

Publicato il 11/10/2022

N. 08687/2022REG.PROV.COLL.
N. 01194/2022 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 numero di registro generale 1194 del 2022, proposto da Scalo Fluviale Societa' Cooperativa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Ermes Coffrini, Massimo Colarizi e Marcello Coffrini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Massimo Colarizi in Roma, via Giovanni Antonelli n. 49;

contro

ACTV S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Mario Barioli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Lorenzo Anelli in Roma, piazza dell'Orologio n. 7;

nei confronti

Waterways di Penzo Alessandro quale capogruppo mandataria costituendo R.T.I., Transport Lines di Fontolan Gabriele e C. S.n.c. quale mandante R.T.I., Trasporti Chiaranda S.n.c. di Vania Chiaranda & C. quale mandante R.T.I., non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima) n. 00059/2022, resa tra le parti, concernente a) quanto al ricorso introduttivo e ai motivi aggiunti, depositati il 2 aprile 2021, l' annullamento:

- del provvedimento di ACTV S.p.A. di aggiudicazione del 19 gennaio 2021, relativo alla "*procedura negoziata senza previa indizione di gara ai sensi dell'art. 1 comma 2 lett. b) del decreto legge n. 76 del 2020 in modalità telematica nei settori speciali per l'affidamento del servizio di sostituzione, ormeggio disormeggio pontoni e passerelle del servizio TPL, di navigazione delle aziende del gruppo AVM SPA, nelle forme dell'accordo quadro così come definito dall'art. 54 del D. Lgs n. 50 del 2016 - CIG 84534908AO*";

- degli atti presupposti a cominciare dalla decisione, di cui non si conoscono ancora le motivazioni, di invitare il 12 novembre 2020 il raggruppamento costituendo controinteressato a presentare l'offerta;

- degli atti conseguentemente assunti, tanto con riferimento alla ammissione alla procedura della offerta del detto raggruppamento controinteressato, quanto alla assegnazione dei punteggi alla sua offerta;

b) ogni conseguente decisione riferita alla dichiarazione di inefficacia del contratto di appalto, se nel frattempo sottoscritto, nonché il risarcimento del danno, in primis, in forma specifica, con subentro nella aggiudicazione.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di ACTV S.p.A.;

Viste le memorie delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 luglio 2022 il Cons. Annamaria Fasano e viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La società ACTV S.p.A., facente parte della Holding AVM S.p.A, società di trasporto pubblico locale della città di Venezia, affidava, tramite la sottoscrizione di un accordo quadro di durata biennale, previo esperimento di una *”indagine di mercato per la ricerca di operatori economici interessati”*, il servizio di *“sostituzione, ormeggio, disormeggio pontoni e passerelle del servizio TPL di navigazione delle aziende del gruppo AVM S.p.A.”*.

A tale scopo, la stazione appaltante pubblicava, in data 30 settembre 2020, nel portale fornitori del Gruppo AVM, un *“avviso pubblico”*, al quale rispondevano sei operatori economici interessati allo svolgimento del servizio. Al punto 2 dell’avviso veniva precisato che *“la successiva eventuale procedura di affidamento avrà ad oggetto il servizio di sostituzione, ormeggio, disormeggio pontoni e passerelle del servizio TPC di navigazione, situati all’interno della laguna di Venezia”*, per la durata di 24 mesi naturali e consecutivi ed un ammontare a base di gara pari ad euro 285.060, 13, di cui euro 1.675,80, per oneri per la sicurezza non soggetti a ribasso.

All’esito della procedura, l’appalto veniva affidato al costituendo raggruppamento di imprese tra Waterways di Penzo Alessandro (capogruppo mandataria) e Transport Lines di Fontolan Gabriele & C. s.n.c. nonché Trasporti Chiaranda s.n.c. di Vania Chiaranda & C. (mandanti).

2. Scalo Fluviale Società Cooperativa, graduandosi in seconda posizione, impugnava l’aggiudicazione dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, lamentando che, nella fase preliminare di manifestazione di interesse, il costituendo R.T.I. annoverava tra le altre, quale mandante, CO.GE.FO. s.r.l. e che tale società non figurava nella composizione definitiva del raggruppamento aggiudicatario. La ricorrente ravvisava, pertanto, una indebita modificazione del raggruppamento temporaneo di imprese, divenuto affidatario del servizio, con la conseguenza che per tale ragione andava escluso dalla procedura.

