*Tutte le sentenze, nel testo qui riprodotto, sono tratte dalla banca dati open access della giustizia amministrativa* [*https://www.giustizia-amministrativa.it/cdsintra/cdsintra/index.html*](https://www.giustizia-amministrativa.it/cdsintra/cdsintra/index.html)

*e sono riprodotte nel rispetto dell'interesse pubblico all'informazione, per finalità di studio, non commerciali ed escludendo qualsiasi scopo comportante un utile economico, sia diretto che indiretto, nel rispetto delle*

*“Condizioni generali di utilizzo del Sito Web” ivi previste*

**- I -**

**IL “SOCCORSO ISTRUTTORIO” (art. 46 D.lgs. 163/2006)**

\*\*\*\*\*

**N. 00009/2014 REG.PROV. COLL.**

**N. 00023/2013 REG. RIC. A.P.**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 23 di A.P. del 2013, proposto dalla società Palumbo s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Migliarotti e Luciano Filippo Bracci, con domicilio eletto presso quest’ultimo in Roma, via del Teatro Valle n. 6;

***contro***

Autorità portuale di Napoli, in persona del legale rappresentante *pro tempore,*rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliato in Roma, via dei Portoghesi n. 12;

***nei confronti di***

Nuova Meccanica Navale s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore,*rappresentata e difesa dagli avvocati Enrico Soprano e Franco Gaetano Scoca, con domicilio eletto presso quest’ultimo in Roma, via Giovanni Paisiello n. 55;

***per la riforma***

della sentenza del T.a.r. della Campania – Napoli - Sezione VII, n. 1888 del 23 aprile 2012.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell’Autorità portuale di Napoli e della Nuova Meccanica Navale s.r.l.;

Viste le memorie difensive depositate dalle parti prima davanti alla VI Sezione del Consiglio di Stato e successivamente in vista della udienza pubblica celebrata innanzi all’Adunanza plenaria;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 novembre 2013 il consigliere Vito Poli e uditi per le parti gli avvocati Bracci, Scoca, e Soprano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. *LA PROCEDURA OGGETTO DEL PRESENTE GIUDIZIO.*

1.1. Oggetto del presente giudizio è la procedura competitiva, indetta dall’Autorità portuale di Napoli, per l’assegnazione della concessione di uno specchio d’acqua nel porto di Napoli per l’ormeggio di un bacino galleggiante di proprietà privata destinato allo svolgimento di attività di riparazione navale (cfr. avviso di gara del 26 gennaio 2011).

1.2. Alla gara hanno partecipato due società: la Nuova Meccanica Navale s.r.l. (in prosieguo ditta Navale) e la società Palumbo s.p.a.

1.3. La ditta Palumbo, aggiudicataria provvisoria in quanto collocatasi al primo posto della graduatoria, è stata esclusa per non aver accluso nelle buste B e C la fotocopia di un valido documento di identità del proprio legale rappresentante, in violazione della legge di gara nella parte in cui ha imposto che *<<l’offerta tecnica dovrà essere sottoscritta dal legale rappresentante del concorrente o da suo procuratore (in tal caso deve essere allegata la relativa procura) e dovrà essere corredata da fotocopia di un valido documento di identità a pena di esclusione>>* (cfr. art. 5, sezione busta B, ultimo periodo, sezione busta C, n. 4).

1.4. Giova sin da ora precisare che:

a) la legge di gara non ha mai fatto riferimento esplicito o rinvio formale al codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), pur avendo nella sostanza riprodotto alcune disposizioni del medesimo;

b) in base alla lettera delle disposizioni della legge di gara contenute negli artt. 3 –*Requisiti di ordine generale per la partecipazione alla procedura – e 5 – Modalità di presentazione della domanda di concessione* - al direttore tecnico non era imposto, a pena di esclusione, di corredare la dichiarazione di possesso dei vari requisiti generali con una fotocopia del documento di identità.

1.5. La concessione è stata conseguentemente assegnata alla ditta Navale unica concorrente rimasta in gara (cfr. delibera presidenziale n. 390 dell’8 luglio 2011 recante anche il provvedimento formale di esclusione della ditta Palumbo).

2. *IL GIUDIZIO DI PRIMO GRADO*.

2.1. La ditta Palumbo ha impugnato dinanzi al T.a.r. della Campania - con ricorso principale allibrato al nrg. 4596/2011 sostenuto da due atti di motivi aggiunti – i seguenti provvedimenti:

a) l’aggiudicazione della concessione in favore della ditta Navale;

b) la propria esclusione dalla gara;

c) tutti gli atti della procedura inclusa la legge di gara nella parte in cui ha previsto che le offerte tecniche ed economiche dovevano essere corredate, a pena di esclusione, da una fotocopia del documento d’identità del legale rappresentante dell’impresa;

d) la mancata esclusione della ditta vincitrice per non aver corredato la dichiarazione del direttore tecnico, attestante il possesso dei requisiti generali, di una fotocopia del documento di identità.

2.2. Radicatosi il contraddittorio con l’Autorità portuale e la ditta Navale, quest’ultima ha proposto ricorso incidentale sostenendo che la ditta Palumbo avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura per ragioni ulteriori rispetto a quelle individuate dall’amministrazione concedente.

2.3. L’impugnata sentenza - T.a.r. della Campania – Napoli - Sezione VII, n. 1888 del 23 aprile 2012 - in dichiarata adesione ai principi formulati dall’Adunanza plenaria 7 aprile 2011, n. 4:

a) ha respinto il ricorso principale proposto dalla ditta Palumbo; in particolare ha disatteso la domanda di annullamento delle clausole escludenti contenute nella legge di gara e del provvedimento di esclusione, ritenendo che la produzione della fotocopia del documento di identità del legale rappresentante dell’impresa costituisca elemento centrale della stessa dichiarazione di volontà;

b) ha dichiarato inammissibili, per difetto di legittimazione al ricorso, tutte le rimanenti censure sviluppate dalla ditta Palumbo avverso gli atti di gara e il provvedimento di assegnazione, incluse quelle finalizzate alla caducazione della scelta dell’Amministrazione di indire la gara per cui è causa (in particolare, incompetenza del presidente dell’Autorità portuale e violazione degli artt. 36 del codice della navigazione e 18 del regolamento di esecuzione);

c) ha respinto la domanda di risarcimento del danno;

d) ha dichiarato inammissibile il ricorso incidentale della ditta Navale;

e) ha condannato la parte ricorrente alla rifusione delle spese di lite.

3. *IL GIUDIZIO DI APPELLO DAVANTI ALLA VI SEZIONE DEL CONSIGLIO DI STATO*.

3.1. Con ricorso ritualmente notificato e depositato – allibrato al nrg. 4939/2012 – la ditta Palumbo ha interposto appello principale.

