

- il requisito relativo all'iscrizione CCIAA deve essere posseduto da ciascuna delle imprese raggruppate/raggruppande;

- il requisito relativo al fatturato globale di cui al punto 7.2 deve essere soddisfatto dal raggruppamento temporaneo nel complesso; detto requisito deve essere posseduto in misura maggioritaria dall'impresa mandataria;
- il requisito relativo all'esecuzione di servizi analoghi di cui alla lettera c) del punto 7.3 deve essere soddisfatto dal raggruppamento nel complesso; detto requisito deve essere posseduto in misura maggioritaria dall'impresa mandataria e comunque ciascuna delle imprese deve concorrere al conseguimento del requisito;
- i requisiti di cui alle lettere c1) e c2) del punto 7.3 devono essere posseduti almeno dalla mandataria.

Come viene esposto nella tabella appositamente riportata in memoria, il RTI Studio EGA dichiarava (cfr. DGUE depositati in atti) di possedere requisiti idonei per assumere la forma di raggruppamento orizzontale.

In ordine al ricorso incidentale, anche l'Avvocatura deduce similari eccezioni difensive, previo richiamo dei contenuti del disciplinare.

Più precisamente, evidenzia l'Avvocatura che all'art. 5 del disciplinare sono indicate le "specifiche del servizio" di comunicazione dettagliando le caratteristiche ("azioni") minime del progetto e nell'art. 6 sono indicate le specifiche relative al servizio di "monitoraggio". Il disciplinare di gara individua come servizio principale il "servizio di comunicazione" e come servizi di natura secondaria i servizi di monitoraggio e quello relativo agli eventi e materiale informativo, promozionale e gadget.

I requisiti di capacità tecnica e professionale sono indicati al punto 7.3. del disciplinare, che prevede che il concorrente abbia eseguito servizi analoghi, nell'ambito dei quali abbia svolto: almeno una

“campagna di comunicazione” comprendente almeno due delle seguenti attività: comunicazione on line, presidio di media relation, spot, pianificazione spazi media, eventi (lett. c.1) del punto 7.3); nonché almeno una “campagna di pubblica utilità” (lett. c.2) del punto 7.3). Il successivo punto 7.4. stabilisce come deve essere comprovato, nel caso di partecipazione in regime di RTI, il possesso del requisito relativo “all’esecuzione di servizi analoghi”, prevedendo che il requisito deve essere soddisfatto dal RTI nel suo complesso. Detto requisito deve essere posseduto in misura maggioritaria dall’impresa mandataria e, comunque, ciascuna delle imprese deve concorrere al conseguimento del requisito. Nell’ipotesi di raggruppamento temporaneo verticale, l’esecuzione di servizi dovrà essere dimostrato dalla mandataria e dalle mandanti esecutrici proporzionalmente alle quote di esecuzione. Nel raggruppamento misto si applica la regola del raggruppamento verticale e, per le singole prestazioni (principale e secondaria) che sono eseguite in raggruppamento di tipo orizzontale, si applica la regola prevista per quest’ultimo. Nei raggruppamenti temporanei la mandataria deve, in ogni caso, possedere i requisiti ed seguire le prestazioni in misura maggioritaria ai sensi dell’art. 83, comma 8 del Codice. I requisiti di cui alle lettere c1) e c2) del punto 7.3 devono essere posseduti almeno dalla mandataria.

A tale riguardo, il disciplinare di gara (che non è oggetto d’impugnazione) stabilisce (cfr. punti 7.3. e 7.4.) che i requisiti di capacità tecnica e professionale richiesti (in termini di fatturato ed elenco servizi analoghi) devono essere soddisfatti dal raggruppamento nel suo complesso e che la mandataria deve

mostrare il possesso dei requisiti di cui alle lett. c.1 e c.2 del punto 7.3 e non vi sono contestazioni al riguardo.

Quindi, il disciplinare non prevede alcuna altra specifica correlazione tra taluni requisiti di partecipazione e talune attività dedotte in appalto e non impone una specifica quota percentuale di requisiti in capo alle mandanti e/o alla mandataria.

Nel caso di specie la mandataria assume il 47% dell'esecuzione dell'appalto, la mandante Make Sense S.r.l. il 28% e la mandante Media Exchange S.r.l. il restante 25%.

Il raggruppamento è, quindi, di tipo orizzontale e nella specie non vi sono preclusioni (peraltro lo stesso ricorrente non ne deduce) alla costituzione di un raggruppamento orizzontale e/o specifiche indicazioni di corrispondenza tra talune quote di partecipazione e talune quote di esecuzione.