Denunciava, inoltre, violazioni procedurali quali, *inter alia*, la mancata allegazione del DGUE da parte di ciascuna delle imprese partecipanti al

raggruppamento, e l'erronea attribuzione dei punteggi tecnici all'offerta della controinteressata, anche con riguardo alle caratteristiche tecniche delle imbarcazioni, in ragione della loro non conformità rispetto a quanto prescritto negli atti gara.

La ricorrente proponeva, altresì, domanda di accesso agli atti di gara formulata ai sensi dell'art. 116 c.p.a., finalizzata alla necessità di identificare le imbarcazioni utilizzate.

3. Il Tribunale adito accoglieva l'istanza con ordinanza collegiale n. 330 del 2021, con cui veniva ordinato alla stazione appaltante di esibire la documentazione richiesta.

4. Con ricorso per motivi aggiunti, Scalo Fluviale Società Cooperativa denunciava che il tempo indicato per il pronto intervento del R.T.I. aggiudicatario, pari a 30 minuti, era irrealistico ed inconciliabile con le caratteristiche dei natanti impiegati nel servizio e con i limiti di velocità previsti per la navigazione delle acque della Laguna Veneta. Contestava la modalità di attribuzione dei punteggi, che risultavano determinati sulla base di una elaborazione matematica non intellegibile, e denunciava l'erronea assegnazione del punteggio riferito al criterio B1, avente ad oggetto la valutazione della *“disponibilità e adeguatezza dei mezzi che il concorrente intende utilizzare”*, dal momento che alcune delle imbarcazioni indicate dall'aggiudicataria erano prive dei requisiti richiesti dalla *lex specialis* per l'esecuzione del servizio.

5. Il Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, con sentenza n. 59/2022, respingeva il ricorso, ritenendo che il principio di immutabilità soggettiva della composizione dei raggruppamenti temporanei potesse avere rilievo soltanto dopo la presentazione dell'offerta e non nelle fasi di gara a questa precedente, dichiarando, altresì, irricevibile il ricorso per motivi aggiunti perché tardivamente proposto.

6. Con atto di appello, notificato nei termini e nelle forme di rito, Scalo Fluviale Società Cooperativa ha impugnato la suindicata pronuncia,

chiedendone l'integrale riforma, denunciando: “a) *Violazione e/o erronea applicazione della lex specialis (avviso pubblico di indagine di mercato), violazione e/o erronea applicazione delle norme e principi riguardanti i raggruppamenti temporanei di imprese con particolare riferimento alle ipotesi in cui sono ammesse modifiche soggettive della loro composizione – travisamento – illogicità; b) Violazione e/o erronea applicazione delle norme e principi in tema di tempestività riferita alla proposizione dei ricorsi. Illogicità – Travisamento – Contraddittorietà evidente con l'ordinanza che ha disposto l'accesso richiesto; c) Violazione e/o erronea applicazione delle norme e principi in tema di aggiudicazione degli appalti pubblici anche con riferimento alle modalità seguite per attribuire i punteggi alle offerte tecniche come stabilite dal disciplinare di gara. Illogicità – travisamento – difetto di istruttoria e congrua motivazione – falso supposto violazione e/o erronea applicazione del disciplinare di gara con riguardo al criterio di valutazione B – violazione e/o erronea applicazione del punto 6 dell'avviso pubblico di indagine di mercato.*”

6.1. ACTV S.p.A. si è costituita in resistenza, chiedendo il rigetto dell'appello e la conferma della sentenza impugnata.

6.2. Le parti, con successive memorie, hanno articolato in maniera più approfondita le proprie difese.

6.3. Con ordinanza n. 1270/2022, questa Sezione, prendendo atto della rinuncia all'istanza cautelare formulata da parte appellante, ha dichiarato l'improcedibilità l'appello cautelare.