A) Con il primo mezzo ha dedotto, sotto diversi profili, l’illegittimità del bando nella parte in cui ha previsto, a pena di esclusione, l’allegazione del documento di identità del titolare dell’impresa all’offerta economica e all’offerta tecnica; la relativa clausola sarebbe affetta da violazione di legge, in relazione all’art. 38 del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa), all’art. **46**, co. 1-bis del codice dei contratti pubblici e all’art. 23 della Costituzione; si evidenzia che l’art. 38 del d.P.R. n. 445 del 2000 prevede espressamente l’obbligo di allegare la fotocopia del documento di identità solo con riferimento alle dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà e non anche con riferimento alle dichiarazioni di natura negoziale, quali sarebbero, appunto, l’offerta economica e l’offerta tecnica, pertanto, l’introduzione da parte del bando di tale obbligo di allegazione si tradurrebbe nella “imposizione” ai soggetti che partecipano alla gara di una “prestazione” di allegazione che, in assenza di una base legale, si porrebbe in contrasto con l’art. 23 della Costituzione e con il principio di tassatività delle cause di esclusione sancito dall’art. **46**, co. 1-*bis*, codice dei contratti pubblici (introdotto dall’art. 4, co. 2, lett. d), n. 2, d. l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito con modificazioni dalla l. 12 luglio 2011, n. 106); sotto questo profilo viene criticata la sentenza del T.a.r. che ha, invece, ritenuto che la mancata allegazione della fotocopia di un valido documento d’identità riguardante le generalità del sottoscrittore concreti proprio la fattispecie prevista dalla novella normativa innanzi citata, integrando un'ipotesi di *<<incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali>>.*

B) Con il secondo mezzo ha lamentato l’omessa pronuncia in relazione al motivo di primo grado incentrato sull’eccesso di potere per disparità di trattamento; il presidente dell’Autorità portuale, pur avendo avuto contezza dai verbali che anche la società Navale non aveva allegato alla dichiarazione ex art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006 del proprio direttore tecnico la copia fotostatica del relativo documento di identità, ha chiesto all’Avvocatura dello Stato un parere con riferimento alla sola eventuale esclusione della società Palumbo; inoltre, le stesse ragioni che avevano indotto l’Amministrazione a chiedere il parere dell’Avvocatura dello Stato, riguardavano anche la società Navale, atteso che pure essa, come la ricorrente, non aveva allegato la fotocopia del documento di identità.

C) con il terzo mezzo è stata dedotta la violazione del principio della parità delle parti nel processo amministrativo in considerazione del fatto che il T.a.r., dopo aver respinto, ritenendoli infondati, i motivi di ricorso con i quali la società Palumbo contestava la sua esclusione dalla gara, ha dichiarato inammissibili - per difetto di legittimazione - le ulteriori doglianze (proposte sia nel ricorso principale che nei motivi aggiunti) contro il provvedimento di aggiudicazione definitiva a favore della società contro interessata; pur dovendosi dare atto che le conclusioni cui è pervenuta la sentenza appellata appaiono in linea con i principi espressi dall’Adunanza plenaria n. 4 del 2011, si auspica una riconsiderazione di tale indirizzo o, comunque, una applicazione restrittiva, ai soli casi in cui il soggetto concorrente è privo di qualsiasi situazione giuridica per la radicale mancanza dei requisiti costitutivi per la partecipazione alla gara e non anche, invece, al caso, come quello oggetto del presente giudizio, in cui il ricorso sia proposto da un soggetto che, in conseguenza dell’aggiudicazione provvisoria, ha già acquisito una sua posizione differenziata di interesse legittimo; in tal caso, i principi espressi dell’Adunanza plenaria n. 4 del 2011 non potrebbero trovare applicazione, traducendosi altrimenti in una ipotesi di denegata *potestas judicandi* del giudice amministrativo sull’atto lesivo dell’interesse legittimo già riconosciuto con il provvedimento di aggiudicazione provvisoria.

D) Auspicandosi, quindi, la rivisitazione o la mancata applicazione al caso di specie dei principi affermati dall’Adunanza plenaria n. 4 del 2011, la società Palumbo ha riproposto i motivi dichiarati inammissibili in primo grado per difetto di legittimazione e, in particolare, il motivo diretto a dedurre che la società Navale avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in quanto il direttore tecnico, nel rendere la dichiarazione ai sensi dell’art. 38, *m-ter*), del codice dei contratti pubblici, non ha allegato la copia fotostatica del documento di identità; ciò in quanto la dichiarazione di cui alla lettera *m-ter*) dell’art. 38, cit. (disposizione, si badi, riprodotta nella sostanza nella clausola *m-ter*) a pag. 8 dell’avviso), doveva essere resa nelle forme della dichiarazione sostitutiva dell’atto di notorietà e, quindi, presentata unitamente a copia fotostatica del documento di identità.

3.2. Si sono costituite in giudizio l’Autorità Portuale e la ditta Navale eccependo l’infondatezza del gravame in fatto e diritto.

3.3. La ditta Navale ha proposto rituale appello incidentale reiterando le doglianze poste a sostegno dell’originario ricorso incidentale di primo grado dichiarato inammissibile dal T.a.r.

3.4. Con ordinanza n. 3017 del 1 agosto 2012 è stata respinta l’istanza di sospensione degli effetti dell’impugnata sentenza.

4. *L’ORDINANZA DI RIMESSIONE DELLA CAUSA ALL’ADUNANZA PLENARIA*.

Con ordinanza n. 2681 del 17 maggio 2013, la VI Sezione del Consiglio di Stato, dopo aver disegnato un affresco, in chiave storica e sistematica, degli istituti giuridici applicabili nella presente vicenda contenziosa, ha sottoposto all’Adunanza plenaria le seguenti quattro questioni.

4.1. *Se, ed eventualmente in che misura, nel regime anteriore all’entrata in vigore dell’art. 4, co. 2, lett. d), nn. 1 e 2, d.l. n. 70 del 2011 - Semestre Europeo - Prime disposizioni urgenti per l'economia - che ha aggiunto l'inciso <<Tassatività delle cause di esclusione>> nella rubrica dell'articolo****46****del codice dei contratti pubblici e nel corpo dello stesso ha inserito il comma 1-bis, ai sensi del quale <<La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l’offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle.>> - possa già ritenersi vigente un principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare per l’affidamento di contratti pubblici.*

Si sostiene che la norma sancita dal riportato comma 1 bis abbia una natura non innovativa ma interpretativa e dunque produca effetti naturalmente retroattivi.

4.2. *Se debbano ritenersi illegittime, per la violazione dei principi di tassatività, del****dovere del soccorso****istruttorio e di proporzionalità, le clausole che impongono, a pena di esclusione, adempimenti documentali o formali privi di una base normativa espressa.*

Si propone una lettura del comma 1-bis dell’art. **46** cit., non atomistica ma congiunta alla norma sancita dal primo comma del medesimo articolo, secondo cui *<<Nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati*>>; le due norme sarebbero il diretto precipitato di un istituto di carattere generale – di cui costituirebbe espressione, in relazione alla disciplina generale del procedimento amministrativo, l’art. 6, co.1, lett. b), l. n. 241 del 1990 secondo cui *<<Il responsabile del procedimento…..accerta d’ufficio i fatti….adotta ogni misura per l’adeguato e sollecito svolgimento dell’istruttoria. In particolare, può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete…>>* - che nel settore delle gare pubbliche soddisfa la primaria esigenza di consentire la massima partecipazione alla selezione orientando l’Amministrazione alla concreta verifica dei requisiti di partecipazione e delle capacità dei concorrenti, correggendo l’eccessivo rigore delle forme insito nella logica “della caccia all’errore”; tale esegesi, inoltre, si muoverebbe secondo l’autentico *Zeitgeist* improntato a ridurre il peso degli oneri formali gravanti sui cittadini e le imprese ed a riconoscere giuridico rilievo all’inosservanza di regole procedurali o formali solo in quanto siffatta inosservanza impedisce il conseguimento del risultato verso cui l’azione amministrativa è diretta, atteso che la gara deve guardare alla qualità della dichiarazione piuttosto che all’esclusiva correttezza della sua esternazione.