Inoltre, la tesi secondo cui tutte le attività afferenti al servizio di comunicazione dovrebbero essere svolte necessariamente dalla mandataria è priva di ogni fondamento, così come appare non confortata da alcuna previsione della disciplina di gara. L'affermazione secondo cui le varie attività che vanno a comporre il servizio di comunicazione dovrebbero essere tutte svolte da ciascun componente dell'ATI in misura corrispondente alla quota di partecipazione al RTI.

Secondo l'Avvocatura, la ricorrente incidentale applicherebbe alla fattispecie odierna il regime relativo al settore dei lavori pubblici nel quale, di regola, sulla base del regime delle attestazioni SOA, esiste una necessaria correlazione tra il possesso di una specifica attestazione SOA per una determinata categoria di lavori e l'esecuzione in concreto di tale lavorazione. Ma, nel settore degli

appalti di lavori pubblici ex art. 92 DPR 207/2010 (con il temperamento apportato dalla possibilità, a certe condizioni, di “cooptazione” in RTI di imprese prive delle qualificazioni richieste dal bando e che quindi possono svolgere anche lavorazioni per le quali non possiedono qualificazione) sussiste le necessaria corrispondenza tra qualificazioni SOA possedute e lavorazioni assunte in concreto e tale obbligo di corrispondenza, in ragione del particolare regime di qualificazione basato sulla tipologia dei lavori (e relativo importo) che un determinato soggetto è ammesso ad eseguire. Invece, nell’odierna fattispecie, il disciplinare per il raggruppamento orizzontale non pone alcuno specifico rapporto di corrispondenza tra quote di “qualificazione” e quote di “esecuzione” ed in nessun modo impone che talune prestazioni/attività afferenti al servizio principale debbano essere necessariamente svolte dalla mandataria e/o da tutte le componenti del RTI in misura proporzionale alla quota di partecipazione al RTI; la disciplina di gara richiedeva il possesso del requisito del fatturato e dei servizi analoghi in capo al raggruppamento nel suo complesso e nell’ambito dei servizi analoghi richiedeva che la mandataria avesse svolto: almeno una “campagna di comunicazione” comprendente almeno due delle seguenti attività: comunicazione on line, presidio di media relation, spot, pianificazione spazi media, eventi (lett. c.1) del punto 7.3); nonché almeno una “campagna di pubblica utilità” (lett. c.2) del punto 7.3). Tutti e tre i componenti del RTI hanno concorso alla dimostrazione del possesso del requisito di fatturato analogo e dei servizi analoghi. Come richiesto dal disciplinare di gara poi, la mandataria ha mostrato di aver svolto almeno una “campagna di

comunicazione” comprendente almeno due delle attività richieste nel disciplinare, nonché almeno una “campagna di pubblica utilità”.

Ai fini della partecipazione alla gara sono state indicate le parti dei servizi principali e secondarie, che ciascun concorrente avrebbe svolto, così come richiesto dal disciplinare di gara e dal D.lgs. n. 50/2016. Di conseguenza, non sussisteva alcuna ragione per escludere il concorrente.

Nelle more del giudizio è stato sottoscritto il contratto di appalto tra l'Amministrazione e la controinteressata (deposito del 12 novembre 2019).

Le parti hanno ulteriormente replicato e scambiato memorie, precisando le rispettive domande ed eccezioni difensive.

Nella pubblica udienza del 3 dicembre 2019 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Nell'odierno giudizio, le parti controvertono in ordine alla legittimità degli atti della gara cui hanno entrambe preso parte, che sarebbero illegittimi – secondo la ricorrente – nella parte in cui non è stata esclusa la controinteressata per mancata indicazione degli oneri della sicurezza e – secondo la controinteressata ricorrente incidentale – nella parte in cui non è stata esclusa la ricorrente principale per aver partecipato in forma di RTI atipico.

Saranno esaminati, nell'ordine di proposizione, sia il ricorso che il ricorso incidentale (Corte di Giustizia UE, X, 5 settembre 2019, nr. 333).

I) Sul ricorso introduttivo

In ordine al ricorso introduttivo, rileva il Collegio che non è plausibile la tesi dell'Amministrazione resistente e della

controinteressata, secondo le quali nel caso di specie si verterebbe in ordine ad un appalto relativo a servizi “prevalentemente” intellettuali (per i quali non trova applicazione l’obbligatoria indicazione degli oneri di sicurezza, art. 95 dlgs 50/2017, come modificato dal dlgs 56/2017).