7. All'udienza pubblica del 14 luglio 2022, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

8. Con il primo motivo, l'appellante ripropone le critiche sollevate con il primo motivo del ricorso originario, lamentando che, tra la manifestazione di interesse presentata dal costituendo R.T.I. con capogruppo Waterways di Alessandro Penzo e la presentazione dell'offerta, sia stata presentata ad ACTV S.p.A. un'altra manifestazione di interesse da parte della Waterways di Alessandro Penzo, quale capogruppo di un diverso R.T.I.. La società

aggiudicataria avrebbe partecipato alla procedura concorsuale, e in particolare alla fase di manifestazione di interesse, con la denominazione “Laguna 4”, e l’indicazione della società CO.GE.FO. s.r.l. nella compagine del raggruppamento temporaneo, mentre negli atti successivi (nella fase di presentazione dell’offerta) tale impresa sarebbe stata eliminata dal costituendo R.T.I. ed il raggruppamento “Laguna 4” sarebbe divenuto “Laguna 3” con diversa composizione soggettiva. Secondo l’esponente, l’avviso di indagine di mercato dovrebbe essere considerato equiparabile ad un bando di gara, anche per quanto riguarda le regole di immodificabilità della composizione dei raggruppamenti temporanei, secondo il dettato dell’art. 48, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016.

Scalo Fluviale Società Cooperativa censura, pertanto, la sentenza impugnata nella parte in cui, nel respingere le critiche proposte con ricorso, afferma che *“la perdurante assenza di una norma positiva che precluda la modificazione della composizione dei raggruppamenti temporanei prima della presentazione dell’offerta”*, di fatto trascurando quanto stabilito dalla *lex specialis*, laddove ha definito in maniera dettagliata i requisiti di partecipazione, stabilendo al punto 5 anche che: *“i requisiti devono essere posseduti alla data di scadenza del termine per la presentazione delle manifestazioni di interesse e mantenuti per tutta la durata dell’appalto”*, pertanto non potrebbe essere sostenuto che l’avviso pubblico ha avuto *‘uno scopo esclusivamente esplorativo’*.

9. Con il secondo mezzo, si censura la sentenza impugnata nella parte in cui ha ritenuto irricevibile il ricorso per motivi aggiunti, richiamando l’orientamento espresso dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con sentenza n. 12 del 2020, secondo cui il termine per l’impugnazione dell’aggiudicazione decorre dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara, e *“i termini cui sono collegati gli effetti giuridici della pubblicazione decorrono dalla pubblicazione sul profilo del committente”*.

L’appellante ritiene che i giudici di prime cure avrebbero disatteso quanto dagli stessi osservato nell’ordinanza istruttoria n. 330 dell’11.03.2021, traendo

conclusioni contrarie alla stessa stante la natura decisoria del provvedimento.

10. Con il terzo motivo di gravame si denuncia l'erroneità della statuizione del giudice di prima istanza, nella parte in cui si afferma che i motivi aggiunti "*non appaiono, comunque, suscettibili di favorevole apprezzamento*". Il T.A.R. avrebbe errato nel ritenere infondata la censura relativa all'attribuzione del punteggio in relazione ai tempi di percorrenza, in considerazione dei diversi approdi distribuiti in più punti della Laguna che consentirebbero di ottimizzare il servizio, atteso che nulla sarebbe stato dimostrato con riferimento a detti approdi e con riguardo alla loro ubicazione ed ai natanti.

Secondo l'appellante, sia la Commissione giudicatrice che il T.A.R. si sarebbero limitati ad un atto di "totale fede", in quanto sarebbe di dominio comune che, nel tempo di trenta minuti (come indicato nell'offerta dell'aggiudicataria), non è possibile raggiungere i punti lontani della Laguna, come risulterebbe anche da una perizia tecnica di parte redatta da un tecnico qualificato e depositata nel corso del giudizio di primo grado.

Scalo Fluviale Società Cooperativa lamenta, inoltre, che la Commissione, in relazione all'applicazione della formula matematica prevista a pag. 21 del disciplinare di gara, non avrebbe attribuito il coefficiente previsto, sicché il giudice di prima istanza avrebbe errato nella parte in cui ha evidenziato la corretta applicazione della stessa, nonché il fatto che, comunque, la formula non sarebbe stata contestata dal ricorrente.

11. Le critiche non sono fondate, per i principi di seguito enunciati.

11.1. Esaminando con ordine le questioni prospettate dalle parti, le tesi argomentative sostenute nello sviluppo illustrativo del primo mezzo non possono essere condivise.