4.3. *Se, ed in che misura, ove si dovesse al contrario concludere per la validità di dette clausole “atipiche” di esclusione, sia comunque onere per la stazione appaltante, alla luce del generale principio del soccorso istruttorio di cui all’art.****46****, co. 1, codice dei contratti pubblici, invitare il concorrente, prima di disporne l’esclusione, ad una “regolarizzazione” documentale, consentendogli l’eventuale produzione tardiva del documento o della dichiarazione mancante o la regolarizzazione della forma omessa, nei casi in cui l’omissione formale o documentale non incida sulla sussistenza dei requisiti di partecipazione e sulla capacità tecnica ed economica del concorrente.*

Si suggerisce di superare il tradizionale orientamento di questo Consiglio - autentico diritto vivente improntato ad una esegesi ed applicazione rigorosa del potere di soccorso – in favore del più recente minoritario indirizzo sviluppatosi nei T.a.r., che valorizza invece il potere di regolarizzazione come strumento di correzione dell’eccessivo rigore delle forme, donde la tendenza a privilegiare, proprio attraverso l’invito alla regolarizzazione, il dato sostanziale su quello meramente formale in tutti in casi in cui non sia in discussione la sussistenza dei requisiti di partecipazione e la capacità tecnica ed economica dell’impresa; si ammette, pertanto, che la mera previsione (di adempimento cartolare), inserita nella *lex specialis* a pena di esclusione, non varrebbe di per sé ad esonerare la stazione appaltante dall’onere del soccorso istruttorio, almeno in tutti i casi in cui i vizi di ordine formale che inficiano la dichiarazione del concorrente non siano tali da pregiudicare, sotto il profilo sostanziale, il conseguimento del risultato verso il quale l’azione amministrativa è diretta; la richiesta di regolarizzazione documentale, privilegiando l’interesse pubblico alla più ampia partecipazione dei concorrenti, in tutti i casi in cui i motivi di ordine formale non alterino la parità di condizioni tra gli stessi concorrenti e la carenza formale, non impedirebbe il raggiungimento del risultato avuto di mira.

4.4. *Se sussiste o meno la legittimazione del soggetto escluso dalla gara per atto dell’Amministrazione (ovvero nel corso del giudizio, a seguito dell’accoglimento del ricorso incidentale), ad impugnare l’aggiudicazione disposta a favore del solo concorrente rimasto in gara, al fine di dimostrare che anche questo (ed eventualmente gli altri concorrenti non vincitori ma utilmente graduati), doveva essere escluso dalla gara e soddisfare in tal modo l’interesse strumentale alla eventuale ripetizione della procedura.*

La Sezione VI sollecita un *revirement* dell’Adunanza plenaria rispetto alle acquisizioni dommatiche elaborate dalla sentenza n. 4 del 2011.

A tal fine:

a) ha riproposto gli argomenti spesi dalla precedente sentenza dell’Adunanza plenaria 10 novembre 2008, n. 11, basati sul presupposto che non esisterebbe un preciso ordine logico da seguire nell’esame delle questioni, così che il giudice amministrativo potrebbe definire, sulla base del principio di economia processuale o di altri principî, come il principio di parità delle parti, quali questioni esaminare per prime; in casi particolari, come quello del rapporto tra il ricorso principale e il ricorso incidentale proposto dalle uniche due imprese partecipanti a una gara d’appalto, ciò consentirebbe, proprio sulla base dell’asserita applicazione del principio di parità delle parti, di esaminare entrambi i ricorsi, in modo da non condizionare l’esito della lite alla scelta della questione da decidere per prima e da tutelare l’interesse strumentale di ciascuna impresa al rinnovamento dell’intera procedura di gara;

b) ha richiamato il recente arresto delle Sezioni unite della Corte di cassazione (sentenza del 21 giugno 2012 n. 10294) che in un *obiter dictum* - pur rilevando che l’ordine di esame fra ricorso principale ed incidentale non attiene ad una questione di giurisdizione ai fini dell’art. 111. u.c., Cost. – ha affermato che il principio di diritto enunciato dalla sentenza della Adunanza plenaria n. 4 del 2011 suscita*<<indubbiamente delle perplessità che lasciano ancor più insoddisfatti ove si aggiunga che l’aggiudicazione può dare vita ad una posizione preferenziale soltanto se acquisita in modo legittimo e che la realizzazione dell’opera non rappresenta in ogni caso l’aspirazione dell'ordinamento (v. artt 121/23 cod. proc. amm.), che in questa materia richiede un’attenzione e un controllo ancora più pregnanti al fine di evitare distorsioni della concorrenza e del mercato>>*;

c) ha evidenziato la necessità di tenere conto dell’esito del giudizio pendente presso la Corte di giustizia dell’Unione europea chiamata dal T.a.r. del Piemonte a stabilire, in sede di rinvio pregiudiziale interpretativo ai sensi dell’art. 267 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea (FUE), se il principio della necessaria priorità di analisi del ricorso incidentale rispetto a quello principale sia in contrasto con le norme europee e, in particolare, con i principi di parità delle parti e non discriminazione di cui alla direttiva n. 89/665/CEE del 21 dicembre 1989.

A tal proposito, giova rilevare fin da ora che, successivamente al deposito dell’ordinanza di rimessione dell’affare a questa Adunanza plenaria (in data 17 maggio 2013), la Corte di giustizia si è pronunciata sul quesito interpretativo (cfr. sentenza Sez. X, 4 luglio 2013, C-100/12 Fastweb).

5. *L’IRRETROATTIVITA’ DEL PRINCIPIO DI TASSATIVITA’ DELLE CAUSE DI ESCLUSIONE DALLE GARE PER L’AFFIDAMENTO DI APPALTI PUBBLICI*.

5.1. Anticipando le conclusioni che saranno motivate in prosieguo (infra §§ 6 e 7), si evidenzia che il principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare per l’affidamento di contratti pubblici è stato introdotto dall’art. 4, co. 2, lett. d), nn. 1 e 2, d.l. 13 maggio 2011, n. 70 - Semestre Europeo - Prime disposizioni urgenti per l'economia – convertito con modificazioni dalla l. 12 luglio 2011, n. 106 - e che precedentemente vigeva (e tutt’ora vige per le procedure competitive diverse da quelle disciplinate dal codice dei contratti pubblici), una regola opposta improntata all’atipicità delle cause di esclusione.

5.2. Sulla specifica questione concernente la retroattività del principio e della disposizione che lo ha introdotto nell’ordinamento giuridico, l’Adunanza plenaria osserva che non può essere condivisa la soluzione prospettata dalla Sezione rimettente, in quanto la norma in esame non ha natura di interpretazione autentica.

5.3. Una siffatta conclusione si impone perché non si rinviene alcuno degli indici rivelatori di tale peculiare categoria di norme, elaborati dalla consolidata giurisprudenza costituzionale, europea ed amministrativa (cfr., da ultimo e fra le tante, Corte europea dei diritti dell’uomo, Sez. II, 7 giugno 2011, Agrati; Corte cost., 11 giugno 2010, n. 209; 6 dicembre 2004, n. 376; Cons. St., Ad. plen., 24 maggio 2011, n. 9).