Invero, l’articolazione delle prestazioni oggetto dell’appalto include attività materiali e di tipo esecutivo – ampiamente evidenziate dalla difesa della ricorrente come specificato in premessa narrativa – che presuppongono la necessità di adottare le prescritte misure di sicurezza con conseguenziale obbligo di dichiarare i relativi oneri in sede di offerta.

In particolare, va condivisa la deduzione della parte ricorrente secondo cui le prestazioni di cui si discute, previste nell’offerta della controinteressata per un importo di circa € 800.000,00 (su di un valore complessivo dell’offerta pari ad € 2.085.050,00) implicano necessariamente il reperimento di personale esecutivo e dunque la correlativa sussistenza di oneri da dichiararsi.

Avendo riguardo al rapporto tra le due tipologie di prestazioni ed al loro controvalore economico, non può riconoscersi a quelle aventi ad oggetto attività materiali un ruolo di minima rilevanza rispetto a quelle aventi natura intellettuale, atteso altresì che le entrambe concorrono alla composizione dell’offerta in maniera essenziale.

L’aggiudicazione impugnata risulta dunque viziata per le censure dedotte, ma il relativo gravame può essere accolto ai soli fini della ripetizione della gara per l’applicazione del soccorso istruttorio.

Sul punto, va dato atto – come deduce la ricorrente principale – che, nel vigore dell’odierno codice appalti di cui al dlgs 50/2016, l’omessa indicazione degli oneri aziendali non può consentire di sanare

l'offerta, rappresentandone un elemento essenziale (Consiglio di Stato , sez. V , 16/08/2019 , n. 5726 ed Adunanza Plenaria n. 19/2016) e ciò in forza di una previsione normativa esplicita, costituita dal combinato disposto di cui agli artt. 95, comma 10 ed 83, comma 9 del codice.

Tuttavia, nello specifico caso all'esame del Collegio, non può non rilevarsi che né il bando, né il disciplinare, evidenziavano in alcun modo la necessità di indicare gli oneri di cui si discute, evidentemente nella ritenuta convinzione degli uffici circa la natura esimente dell'oggetto dell'appalto rispetto a tale obbligo; convincimento erroneo che, però, in quanto univocamente espresso e rappresentato negli atti di indizione della gara, è tale da rendere oggettivamente giustificabile la formulazione di un'offerta di gara priva dell'indicazione degli oneri ai sensi dell'art. 95, comma 10 del codice.

Ne deriva che non si verte in un caso nel quale si predica la sussistenza di un dubbio "normativo" sulle modalità della formulazione dell'offerta in quanto tale (come accadeva nelle fattispecie prese in esame dalla giurisprudenza nel quadro normativo antevigente), bensì in una fattispecie nella quale il dubbio è stato ingenerato dalla S.A. sulla natura stessa dell'appalto.

Per questa ragione, non possono che trovare applicazione i principi di *"trasparenza e di proporzionalità"* che *"offrono all'amministrazione la possibilità di far sanare alle imprese la situazione e "di ottemperare agli obblighi previsti dalla legislazione nazionale in materia entro un termine stabilito dalla stessa amministrazione"* come affermato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia (Corte giustizia UE , sez. IX , 02/05/2019 , n.

309), che condivisibilmente la controinteressata invoca a proprio favore.

Pertanto, deve affermarsi che, quando la mancata indicazione separata nell'offerta degli oneri della sicurezza dipende dalla erronea qualificazione della natura dell'appalto da parte della S.A. nella *lex specialis* che induca ragionevolmente la concorrente a confidare nella natura solo o prevalentemente intellettuale del servizio, i principi di trasparenza e di proporzionalità dell'Unione, consentono il ricorso al soccorso istruttorio.

Pertanto, il ricorso può essere accolto ai soli fini della riedizione del procedimento, nell'ambito della quale spetterà alla S.A. verificare se l'offerta come formulata tiene comunque conto degli oneri di sicurezza riferibili alle attività esecutive prospettate e se dette previsioni risultino congrue; entro un termine da fissarsi alla concorrente e con salvezza di ogni successivo e conseguente provvedimento.