ACTV S.p.A. ha indetto una "*procedura negoziata senza previa indizione di gara ai sensi dell'art. 1 comma 2 lett. b) del d.l. 76/2020, in modalità telematica per l'affidamento del servizio di sostituzione, ormeggio disormeggio pontoni e passerelle del servizio TPL di navigazione delle aziende del gruppo AVM S.p.A., nelle forme dell'accordo quadro così come definito dall'art. 54 del d.lgs. 50/2016 e s.m.i.*".

L'Avviso pubblico della suddetta procedura specifica al punto 1 ("Valore dell'Avviso") che lo stesso ha "*scopo esclusivamente esplorativo, senza l'instaurazione di posizioni giuridiche o obblighi negoziali nei confronti di AVM*".

Ciò premesso, dagli atti di causa si desume che effettivamente entro il termine del 15.10.2020 il costituendo R.T.I. "Laguna 4", composto da Waterways di Alessandro Penzo, capogruppo, Transport Lines s.n.c., Trasporti Chiaranda s.n.c. e CO.GE.FO. s.r.l. mandanti, aveva manifestato interesse a partecipare alla successiva fase di gara.

In data 12.11.2020, ACTV S.p.A. aveva invitato tutti gli operatori economici che avevano manifestato interesse a presentare le offerte entro il 30.11.2020.

In sede di presentazione delle offerte, CO.GE.FO s.r.l., indicata quale mandante nel costituendo R.T.I. in fase di manifestazione di interesse, non figurava più nella composizione definitiva del costituendo raggruppamento.

ACTV S.p.A., con memorie, ha precisato che, diversamente da quanto sostenuto dall'appellante, alla selezione non era stato invitato un soggetto diverso da quello che aveva manifestato interesse, ma era stato invitato lo stesso soggetto, il quale presentava l'offerta con una modifica soggettiva 'in riduzione' del raggruppamento inizialmente indicato.

11.2. Il Collegio rileva che tale assunto è confortato dalle emergenze processuali.

La modifica soggettiva, invero, non è consistita nella partecipazione al raggruppamento temporaneo di una nuova e diversa impresa, ma nel ritiro di una delle mandanti, con la conseguenza che, rispetto alla fase di indagine di mercato, è stata invitato da ACTV S.p.A. il medesimo operatore economico, i cui requisiti erano stati già oggetto di verifica.

Questa Sezione ritiene che la modifica soggettiva del costituendo R.T.I. dopo la fase di manifestazione di interesse in sede di indagine di mercato, ma prima della fase della effettiva presentazione dell'offerta, è sempre consentita se non incide in modo negativo sulla qualificazione del soggetto medesimo e, quindi, sul possesso da parte dello stesso dei necessari requisiti.

Va premesso che, come correttamente chiarito dal Tribunale adito, la procedura di scelta del contraente, nel caso esaminato, risultava strutturata in due fasi autonome (manifestazione di interesse – presentazione dell’offerta), e solo la seconda era in grado di determinare una relazione giuridicamente rilevante tra l’operatore economico e la stazione appaltante, facendo acquisire al primo il ruolo di partecipante alla procedura, mediante la presentazione dell’offerta.

Si rammenta che la giurisprudenza ha attinto in misura costante il principio per il quale la fase che segna la piena operatività del divieto di modificare i raggruppamenti temporanei, già imposto dall’art. 37, comma 9, d.lgs. n. 163 del 2006, e poi reiterato dall’art. 48, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016, è da identificare ordinariamente con quello della presentazione dell’offerta, per la salvaguardia del *favor participationis* (cfr. Cons. Stato, n. 1328/2013, C.G.A.S. n. 10372 del 2012).

L’art. 48 del Codice, infatti, vieta le modificazioni soggettive del R.T.I. rispetto all’impegno ‘presentato in sede di offerta’, in quanto la sottoscrizione di impegni negoziali è il momento effettivamente preclusivo per la individuazione dell’offerente, quello in cui si cristallizza la compagine associativa partecipante alla procedura di gara.