In particolare:

a) manca il presupposto dell’incertezza applicativa della norma antecedente quella asseritamente di interpretazione autentica; addirittura, nel particolare caso di specie, non solo non si rinviene la presenza di alcuna situazione di incertezza presupposta, ma si registra, al contrario, la presenza di un principio generale consolidato in senso diametralmente opposto;

b) neppure si riscontra l’effetto tipico insito in tutte le norme di interpretazione autentica, ovvero l’incidere su rapporti pendenti; sul punto è dirimente l’art. 4, co. 3, d.l. n. 70 del 2011, secondo cui *<<3. Le disposizioni di cui al comma 2, lettere b), d), e-bis), i-bis), i-ter), l), dd) e ll), numero 1-bis) si applicano alle procedure i cui bandi o avvisi con i quali si indice una gara sono pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto-legge, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure in cui, alla data di entrata in vigore del presente decreto-legge, non sono ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte>>*; dunque, la stessa fonte che ha introdotto il principio di tassatività, ha avuto cura di dettare una disposizione transitoria improntata al principio generalissimo *tempus regit actum* che esclude in radice ogni possibilità di applicazione del principio alle procedure in corso alla data della sua entrata in vigore (14 maggio 2011);

c) difetta, inoltre, anche il (pur non vincolante per l’interprete) requisito formale dato dalla auto qualificazione della norma come di interpretazione autentica.

5.4. In conclusione, avuto riguardo alla prima questione sottoposta all’adunanza plenaria, deve enunciarsi il seguente principio di diritto:*<<l’art. 4, co. 2, lett. d), nn. 1 e 2, d.l. 13 maggio 2011, n. 70 - Semestre Europeo - Prime disposizioni urgenti per l'economia - che ha aggiunto l'inciso <<Tassatività delle cause di esclusione>> nella rubrica dell'articolo****46****, del codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), e nel corpo dello stesso ha inserito il comma 1-bis - non costituisce una norma di interpretazione autentica e, pertanto, non ha effetti retroattivi e trova esclusiva applicazione alle procedure di gara i cui bandi o avvisi siano pubblicati (nonché alle procedure senza bandi o avvisi, i cui inviti siano inviati), successivamente al 14 maggio 2011, data di entrata in vigore del d.l. n. 70 del 2011>>.*

6. *IL PRINCIPIO DI TASSATIVITA’ DELLE CAUSE DI ESCLUSIONE DALLE PROCEDURE SELETTIVE.*

6.1. Prima dell’introduzione nell’ordinamento dei contratti pubblici del principio di tassatività delle cause di esclusione, non si è mai dubitato dell’ampia facoltà intestata all’Amministrazione di individuare, nel rispetto della legge, il contenuto della disciplina delle procedure selettive (c.d. *lex specialis* della gara), quale ne fosse l’oggetto: reclutamenti di personale, contratti attivi e passivi, affidamento di beni e risorse pubbliche (cfr., da ultimo, Ad. plen., 25 febbraio 2013, n. 5, che ha generalizzato l’obbligo della gara per l’assegnazione a privati di beni o risorse pubbliche, con la conseguente applicazione di una serie di ricevuti principi, anche di derivazione comunitaria, fra cui quelli della trasparenza, della *par condicio*, della non discriminazione).

A tanto si è giunti per consentire la miglior tutela degli speciali interessi pubblici affidati alla cura dell’Amministrazione di settore, garantendo la duttilità dell’esercizio della funzione pubblica in relazione al caso concreto, in vista del perseguimento dei migliori livelli di legalità, trasparenza ed al contempo di efficienza, efficacia ed economicità dell’azione amministrativa (valori compendiati nei principi di imparzialità e buon andamento sanciti dall’art. 97 Cost.).

Coerentemente, il sindacato esercitabile dal giudice amministrativo sulle scelte compiute in sede di predisposizione del bando è stato conformato - in ossequio al principio costituzionale della separazione dei poteri e della riserva di amministrazione nonché dell’assenza*, in parte qua*, di norme attributive di giurisdizione di merito (arg. ex art. 134 c.p.a.) – ai parametri del controllo estrinseco, nei limiti della rilevabilità *ictu oculi* del vizio, evitando di sostituire il giudizio del giudice a quello dell’Amministrazione in ordine alle valutazioni che si mantengono nell’ambito dell’opinabilità (tecnica) e della opportunità (amministrativa); in questa prospettiva le scelte discrezionali (sia amministrative che tecniche), delle amministrazioni sono state filtrate attraverso il prisma dell’eccesso di potere e delle sue figure sintomatiche di sviamento dalla causa tipica: abnormità, manifesta sproporzione, irragionevolezza, travisamento dei fatti (cfr., da ultimo, nell’ambito di consolidati principi che questa Adunanza condivide, Corte giust. UE, Sez. II, 24 gennaio 2013, G-73/11; Corte cost., 8 giugno 2011, n. 175; Cass., Sez. un., 20 gennaio 2014, n. 1013; 8 marzo 2012, n. 3662; 9 novembre 2011, n. 23302; Cons. St., Sez. VI, 14 agosto 2013, n. 4174; Sez. V, 22 marzo 2012, n. 1640).

6.1.1. Tali principi sono stati similmente declinati anche nell’ambito specifico delle gare per l’affidamento di contratti di appalto, dove è stata maggiore l’influenza delle norme e dei principi europei nonché della giurisprudenza della Corte di giustizia (cfr. Corte giust. CE, Sez. IV, 19 maggio 2009, C-538/07; grande sezione, 16 dicembre 2008, C-213/07):

a) è stata ribadita la facoltà, per la stazione appaltante, di individuare requisiti sostanziali (di carattere generale o speciale), o adempimenti formali, più rigorosi rispetto agli standard europei, fermo il rispetto delle norme di legge (si pensi, a mo di esempio, alla norma sancita dall’art. 13, co. 15, l. n. 180 del 2011, a tenore della quale è fatto divieto all’Amministrazione di richiedere alle imprese che concorrono alle procedure requisiti finanziari sproporzionati rispetto al valore dei beni e dei servizi oggetto dei contratti), e dei principi che governano la materia (non discriminazione, proporzionalità, effettività);

b) è stato evidenziato che il punto di equilibrio tra discrezionalità della stazione appaltante e rispetto dei principi è di estrema delicatezza e richiede accertamenti caso per caso.

6.1.2. A cagione della straordinaria importanza che ha assunto il mercato degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, nell’economia di ciascuno Stato membro e dell’Unione europea nel suo complesso, sono state elaborate, nel tempo, una serie sempre più articolata e complessa di regole costitutive di un *corpus*normativo autonomo.

In quest’ambito, per soddisfare le esigenze della massima certezza e stabilità del quadro regolatorio a sostegno delle imprese e del mercato, per porre un freno al dilagante fenomeno dei c.d. “bandi fotografia”, e per accelerare la definizione delle procedure (e dei processi) in materia di appalti, il legislatore italiano è intervenuto nel 2011 operando su tre fonti:

a) è stato introdotto, unicamente in questo settore, il principio di tassatività delle cause di esclusione;

b) sono stati previsti i c.d. “bandi tipo” da cui le amministrazioni possono discostarsi solo con adeguata motivazione;

c) è stato ampliato l’utilizzo delle dichiarazioni sostitutive.

La novità più significativa è stata senza dubbio quella relativa alla tassatività delle clausole di esclusione il cui esame approfondito consentirà di rispondere al correlato quesito sottoposto all’Adunanza plenaria.

6.1.3. Si riporta per comodità di lettura l’art. **46** del codice dei contratti pubblici –*Documenti e informazioni complementari – Tassatività delle clausole di esclusione* - quale risultante dalla novella introdotta dall’art. 4, co. 2, lett. d), d.l. n. 70 del 2011: <<*1. Nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati. 1-bis. La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell’offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle.>>*.