II) *Sul ricorso incidentale.*

In ordine al ricorso incidentale, è fondato il primo e principale motivo di gravame, formulato in ordine alla irregolare composizione del RTI ricorrente che, a differenza di quanto la ricorrente principale ha dichiarato in gara e confermato in sede di giudizio, non potrebbe qualificarsi come "RTI orizzontale".

A tale proposito, giova premettere che, secondo la giurisprudenza, *"ai sensi dell'art. 48, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016, è propria del raggruppamento orizzontale l'esecuzione, da parte degli operatori economici, del "medesimo tipo di prestazione", alla quale il successivo comma 5 abbina la responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante; la distinzione tra raggruppamenti verticali e orizzontali discende dalle concrete e specifiche*

attribuzioni demandate alle singole imprese associate ai fini dell'esecuzione dell'appalto. E' il fatto che mandante e mandatario eseguono il medesimo tipo di prestazione a connotare l'ATI come orizzontale, stando alla interpretazione letterale del menzionato comma 2 dell'art. 48" (TAR Firenze, III, 26/07/2018, n.1099; si veda anche Consiglio di Stato sez. V, 01/08/2015, n.3769).

II *bis*) In base al disciplinare di gara, vero è che le prestazioni oggetto dell'appalto sono distinte tra "principali" e "secondarie"; ma è parimenti vero che ciascuna delle due tipologie è, a sua volta, suddivisa in più azioni e, precisamente, le principali in "Comunicazione on line", "Presidio di media relation", "Creatività", "Video/spot", "Pianificazione spazi media"; le secondarie in "Servizio di eventi", "Pubblicazione e strumenti di supporto", "Progetti speciali", "Servizio di monitoraggio".

E' bene precisare che mentre tali azioni nel bando sono meramente riportate in calce alla indicazione delle due tipologie di prestazioni principali e secondarie, nel Capitolato tecnico risultano invece puntualmente ed analiticamente descritte, definendole in termini talmente ampi da doverle ritenere delle vere e proprie "prestazioni" in quanto tali (art. 5 e ss.).

Non è quindi possibile prospettare – come deduce soprattutto l'Avvocatura – le diverse "azioni" come mere "quote" interne di una obbligazione unitaria, corrispondenti ad altrettanti impegni delle concorrenti a natura collaborativa, distinguibili solo su di un piano quantitativo; ragione per la quale non si rivelano persuasivi nè l'argomento difensivo dell'Avvocatura secondo il quale la ricorrente incidentale applicherebbe all'appalto di servizi regole proprie dell'appalto di lavori; né quello secondo il quale la doglianza sarebbe

infondata perché il bando non prescrive che le diverse azioni debbano essere eseguite – nel caso di RTI orizzontali – sia dalla mandante che dalla mandataria.

Invero, quest'ultima condizione non è richiesto che sia fissata dal bando, essendo pertinente alla natura stessa del RTI orizzontale, nel quale il vincolo di solidarietà tra le diverse imprese (che, non a caso, si richiede possiedano tutte i requisiti necessari, come richiesti nel bando) costituisce una specifica garanzia per la S.A. e quindi postula che l'assunzione dell'obbligazione (di eseguire le prestazioni oggetto di gara) sia riferibile a tutte le concorrenti riunite.

II *ter*) Invece, nel caso di specie, delle imprese costituenti il RTI ricorrente, la mandataria Studio EGA assumeva (quanto alle prestazioni principali) le prime due attività (Comunicazione on line e Presidio di media relation); e tutte le prestazioni secondarie. La mandante Make Sense assumeva (quanto alle prestazioni principali) la prima, la terza e la quarta prestazione (Comunicazione on line, Creatività, Video/spot) e (quanto alle secondarie) la sola ultima (Servizio di monitoraggio). La mandante Media Exchange assumeva (quanto alle prestazioni principali) la sola "Pianificazione spazi media" e (quanto alle prestazioni secondarie) la sola "Progetti speciali".

Ne deriva che solo una delle "prestazioni principali" risulta assunta al contempo da due delle tre imprese riunite (ovvero "Comunicazione on line" che assumono sia Studio EGA, che Make Sense); mentre le altre (ovvero "Presidio di media relation", "Creatività", "Video/spot", "Pianificazione spazi media") sono assunte ciascuna non già da (almeno) una mandante e la mandataria, ma solo da una

impresa (la capogruppo per la prima delle prestazioni, una mandataria per ciascuna delle altre).