L’indagine di mercato è una fase distinta da quella della presentazione delle offerte, in quanto è preordinata a conoscere gli operatori interessati a partecipare alle procedure di selezione, sicchè tale momento di interlocuzione non ingenera negli operatori alcun affidamento sul successivo invito alla procedura, né obblighi per la stazione appaltante.

Nel parere reso sulle Linee Guida A.N.A.C. recanti “*Indicazioni sulle consultazioni preliminari di mercato*” del 14.2.2019, n. 446, il Consiglio di Stato, Sezione atti normativi, ha precisato come la consultazione preliminare di mercato costituisca uno strumento per le stazioni appaltanti con il quale è possibile avviare un dialogo informale con gli operatori di settore per

acquisire informazioni ritenute necessarie al successivo svolgimento di una procedura di gara.

Le citate Linee Guida dell'A.N.A.C. precisano (al punto 2.3) che *“la consultazione preliminare non costituisce una procedura di affidamento di un contratto pubblico”*, trattandosi essere soltanto di una fase di pre – gara.

L'istituto delle consultazioni preliminari di mercato, pertanto, non è finalizzato all'aggiudicazione di alcun contratto, risolvendosi in uno strumento a disposizione della stazione appaltante con cui è possibile avviare una interlocuzione con gli operatori economici e/o con soggetti comunque esperti dello specifico settore di mercato, onde acquisire quelle notizie di cui è carente per giungere ad una migliore consapevolezza relativamente alle disponibilità e conoscenze degli operatori economici rispetto a determinati beni o servizi.

Il principio è stato recentemente confermato anche da questa Sezione, con sentenza n. 7329 del 2020, secondo cui, con specifico riferimento all'onere di impugnazione dei provvedimenti pre –gara è stato chiarito che: *“Non v'è ragione per ritenere che l'onere di impugnazione vada represso fino all'avviso di avvio della consultazione preliminare di mercato, proprio per la natura di fase pre-gara finalizzata alla sola raccolta di informazioni, cui non è detto segua la scelta di una procedura limitativa della concorrenza, potendo l'amministrazione sempre determinarsi per la più ampia apertura al mercato nella scelta del contraente”*.

11.3. Né può essere condivisa la tesi sostenuta dall'appellante, secondo cui la richiesta del possesso di determinati requisiti in fase di manifestazione di interesse può essere indice dell'esistenza di un avviso –bando, atteso che anche quando l'indagine di mercato sia avviata con richiesta di requisiti particolarmente stringenti, non si modifica la natura di fase pre – gara finalizzata alla sola raccolta di informazioni, tanto che *“l'operatore che avverta di poter essere escluso per la mancanza di tali requisiti ha la facoltà, ma non l'onere a pena di decadenza, di impugnazione, potendo attendere gli sviluppi della successiva fase procedurale (id. est. gli atti di indizione della procedura di gara) contenenti le definitive scelte della*

stazione appaltante per l'affidamento del contratto pubblico” (Cons. Stato, sez.V, n. 7329/2020 cit., Cons. Stato, sez. III, n. 6302 del 2019).

12. Il Collegio, pertanto, ribadisce l'indirizzo della giurisprudenza amministrativa, secondo cui, nelle procedure negoziate, il principio di immodificabilità soggettiva dei raggruppamenti temporanei di imprese viene in rilievo solo dopo la formulazione dell'offerta e non con la manifestazione di interesse. Ciò in quanto, la fase di prequalifica ha il dichiarato scopo di individuare potenziali soggetti da invitare come concorrenti, mentre la fase di presentazione delle offerte ha lo scopo di accertare in concreto la sussistenza dei requisiti di ordine generale e speciale in capo ai soggetti invitati, sicchè la fase di prequalifica assume una valenza meramente esplorativa, avente carattere sommario e prodromico rispetto al procedimento selettivo vero e proprio, e conseguentemente la manifestazione di interesse non costituisce partecipazione alla gara e non impegna, in alcun modo, chi la presenta.

Ne consegue che è consentito ai costituenti R.T.I. provvedere alla modificazione soggettiva nella fase antecedente alla presentazione delle offerte, senza tuttavia che tale modificazione influisca sul possesso dei requisiti del raggruppamento temporaneo, che abbia manifestato interesse.