6.1.4. La disposizione sancita dal comma 1-*bis* è chiaramente ispirata ai principi di massima partecipazione alle gare e del divieto di aggravio del procedimento e mira a correggere quelle soluzioni, diffuse nella prassi (amministrativa e forense), che sfociavano in esclusioni anche per violazioni puramente formali.

Sotto il profilo strettamente lessicale è appena il caso di evidenziare che la formula prescelta dalla legge di gara può essere la più varia, nel senso che rientra nel fuoco della norma qualunque adempimento imposto non solo a pena di esclusione, ma anche di inammissibilità, decadenza, irricevibilità e simili.

Sotto il profilo funzionale, le cause di esclusione vengono individuate sulla scorta di due diversi criteri:

a) da un lato, si stabilisce che è causa di esclusione la violazione di prescrizioni imposte dal codice dei contratti pubblici, dal regolamento di esecuzione o da altre leggi; il richiamo generico alle leggi va precisato, in una con la giurisprudenza costituzionale, nel senso che si tratti esclusivamente di leggi statali, posto che: I) *<<… l'intera disciplina delle procedure ad evidenza pubblica è riconducibile alla tutela della concorrenza, con la conseguente titolarità della potestà legislativa, in via esclusiva, in capo allo Stato; in particolare, la disciplina delle procedure di gara, la regolamentazione della qualificazione e selezione dei concorrenti, delle procedure di affidamento e dei criteri di aggiudicazione mirano a garantire che le medesime si svolgano nel rispetto delle regole concorrenziali e dei principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libera prestazione dei servizi, della libertà di stabilimento, nonché dei principi costituzionali di trasparenza, di parità di trattamento, di non discriminazione >>* (cfr., *ex plurimis* e da ultimo, Corte cost. 7 novembre 2013, n. 259; 26 febbraio 2013, n. 28); II) le norme di semplificazione amministrativa sono ricondotte alla competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, in quanto *«anche l’attività amministrativa, [...] può assurgere alla qualifica di “prestazione” (quindi, anche i procedimenti amministrativi in genere), della quale lo Stato è competente a fissare un “livello essenziale” a fronte di una specifica pretesa di individui, imprese, operatori economici ed, in generale, di soggetti privati»* (cfr., *ex plurimis* e da ultimo, Corte cost., 5 aprile 2013, n. 62; 20 luglio 2012, n. 207; 16 luglio 2012, n. 188; 27 giugno 2012, n. 164);

b) dall’altro lato, il comma 1-*bis* (*in parte qua* recettore di prassi ed elaborazioni giurisprudenziali consolidate), enuncia direttamente una serie di cause di esclusione: I) incertezza assoluta sul contenuto o provenienza dell’offerta; II) non integrità dei plichi; III) altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi tali da dimostrare in concreto la violazione del principio di segretezza delle offerte.

6.1.5. Si tratta, a ben vedere, di ipotesi ampie, da riempirsi di contenuti da parte della stazione appaltante (nei limiti di seguito precisati) e dell’Autorità di vigilanza in sede di predisposizione dei bandi tipo, il cui filo conduttore non è però rappresentato solamente dalla distinzione fra violazioni formali e sostanziali (come si dirà meglio in prosieguo); del resto lo stesso codice in alcuni casi afferma espressamente che talune violazioni non sono causa di esclusione (art. 73, co. 4, e 74, co. 3, in tema di mancato utilizzo dei moduli predisposti dalla stazione appaltante; art. 153, co. 21, in tema di esclusione di alcuni soggetti proponenti nella finanza di progetto).

La nuova disposizione deve essere intesa nel senso che l’esclusione dalla gara è disposta sia nel caso in cui il codice, la legge statale o il regolamento attuativo la comminino espressamente, sia nell’ipotesi in cui impongano “adempimenti doverosi” o introducano, comunque, “norme di divieto” pur senza prevedere espressamente l’esclusione ma sempre nella logica del *numerus clausus.*

Questa interpretazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, in forza della quale la tassatività può ritenersi rispettata anche quando la legge, pur non prevedendo espressamente l’esclusione, imponga, tuttavia, adempimenti doverosi o introduca norme di divieto, è stata espressamente affermata dall’Adunanza plenaria nel senso della non necessità, ai sensi dell’art. **46**, co. 1-*bis*, codice dei contratti pubblici, che la sanzione della esclusione sia espressamente prevista dalla norma di legge allorquando sia certo il carattere imperativo del precetto che impone un determinato adempimento ai partecipanti ad una gara (cfr. sentenze 16 ottobre 2013, n. 23 e, in particolare, 7 giugno 2012, n. 21).

La cogenza delle cause legali di esclusione disvela il carattere non solo formale del principio di tassatività – ovvero il suo atteggiarsi a enunciato esplicito della medesima causa di esclusione - ma anche e soprattutto la sua indole sostanziale: la riforma del 2011, infatti, ha inteso selezionare e valorizzare solo le cause di esclusione rilevanti per gli interessi in gioco, a quel punto imponendole, del tutto logicamente, come inderogabili non solo al concorrente ma anche alla stazione appaltante.

Il legislatore ha così inteso effettuare direttamente il bilanciamento tra l’interesse alla massima partecipazione alle gare di appalto ed alla semplificazione, da un lato, e quello alla speditezza dell’azione amministrativa ed alla parità di trattamento, dall’altro, mettendo l’accento sui primi a scapito dei secondi ma salvaguardando una serie predefinita di interessi, selezionati *ex ante*, perché ritenuti meritevoli di una maggior protezione rispetto ad altri, in guisa da sottrarli alla discrezionalità abrogatrice della stazione appaltante.

6.2. Individuati lo scopo, il contenuto e gli effetti del principio di tassatività delle cause di esclusione, si evidenzia che la legge lo ha poi rafforzato attraverso la previsione testuale della nullità delle clausole difformi, cioè delle clausole della legge di gara che prevedono adempimenti sanzionati dall’esclusione al di fuori dei casi tipici.

La sanzione della nullità, in luogo di quella classica dell’annullabilità dell’atto amministrativo, è riferita letteralmente alle singole clausole della legge di gara esorbitanti dai casi tipici; si dovrà fare applicazione, pertanto, dei principi in tema di nullità parziale e segnatamente dell’art. 1419, co. 2, c.c., a tenore del quale la nullità di singole clausole non comporta la nullità dell’intero atto se le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative, senza che si possa indagare sulla presenza di una difforme volontà della stazione appaltante di non adottare il bando privo della clausola nulla, ma fermo l’esercizio, ovviamente, degli ordinari poteri di autotutela (cfr., per una recente applicazione del principio *vitiatur se non vitiat* in materia di gare pubbliche, Ad. plen., 20 maggio 2013, n. 14).

E’ appena il caso di precisare, per ragioni di completezza, che la nullità di tali clausole incide sul regime dei termini di impugnazione e sui meccanismi di rilievo di tale radicale forma di invalidità, atteso che la domanda di nullità si propone nel termine di decadenza di centottanta giorni e la nullità può sempre essere eccepita dalla parte resistente ovvero rilevata dal giudice d’ufficio (art. 31, co. 4, c.p.a.).