Vero è che, secondo l'art. 48 comma 2 del codice degli appalti, il requisito tipico del RTI orizzontale è che le imprese assumano l'esecuzione del "medesimo tipo di prestazione", dovendosi precisare a quali "parti" di essa si impegnano; ed è altrettanto vero quanto affermato dalla ricorrente circa il fatto che secondo la giurisprudenza amministrativa l'inciso di cui all'art. 48 c. 2 del codice ["eseguono il medesimo tipo di prestazione"] non si riferisce alla prestazione concretamente svolta da ogni impresa associata, e vada invece inteso nel senso che ciascun operatore economico dev'essere in grado, per le competenze possedute, di partecipare all'esecuzione dell'unica prestazione oggetto, che altro non può essere che quella/e oggetto del servizio da affidare (cfr. Consiglio di Stato n. 51/2018).

Tuttavia, nella fattispecie concreta, le mandanti e la capogruppo non si sono impegnate ad eseguire tutte insieme la "medesima prestazione", sia pure per quote o per parti omogenee (e solo quantitativamente suddivise), perché si è in presenza di una "prestazione" principale complessa, composta da un insieme di prestazioni principali e di prestazioni secondarie, derivanti dalla descrizione nel Capitolato di più tipologie di servizi autonomamente definite, che le concorrenti hanno assunto ciascuna a proprio carico per solo alcune tra esse, assumendosene la responsabilità esecutiva come impresa singola, senza vincolo di solidarietà formalmente espresso e costituito.

Il *quater*) A tale conclusione conduce l'analisi dei documenti depositati, con particolare riguardo alla "domanda di partecipazione" ed alla "dichiarazione di intenti a costituire RTI"; in entrambi i

documenti è indicata la ripartizione delle prestazioni principali per ciascuna delle imprese concorrenti, sia pure con indicazione delle percentuali complessive rispetto al valore dell'intero appalto, ma – specie quanto alla seconda dichiarazione – senza nessun impegno alla prestazione di tutte le attività previste come principali (o secondarie) che dunque ciascuna impresa prospetta come da assumere in proprio.

Il modulo organizzativo del RTI che ne deriva implica che l'offerta così come formulata vincola non già tutte le imprese cooperanti in maniera solidale alla realizzazione dell'intera prestazione principale (ancorchè articolata), bensì (soltanto) le singole imprese in rapporto a ciascuna delle prestazioni assunte a carico, con conseguente frazionamento delle posizioni delle imprese medesime e frustrazione della garanzia che la solidarietà del vincolo di un RTI orizzontale avrebbe dovuto costituire per la S.A. ai sensi del comma 5 dell'art. 48 del codice appalti di cui al dlgs 50/2017.

Del resto, se si ammettesse la possibilità di un raggruppamento orizzontale con assunzione di responsabilità di singole imprese legate a prestazioni specifiche, verrebbe meno la distinzione con il raggruppamento verticale, caratterizzato dalla disomogeneità e differenziazione delle capacità e dei requisiti posseduti dai componenti del raggruppamento medesimo, portatori – nel caso di ATI verticali – di competenze distinte e differenti (che vengono riunite ai fini della qualificazione per una determinata gara; conf. Cons. Stato, ad. plen., 13 giugno 2012, n. 22; conf. anche Cons. Stato, sez. III, 24 maggio 2017 n. 2452; 8 ottobre 2018 n. 5765; Consiglio di Stato sez. III, 21/01/2019, n.519).

II *quinquies*) Ne deriva che è altresì corretta la censura di parte ricorrente incidentale secondo la quale, nell'assunzione delle prestazioni come "impresa singola" le partecipanti al RTI assolvono allo stesso tempo al ruolo di mandanti (per le prestazioni assunte dalla capo gruppo) e di mandatarie (per le prestazioni assunte in proprio, in ordine alle quali è la capogruppo, di fatto, a risultare mandante).

Il ricorso incidentale è pertanto fondato e merita accoglimento.

III) *Sull'esito del giudizio e sulla sorte del contratto.*

Per le ragioni sin qui esposte, essendo fondato sia il ricorso (nei limiti già indicati), che il ricorso incidentale, l'aggiudicazione della gara va annullata per mancata esclusione della ricorrente principale e per mancato esperimento del soccorso istruttorio nei confronti dell'offerta della controinteressata; il procedimento di gara dunque dovrà essere ripetuto a tali fini, con ogni provvedimento conseguenziale della S.A.