Il suddetto principio è stato sostenuto in passato dalla giurisprudenza più datata, che ha ritenuto che è possibile operare, nel periodo antecedente alla presentazione delle offerte, modificazioni alla compagine del soggetto invitato alla gara, sia esso impresa individuale che associazione temporanea, sempre che tali modificazioni non siano tali da incidere in modo negativo sulla qualificazione del soggetto medesimo e, quindi, sul possesso da parte dello stesso dei necessari requisiti (Cons. Stato, sez. V, 2 dicembre 2002, n. 6619).

Anche la dottrina più attenta ha ritenuto che nelle procedure articolate su più segmenti procedimentali (procedure ristrette, procedure negoziate, dialogo competitivo) è praticabile la modificazione soggettiva dell'operatore partecipante prima della presentazione dell'offerta.

La diversa interpretazione sostenuta dall'appellante sottende una *ratio* difficilmente sostenibile sul piano logico: non si intende, invero, per quale ragione debba essere esclusa la possibilità di modificare soggettivamente un R.T.I. che ha manifestato interesse alla procedura negoziata, in sede di presentazione dell'offerta, in fattispecie in cui tale modificazione comporta una 'riduzione' della compagine del soggetto invitato alla gara, ossia in ipotesi in cui una delle imprese (nella specie, la CO.GE.FO s.r.l.) già sottoposte al vaglio della prequalificazione, si sia ritirata dalla competizione, dovendosi dare rilievo al fatto che, in sostanza, l'offerta è stata presentata dal medesimo operatore economico del costituendo R.T.I. che si è già prequalificato, senza necessità di una nuova verifica da parte della stazione appaltante dei requisiti di partecipazione e senza che la mancata partecipazione alla gara dell'impresa 'ritirata' influisca sul possesso globale dei requisiti di R.T.I., o sulla qualificazione del soggetto medesimo.

Da ultimo va ricordato l'indirizzo espresso dall'Adunanza Plenaria n. 9 del 2021, sebbene riferito a fattispecie differente da quella in esame, ma che si cita per richiamare il medesimo principio a cui la pronuncia si ispira (ossia quello della ammissibilità della modifica soggettiva 'in riduzione'), secondo cui, privilegiando una esegesi "comunitariamente orientata" dell'art. 48, comma 19 *ter*, del Codice dei contratti pubblici, si ammette la deroga all'immodificabilità soggettiva dell'appaltatore costituito in raggruppamento, nella fase di gara, quando sia scaturita da modifiche strutturali interne allo stesso raggruppamento, senza l'aggiunta di nuovi soggetti che non abbiano partecipato alla gara (o, addirittura, che vi abbiano partecipato e ne siano stati esclusi)... *"ciò che contraddirebbe la stessa ratio della deroga, dovuta a vicende imprevedibili che si manifestino in sede esecutiva e colpiscano i componenti del raggruppamento, tuttavia senza incidere sulla capacità complessiva dello stesso raggruppamento di riorganizzarsi internamente, con una diversa distribuzione dei compiti e dei ruoli (tra mandante e mandataria o tra i soli mandanti), in modo da garantire l'esecuzione dell'appalto anche prescindendo dall'apporto del componente del*

raggruppamento ormai impossibilitato ad eseguire le prestazioni o, addirittura, non più esistente nel mondo giuridico”.

Come si legge, la questione della modificazione soggettiva anche dopo la presentazione delle offerte è stata infatti, nel tempo, risolta, dalla giurisprudenza, nel senso che essa debba avvenire soltanto ‘per sottrazione’ (ossia mediante subentro dei soggetti già appartenenti al raggruppamento) e mai ‘per addizione’ (ossia mediante soggetti esterni al raggruppamento medesimo). La sostituzione unicamente interna riguarda la figura del mandatario (comma 17 dell’art. 48 cit.) sia del mandante (comma 18). In questi esatti termini si è definitivamente indirizzata l’Adunanza Plenaria anche con sentenza n. 10 del 27 maggio 2021, con si è fornito una lettura funzionale del principio di immodificabilità, nel senso di ammettere la modifica soggettiva laddove operi in riduzione e, quindi, solo internamente, con un soggetto del raggruppamento stesso in possesso dei necessari requisiti e, comunque, sempre che non sia finalizzata a eludere i controlli in ordine a tali requisiti.