6.2.1. In relazione alle gare disciplinate dal codice dei contratti pubblici si potranno quindi verificare le seguenti ipotesi:

a) legge di gara che esplicitamente recepisce (o rinvia) (al)le disposizioni del codice dei contratti pubblici, del regolamento attuativo o di altre leggi statali, che prevedono adempimenti doverosi a pena di esclusione; in tal caso la violazione dell’obbligo conduce *de plano* all’esclusione dell’impresa;

b) legge di gara silente sul punto; in tal caso la portata imperativa delle norme che prevedono tali adempimenti conduce, ai sensi dell’art. 1339 c.c., alla etero integrazione del bando e successivamente, in caso di violazione dell’obbligo, all’esclusione del concorrente (cfr. sul punto Ad. plen., 5 luglio 2012, n. 26; 13 giugno 2012, n. 22);

c) legge di gara che, in violazione del principio di tassatività, introduce cause di esclusione non previste dal codice, dal regolamento attuativo o da altre leggi statali; in tal caso la clausola escludente è nulla, priva di efficacia e dunque disapplicabile da parte della stessa stazione appaltante ovvero da parte del giudice;

d) legge di gara che, in violazione dei precetti inderogabili stabiliti a pena di esclusione dal codice, dal regolamento attuativo o da altre leggi statali, espressamente si pone in contrasto con essi ovvero detta una disciplina incompatibile; in tal caso occorre una impugnativa diretta della clausola invalida per potere dedurre utilmente l’esclusione dell’impresa che non abbia effettuato il relativo adempimento.

In relazione a queste ultime statuizioni, si osserva che trattasi di conseguenze discendenti dall’applicazione di consolidati principi (espressi da questa Adunanza e che si confermano *in toto*, cfr. Cons. St., Ad. plen., 28 luglio 2011, n. 14; 24 maggio 2011, n. 9; 27 gennaio 2003, n. 1; 4 dicembre 1998, n. 1/ord.), secondo cui il bando: I) è un atto amministrativo generale, d’indole imperativa, recante il compendio delle regole (ed in particolare quelle afferenti alle cause di esclusione), cui devono attenersi sia i concorrenti che l’Amministrazione; II) è costitutivo di effetti eventualmente anche derogatori rispetto alla disciplina introdotta dalle fonti di rango primario o regolamentare e come tale non disapplicabile da parte dell’Amministrazione e del giudice amministrativo, potendo essere oggetto solo di specifica impugnativa; III) deve essere interpretato secondo il criterio formale (testuale ed oggettivo), con esclusione di letture ermeneutiche in chiave soggettiva ed integrativa, e con l’applicazione automatica e vincolata dell’esclusione laddove previsto dalla normativa di gara.

6.3. Una volta assodati la natura giuridica e l’ambito applicativo (profondamente innovativi), della norma che ha introdotto il principio di tassatività delle cause di esclusione, e circoscritti i suoi effetti alle gare in materia di appalti e affidamenti disciplinati dal codice dei contratti pubblici, emerge nitidamente che non è predicabile l’applicazione del principio di tassatività:

a) alle procedure disciplinate dal codice dei contratti pubblici prima dell’entrata in vigore (al 14 maggio 2011), della norma che lo ha introdotto nel micro ordinamento di settore (*retro* § 5);

b) alle procedure selettive non disciplinate direttamente o indirettamente (per auto vincolo dell’Amministrazione procedente), dal codice dei contratti pubblici.

6.4. In conclusione, avuto riguardo alla seconda questione sottoposta all’adunanza plenaria, devono enunciarsi i seguenti principi di diritto:

a)*<<il principio di tassatività delle cause di esclusione sancito dall’art.****46****, co. 1-bis, codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), si applica unicamente alle procedure di gara disciplinate dal medesimo codice>>;*

b)*<<sono legittime ai sensi dell’art.****46****, co. 1-bis, codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), le clausole dei bandi di gara che prevedono adempimenti a pena di esclusione, anche se di carattere formale, purché conformi ai tassativi casi contemplati dal medesimo comma, nonché dalle altre disposizioni del codice dei contratti pubblici, del regolamento di esecuzione e delle leggi statali>>.*

7. *IL PRINCIPIO DEL SOCCORSO ISTRUTTORIO*.

7.1. Come si è visto in precedenza, il c.d. “soccorso istruttorio” è previsto dall’art. **46**, co. 1, codice dei contratti pubblici (non inciso dalla novella recata dal più volte richiamato d.l. n. 70 del 2011), secondo cui <<*1. Nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati.* >>.

Tale norma – mutuando una regola già contenuta negli artt. 16, d.lgs. n. 157 del 1995 e 15, d.lgs. n. 358 del 1992, rubricati *<<documenti e informazioni complementari>>* - sia prima che dopo la novella del 2011, è stata oggetto di una costante rigorosa interpretazione da parte del Consiglio di Stato dalla quale l’Adunanza plenaria non vede ragioni per discostarsi (cfr., fra le tante e più recenti, Cons. St., Sez. V, 18 febbraio 2013, n. 974; Sez. V, 5 dicembre 2012, n. 6248; Sez. V, 25 giugno 2007, n. 3645; Sez. VI, 23 marzo 2007, n. 1423; Sez. V, 20 maggio 2002, n. 2717).

Tale impostazione risulta vieppiù confermata dopo l’introduzione dell’autonomo principio di tassatività delle cause di esclusione che, come si è visto in precedenza (*retro* §§ 6.1.3. – 6.1.5.), ha drasticamente diminuito le fattispecie escludenti (fra cui quelle incentrate su vizi meramente formali), riducendo, a monte, le occasioni di invocare l’esercizio del c.d. “potere di soccorso” in funzione sanante; ovviamente rimane ferma (ed è anzi implementata in considerazione della riduzione dell’area delle fattispecie escludenti), la piena operatività del “potere di soccorso” in funzione della mera regolarizzazione di adempimenti non più colpiti dalla sanzione dell’esclusione.

7.2. Si riportano in sintesi i condivisi principi (ed i relativi argomenti a sostegno), di matrice giurisprudenziale, elaborati nel corso del tempo dal Consiglio di Stato, in relazione al “soccorso istruttorio” disciplinato dal codice dei contratti pubblici:

a) il “soccorso istruttorio” si risolve, giusta il tenore letterale della norma (laddove afferma *<<…invitano, se necessario….>>*) e la sua *ratio essendi*, non in una facoltà, ma in un doveroso ordinario *modus procedendi* volto a superare inutili formalismi in nome del principio del *favor partecipationis* e della semplificazione, sia pure all’interno di rigorosi limiti che saranno appresso precisati;

b) il “soccorso istruttorio”, dal punto di vista sistematico, rappresenta una applicazione legale del principio del giusto procedimento sancito dall’art. 3, l. 7 agosto 1990, n. 241 che impone all’amministrazione di squarciare il velo della mera forma per assodare l’esistenza delle effettive condizioni di osservanza delle prescrizioni imposte dalla legge o dal bando di gara;

c) l’esegesi rigorosa delle disposizioni riguardanti il c.d. “potere di soccorso”, avuto riguardo ai valori in gioco, nasce dalla fondata preoccupazione che l’allargamento del suo ambito applicativo alteri la *par condicio*, violi il canone di imparzialità e di buon andamento dell’azione amministrativa, incida sul divieto di disapplicazione della *lex specialis* contenuta nel bando, eluda la natura decadenziale dei termini cui è soggetta la procedura;

d), l’esegesi rigorosa del “soccorso istruttorio” trova piena giustificazione anche in considerazione del principio generale dell’autoresponsabilità dei concorrenti, in forza del quale ciascuno di essi sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella formulazione dell’offerta e nella presentazione della documentazione;