Quanto alla sorte del contratto *medio tempore* stipulato, da stabilirsi ex art. 122 c.p.a., deve tenersi conto:

- della circostanza che non risulta essere iniziata l'esecuzione del contratto;
- dell'assetto di interessi conseguente all'annullamento dell'aggiudicazione, che, essendo esclusa dalla gara la odierna ricorrente Studio Ega srl, comporta soltanto la riedizione del procedimento di gara ai fini dell'applicazione del soccorso istruttorio della concorrente Pomilio Blumm srl, che è parte del contratto già stipulato;
- della conseguente rilevante possibilità che la Pomilio Blumm srl, ricorrente incidentale, consegua di nuovo l'aggiudicazione della gara;

- degli interessi delle parti, con particolare riguardo all'interesse dell'Amministrazione a mantenere l'impegno dei fondi a finanziamento dell'iniziativa e consentire la più utile pubblicizzazione e conoscenza del Programma di Rete Rurale Nazionale (interesse già valutato in sede cautelare).

Si tratta di un complesso di circostanze che caratterizza l'assetto di interessi derivante dall'accoglimento della domanda (principale ed incidentale) di annullamento dell'aggiudicazione in senso assai peculiare, che consiglierebbe, secondo elementari criteri di ragionevolezza, di mantenere in essere l'efficacia del contratto per il tempo necessario a consentire il rifacimento della gara senza pregiudizio dell'utile impiego dei fondi di finanziamento soggetti a scadenza e senza neppure pregiudicare l'effetto utile dell'iniziativa pubblica di comunicazione, strumentale, a sua volta, alla migliore realizzazione del Programma rurale.

A questo proposito, rileva il Collegio che la regolazione della decorrenza dell'inefficacia del contratto può essere decisa dal giudice con effetti costitutivi dell'assetto di interessi, ulteriori e non meramente dipendenti dall'annullamento, ai sensi del richiamato art. 122 c.p.a.

A stretto rigore, la disposizione citata demanda al giudice la regolazione degli effetti dell'inefficacia del contratto, salvo che dall'annullamento dell'aggiudicazione derivi la ripetizione della gara; tuttavia, essa va coordinata con l'art. 34 del c.p.a. che consente di adottare le misure necessarie a tutelare le situazioni giuridiche dedotte in giudizio e che, attesa la sua valenza generale ed atipica, non c'è ragione di escludere dal rito appalti, risolvendosi essa in uno strumento di effettività di tutela che si affianca armonicamente alla

statuizione prevista dall'art. 122 (che, a ben vedere, ne integra una ipotesi applicativa tipica) la cui natura costitutiva ne risulta così ampliata.

Pertanto, in base al combinato disposto di cui agli artt. 34 e 122 c.p.a. deve ritenersi consentito al giudice, in caso di accoglimento del ricorso avverso l'aggiudicazione di un appalto, di regolare la decorrenza della inefficacia del contratto medio tempore stipulato coordinandola con l'esito della ripetizione della gara, quando gli interessi dedotti in giudizio, come nel caso di specie, lo richiedano.

Sulla base di tali presupposti, l'inefficacia del contratto di appalto stipulato tra le parti va dichiarata con effetto dall'esito della ripetizione del procedimento di gara, e comunque entro e non oltre il sessantesimo giorno dalla comunicazione della presente sentenza, con salvezza delle prestazioni che risulteranno *medio tempore* già eseguite a quella data.

Entro tale termine, dovrà essere adottato ogni provvedimento di competenza dell'Amministrazione, incluso sia il rifacimento del procedimento di gara (al quale seguirà, in caso di nuova aggiudicazione in favore della concorrente Pomilio Blumm srl, il rinnovo del negozio, con ogni opportuna statuizione circa le prestazioni che risulteranno a quella data già eseguite) sia eventuali determinazioni di autotutela di qualsiasi genere; in caso di mancata aggiudicazione o di qualunque altro provvedimento entro il termine anzidetto di sessanta giorni dalla comunicazione della presente sentenza, il contratto diverrà definitivamente inefficace, con salvezza delle prestazioni che risulteranno rese nel frattempo.

Sussistono evidenti ragioni per disporre la piena compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Ter), definitivamente pronunciando, accoglie tanto il ricorso principale quanto quello incidentale nei sensi e limiti di cui in parte motiva.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 dicembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Pietro Morabito, Presidente

Fabio Mattei, Consigliere

Salvatore Gatto Costantino, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Salvatore Gatto Costantino

IL PRESIDENTE
Pietro Morabito

IL SEGRETARIO