In definitiva, se le suddette pronunce ammettono la modifica in riduzione dei raggruppamenti temporanei, a determinate condizioni, in fase di gara, non vi sono ragioni per non ritenere ammissibile una modifica soggettiva in riduzione di un R.T.I. in fase pre – gara, dopo che è stata espressa una manifestazione di interesse in sede di indagine di mercato, se tale modifica non incide sulla qualificazione e sui requisiti del suindicato R.T.I..

13. Il secondo mezzo va respinto.

La giurisprudenza è complessivamente orientata nel ritenere che il termine per l’impugnazione dell’aggiudicazione decorre dalla pubblicazione degli atti di gara, tra cui devono comprendersi anche i verbali di gara, e quindi le operazioni tutte e le valutazioni operate dalle commissioni di gara delle offerte presentate, in coerenza con la previsione contenuta nell’art. 29 del d.lgs. n. 50 del 2016. Quindi la pubblicazione degli atti di gara, con i relativi eventuali

allegati, ex art. 29 del d.lgs. n. 50 del 2016, è idonea a far decorrere il termine di impugnazione.

Nel caso in esame, come condivisibilmente dichiarato dal giudice di prima istanza, il ricorso per motivi aggiunti, notificato il 1 aprile 2021, è irricevibile in quanto tardivo, atteso che la stazione appaltante aveva provveduto a pubblicare sul proprio profilo gli atti di gara in data 29 dicembre 2020.

Per la medesima ragione va dichiarata l'improcedibilità del terzo motivo aggiunto, con il quale la ricorrente aveva contestato i requisiti tecnici dei natanti utilizzati per l'esecuzione del servizio, atteso che tali caratteristiche erano già note dopo l'ostensione dei documenti in data 19 gennaio 2021, a seguito dell'istanza di accesso, ed a seguito della nota del Comune di Venezia depositata da ACTV S.p.A. in data 24 marzo 2021.

Né possono trovare accoglimento le obiezioni dedotte dalla società appellante, la quale, pur ammettendo che la documentazione relativa all'offerta dell'aggiudicataria era già stata ostesa da ACTV S.p.A. in data 19.1.2021, ha eccepito che in detta documentazione erano state oscurate le targhe dei natanti (oscurate per motivi di privacy), sicchè non le sarebbe stato consentito verificare la corrispondenza delle stesse ai natanti indicati nell'offerta aggiudicataria.

A fronte delle suddette contestazioni, va condiviso l'approdo ermeneutico del giudice di prima istanza secondo cui l'appellante non ha formulato censure conseguenti alla conoscenza delle targhe dei natanti, ma critiche rilevabili indipendentemente dall'acquisizione delle stesse e sulla base della documentazione in possesso già dal 19.1.2021, pertanto tali asserzioni non sono idonee a spostare in avanti il termine di impugnazione.

La sentenza impugnata si è correttamente attenuta all'orientamento della giurisprudenza amministrativa, secondo cui, ai fini della decorrenza del termine per l'impugnazione, è necessaria la percezione degli aspetti del provvedimento che ne rendono evidente la portata lesiva della sfera giuridica del potenziale ricorrente, in modo tale da rendere valutabile l'attualità

dell'interesse ad agire per l'annullamento dell'atto (Cons. Stato, sez. V, 19.11.2018, n. 6257; Cons. Stato, sez. IV, 22.5.2012, n. 2974).

14. La declaratoria di irricevibilità del ricorso per motivi aggiunti, confermata in questa sede, rende inammissibile l'esame nel merito delle critiche proposte con il predetto ricorso in ragione della tardività, e quindi anche del terzo motivo di appello (con cui si censurano le statuizioni di merito del giudice di primo grado), dovendosi rilevare difetto di interesse alla pronuncia giudiziale, atteso che le argomentazioni illustrate in motivazione dal giudice di prima istanza, sulla infondatezza delle critiche proposte con i suddetti motivi aggiunti, sono state svolte *'ad abundantiam'*.

Qualora il giudice che abbia ritenuto inammissibile o irricevibile una domanda, o un capo di essa, o un singolo motivo di gravame, così spogliandosi della *'potestas iudicandi'* sul relativo merito, proceda poi comunque all'esame di quest'ultimo, è inammissibile, per difetto di interesse, il motivo di impugnazione della sentenza da lui pronunciata che ne contesti solo la motivazione, da considerarsi svolta *'ad abundantiam'*, su tale ultimo aspetto.