e) per meglio definire il perimetro del “soccorso istruttorio” è necessario distinguere tra i concetti di “regolarizzazione documentale” ed “integrazione documentale”: la linea di demarcazione discende *naturaliter* dalle qualificazioni stabilite *ex ante*nel bando, nel senso che il principio del “soccorso istruttorio” è inoperante ogni volta che vengano in rilievo omissioni di documenti o inadempimenti procedimentali richiesti a pena di esclusione dalla legge di gara (specie se si è in presenza di una clausola univoca), dato che la sanzione scaturisce automaticamente dalla scelta operata a monte dalla legge, senza che si possa ammettere alcuna possibilità di esercizio del “potere di soccorso”; conseguentemente, l’integrazione non è consentita, risolvendosi in un effettivo *vulnus* del principio di parità di trattamento; è consentita, invece, la mera regolarizzazione, che attiene a circostanze o elementi estrinseci al contenuto della documentazione e che si traduce, di regola, nella rettifica di errori materiali e refusi;

f) giusta il tenore testuale dell’*incipit* del comma 1 in esame (<<*1. Nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45…>>),*il “soccorso istruttorio” consente di completare dichiarazioni o documenti già presentati (ma, giova ribadirlo, non di introdurre documenti nuovi), solo in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione dell’impresa; esso non può essere mai utilizzato per supplire a carenze dell’offerta sicché non può essere consentita al concorrente negligente la possibilità di completare l’offerta successivamente al termine finale stabilito dal bando, salva la rettifica di errori materiali o refusi;

g) il “soccorso istruttorio” ricomprende la possibilità di chiedere chiarimenti, purché il possesso del requisito sia comunque individuabile dagli atti depositati e occorra soltanto una delucidazione ovvero un aggiornamento; in tal caso non si sta discutendo della esistenza del requisito ma soltanto di una (consentita) precisazione che non innova e non altera la *par condicio* e la legalità della gara, avendo ad oggetto un fatto meramente integrativo, da un punto di vista formale, di una situazione sostanzialmente già verificatasi e acquisita;

h) il “soccorso istruttorio”, infine, si sostanzia anche nella interpretazione di clausole ambigue onde favorire la massima partecipazione alle gare e, conseguentemente, nella possibilità di consentire, unicamente per questo limitato caso e nel rispetto della *par condicio*, la successiva integrazione documentale; siffatta attività di interpretazione, a fronte di clausole ambigue appare necessaria specie se sollecitata da appositi quesiti dei candidati; la relativa risposta, ovviamente, deve essere comunicata a tutti i partecipanti alla gara (c.d. *ruling* contrattuale).

7.3. In definitiva, in presenza di una previsione chiara e dell’inosservanza di questa da parte di una impresa concorrente, l’invito alla integrazione costituirebbe una palese violazione del principio della *par condicio*, che verrebbe vulnerato dalla rimessione in termini, per mezzo della sanatoria (su iniziativa dell’Amministrazione), di una documentazione incompleta o insufficiente ad attestare il possesso del requisito di partecipazione o la completezza dell’offerta, da parte del concorrente che non ha presentato, nei termini e con le modalità previste dalla *lex specialis*, una dichiarazione o documentazione conforme al regolamento di gara.

In relazione alle procedure disciplinate dal codice dei contratti pubblici, l’introduzione della tassatività delle cause di esclusione e l’esatta individuazione dell’essenza del “potere di soccorso”, sanciti dal novellato art. **46** del medesimo codice, rendono evidenti, da un lato, il venir meno di talune criticità messe in luce dall’ordinanza di rimessione, dall’altro, l’inaccoglibilità di alcune suggestioni esegetiche prospettate dalla medesima ordinanza; in particolare:

a) l’innovativa novella al codice dei contratti pubblici, ha ridotto drasticamente la discrezionalità della stazione appaltante nella c.d. (auto)regolamentazione del soccorso istruttorio, atteso che l’Amministrazione ha perso la facoltà di inserire nel bando, al di fuori della legge, la previsione che un determinato adempimento sostanziale, formale o documentale sia richiesto a pena di esclusione;

b) in quest’ottica è stata eliminata in radice la lamentata stortura di un sistema che consentiva alla stessa Amministrazione di prescindere dall’onere di una preventiva interlocuzione e di escludere il concorrente sulla base della riscontrata carenza documentale, indipendentemente da ogni verifica sulla valenza “sostanziale” della forma documentale omessa;

c) parimenti non può trovare ingresso, al contrario di quanto suggerito dalla VI Sezione, l’applicazione del principio processuale civilistico della sanatoria dei vizi formali per il raggiungimento dello scopo, rispondendo tale istituto ad una logica diversa da quella che connota il procedimento amministrativo di evidenza pubblica contrattuale.

7.4. Quanto sin qui detto vale per le procedure disciplinate dal codice dei contratti pubblici.

Per le procedure di gara non regolamentate dal predetto codice opera, nell’ambito della disciplina generale del procedimento amministrativo, la norma sancita dall’art. 6, co. 1, lett. b), l. n. 241 del 1990, in base alla quale *<<…il responsabile del procedimento ….può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete…e ordinare esibizioni documentali>>*.

E’ evidente che il “potere di soccorso” costituisce un istituto di carattere generale del procedimento amministrativo, che, nel particolare settore delle selezioni pubbliche diverse da quelle disciplinate dal codice dei contratti pubblici, soddisfa la comune esigenza di consentire la massima partecipazione alla gara, orientando l’azione amministrativa sulla concreta verifica dei requisiti di partecipazione e della capacità tecnica ed economica, attenuando la rigidità delle forme.

7.4.1. Un primo elemento di differenza sostanziale rispetto al “potere di soccorso” disciplinato dall’art. **46**, co. 1, codice dei contratti pubblici, emerge dal raffronto fra il tenore testuale delle due disposizioni: invero, l’art. 6, l. n. 241 del 1990 cit., si limita a prevedere la mera facoltà a che il responsabile del procedimento eserciti il “potere di soccorso”, mentre l’art. **46** cit. obbliga la stazione appaltante a fare ricorso al “potere di soccorso”, sia pure nei precisi limiti derivanti dalla rigorosa individuazione del suo oggetto e della sua portata applicativa.

Inoltre, poiché il principio della tassatività delle cause di esclusione, giova ribadirlo, vige solo per le procedure disciplinate dal codice dei contratti pubblici, al di fuori di tale ambito:

a) il “potere di soccorso” nei procedimenti diversi da quelli comparativi, dispiega la sua massima portata espansiva, tendenzialmente senza limiti salvo quelli propri della singola disciplina di settore;

b) in relazione ai procedimenti comparativi (ferme le conclusioni cui si è giunti circa la necessità di una interpretazione rigorosa ed in ordine al suo contenuto ed ai suoi effetti stante l’*eadem ratio* con gare propriamente contrattuali, *retro*§ 7.2.), il “potere di soccorso” è utilmente invocabile anche ai fini del riscontro della validità delle clausole che introducono adempimenti a pena di esclusione; in quest’ottica integra il parametro di giudizio di manifesta sproporzione che il giudice amministrativo è chiamato ad effettuare, *ab externo* e senza sostituirsi all’Amministrazione, nel caso venga impugnata una clausola di esclusione per l’inadempimento di oneri meramente formali.

7.4.2. Tali conclusioni non sono però incondizionate dovendo essere temperate dalle ulteriori seguenti considerazioni che contribuiscono a precisare l’ambito del “soccorso istruttorio” al di fuori del codice dei contratti pubblici.