Invero, le argomentazioni espresse dal giudice di prima istanza sui motivi aggiunti per decretarne il rigetto devono ritenersi ininfluenti ai fini della decisione e, quindi, prive di effetti giuridici, con la conseguenza che la parte soccombente non ha né l'onere, né l'interesse ad impugnarle, essendo invece tenuta a censurare, come nella specie ha anche fatto, la dichiarazione di irricevibilità del ricorso, la quale costituisce la vera ragione della decisione (Cass. Sez. Unite, n. 15122 del 17.6.2013; Cass. Sez. Unite, n. 17004 del 20.8.2015; Cass., sez. 1, n. 11675 del 16.6.2020).

La giurisprudenza di legittimità ha, in più occasioni, sostenuto la tesi della carenza di potere di esame nel merito del giudice che abbia pregiudizialmente denegato inammissibile o irricevibile il gravame o la domanda e per la conseguente qualificazione delle argomentazioni di infondatezza, che quel giudice abbia comunque svolto, in termini di ultroneità (Cass. n. 10420 del 2005), ovvero di superfluità ed ininfluenza sul dispositivo, perché, come si è

detto, rese ‘*ad abundantiam*’, ‘in via ipotetica’, come mero ‘*obiter dictum*’ (Cass. n. 9775 del 1997, Cass. n. 389 del 2000, Cass. n. 10241 del 2000, Cass. n. 6088 del 2001, Cass. n. 9963 del 2002, Cass. n. 11160 del 2004).

Traendosi, da tale premessa, che è inammissibile per difetto di interesse l’impugnazione proposta dalla parte (anche) contro tali giuridicamente irrilevanti affermazioni sul merito, mentre è ammissibile l’impugnazione che censuri la sola statuizione pregiudiziale di irricevibilità (o di inammissibilità).

Con la declaratoria di irricevibilità (o di inammissibilità) della domanda o del gravame il giudice definisce e chiude il giudizio, pertanto le considerazioni di merito illustrate dal T.A.R. nella sentenza impugnata restano irrimediabilmente fuori dalla decisione “*non tanto perché esse non trovano sbocco nel dispositivo (che potrebbe, al limite, considerarsi integrabile con la motivazione), e non solo perché formulate in via ipotetica e in modo per lo più sommario e approssimativo (per cui, nel dubbio se con tali argomentazioni il giudice esprima una mera opinione ovvero una decisione che esamini tutti gli aspetti della controversia, il considerarle come espressione della funzione giurisdizionale potrebbe comportare un vulnus al principio fondamentale dell’articolo 24 Costituzione), quanto soprattutto per l’assorbente ed insuperabile ragione che dette valutazioni provengono da un giudice che, con la pregiudiziale declaratoria di inammissibilità, si è già spogliato della potestas iudicandi in relazione al merito della fattispecie controversa. Per cui quelle ultronee considerazioni relative al merito della domanda (o del gravame) non sono riconducibili alla decisione (di inammissibilità) che al riguardo egli ha adottato, ma a quella, semmai, che egli avrebbe adottato ove appunto il correlativo esame non ne fosse risultato precluso*” (Cass. Sez. Un. 20.2.2007, n. 3840).

15. In definitiva, l’appello va respinto e la sentenza impugnata va confermata, con conseguente rigetto del ricorso introduttivo e irricevibilità del ricorso per motivi aggiunti proposti in primo grado da Scalo Fluviale Società Cooperativa.

Le spese del presente giudizio possono essere compensate in ragione della particolare complessità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando, respinge l'appello, come in epigrafe proposto, e conferma la sentenza impugnata, con conseguente rigetto del ricorso introduttivo e irricevibilità del ricorso per motivi aggiunti, proposti in primo grado da Scalo Fluviale Società Cooperativa.

Compensa integralmente tra le parti le spese di lite del presente grado.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 luglio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Annamaria Fasano, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Annamaria Fasano

IL PRESIDENTE
Luciano Barra Caracciolo

IL SEGRETARIO