Nell’ambito del procedimento amministrativo e, in particolare, in relazione alle procedure comparative e di massa, caratterizzate dalla presenza di un numero ragguardevole di partecipanti (ad es. reclutamenti di pubblici dipendenti):

a) si configurano in capo al singolo partecipante obblighi di correttezza - specificati attraverso il richiamo alla clausola generale della buona fede, della solidarietà e dell’auto responsabilità - rivenienti il fondamento sostanziale negli artt. 2 e 97 Cost., che impongono che quest’ultimo sia chiamato ad assolvere oneri minimi di cooperazione: si pensi al dovere di fornire informazioni non reticenti e complete, di compilare moduli, di presentare documenti ecc. (cfr., *ex plurimis* e da ultimo, Cons. St., Ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3; successivamente, Sez. V, 21 giugno 2013, n. 3408; Sez. V, 15 novembre 2012, n. 5772; antecedentemente alla Plenaria cfr. Sez. IV, 27 novembre 2010, n. 8291);

b) il divieto del formalismo incontra il limite derivante dalla particolare importanza che assume l’esigenza di speditezza (e dunque di efficienza, efficacia ed economicità), dell’azione amministrativa: in questi casi l’imposizione di oneri formali a carico dei partecipanti alla procedura può essere funzionalmente correlata alla necessità di garantire il rispetto dei tempi del procedimento a salvaguardia dell’interesse pubblico primario affidato dall’ordinamento alla cura dell’amministrazione procedente, nonché degli interessi secondari coinvolti (pubblici o privati che siano);

c) la compilazione di moduli o la produzione di fotocopie di validi documenti (di identità, ma non solo), di per sé non si configurano come adempimenti abnormi o eccessivi; dunque le clausole della legge di gara che li prevedono non sono *ex se* illegittime;

d) la manifesta irragionevolezza e sproporzione si coglie, invece, nella conseguenza dell’inadempimento dell’onere richiesto al privato, ovvero nella esclusione dalla procedura; tali clausole sono pertanto illegittime e, se ritualmente e tempestivamente impugnate, devono essere annullate.

7.4.3. Per completezza si evidenzia che queste clausole non possono ritenersi nulle e dunque inefficaci (e disapplicabili dall’Amministrazione procedente ovvero dal giudice amministrativo), a prescindere da una rituale impugnazione, perché:

a) la sanzione della nullità è prevista espressamente dall’art. **46** cit. solo per le procedure di gara disciplinate dal medesimo codice (come si è già detto *retro* al § 6.2.);

b) la nullità dell’atto amministrativo è eccezionale e sono di stretta interpretazione, ai sensi dell’art. 14 delle preleggi, le norme che la prevedono;

c) non ricorrono le condizioni perché si possa configurare la nullità dell’atto amministrativo ai sensi dell’art. 21 *septies*, l. n. 241 del 1990, in quanto non si riscontrano*, ictu oculi,* gli indispensabili presupposti richiesti dalla norma: I) mancanza degli elementi essenziali del provvedimento; II) difetto assoluto di attribuzione; III) violazione o elusione del giudicato.

7.4.4. Rimane inteso che l’Amministrazione ben potrà prevedere a carico del partecipante alla procedura, come conseguenza dell’inadempimento degli oneri formali previsti dalla legge di gara, altre, diverse, proporzionate misure di carattere organizzatorio ovvero pecuniario (ad es. rimborso dei costi sostenuti per il rallentamento della procedura anche forfettizati in sede di bando), che traggono fondamento dai su richiamati doveri di solidarietà ed auto responsabilità.

7.4.5. Da tutto quanto fin qui esposto, emerge con nettezza che il principio di tassatività non è un corollario del più ampio principio del soccorso istruttorio e, sotto tale angolazione, non può, pertanto, accogliersi la lettura sinottica dei due commi del più volte menzionato art. **46** prospettata dall’ordinanza di rimessione, in quanto il d.l. n. 70 del 2011 non ha innovato in alcun modo il comma 1 dell’art. **46** del codice dei contratti pubblici (*retro*§ 7.1.).

L’interprete si trova di fronte a due diversi principi, ciascuno caratterizzato da autonomi presupposti ed ambiti operativi, pur se accomunati dal soddisfare esigenze di certezza, speditezza e semplificazione dell’azione amministrativa e delle imprese di settore.

7.5. In conclusione, avuto riguardo alla terza questione sottoposta all’adunanza plenaria, devono enunciarsi i seguenti principi di diritto:

a) *<<nelle procedure di gara disciplinate dal codice dei contratti pubblici, il “potere di soccorso” sancito dall’art.****46****, co.1, del medesimo codice (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) - sostanziandosi unicamente nel dovere della stazione appaltante di regolarizzare certificati, documenti o dichiarazioni già esistenti ovvero di completarli ma solo in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione, chiedere chiarimenti, rettificare errori materiali o refusi, fornire interpretazioni di clausole ambigue nel rispetto della par condicio dei concorrenti - non consente la produzione tardiva del documento o della dichiarazione mancante o la sanatoria della forma omessa, ove tali adempimenti siano previsti a pena di esclusione dal codice dei contratti pubblici, dal regolamento di esecuzione e dalle leggi statali>>;*

b) *<<nelle procedure di gara non disciplinate dal codice dei contratti pubblici, il “potere di soccorso” sancito dall’art. 6, co. 1, lett. b), l. 7 agosto 1990, n. 241, costituisce parametro per lo scrutinio della legittimità della legge di gara che, in assenza di una corrispondente previsione normativa, stabilisca la sanzione della esclusione; conseguentemente, è illegittima - per violazione dell’art. 6, co. 1, lett. b), l. 7 agosto 1990, n. 241, nonché sotto il profilo della manifesta sproporzione - la clausola della legge di gara che disciplina una procedura diversa da quelle di massa, nella parte in cui commina la sanzione della esclusione per l’inosservanza di una prescrizione meramente formale >>.*

8. *IL RAPPORTO FRA RICORSO INCIDENTALE E RICORSO PRINCIPALE NELLE CONTROVERSIE IN MATERIE DI GARE PUBBLICHE.*

[…]

8.4. In conclusione, avuto riguardo alla quarta questione sottoposta all’adunanza plenaria, devono enunciarsi i seguenti principi di diritto:

*a) <<il giudice ha il dovere di decidere la controversia, ai sensi del combinato disposto degli artt. 76, co. 4, c.p.a. e 276, co. 2, c.p.c., secondo l’ordine logico che, di regola, pone la priorità della definizione delle questioni di rito rispetto alle questioni di merito e, fra le prime, la priorità dell’accertamento della ricorrenza dei presupposti processuali rispetto alle condizioni dell’azione>>;*

*b) <<nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, deve essere esaminato prioritariamente rispetto al ricorso principale il ricorso incidentale escludente che sollevi un’eccezione di carenza di legittimazione del ricorrente principale non aggiudicatario, in quanto soggetto che non ha mai partecipato alla gara, o che vi ha partecipato ma è stato correttamente escluso ovvero che avrebbe dovuto essere escluso ma non lo è stato per un errore dell’amministrazione; tuttavia, l’esame prioritario del ricorso principale è ammesso, per ragioni di economia processuale, qualora risulti manifestamente infondato, inammissibile, irricevibile o improcedibile>>;*

*c) <<nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, il ricorso incidentale non va esaminato prima del ricorso principale allorquando non presenti carattere escludente; tale evenienza si verifica se il ricorso incidentale censuri valutazioni ed operazioni di gara svolte dall’amministrazione nel presupposto della regolare partecipazione alla procedura del ricorrente principale>>;*

*d) <<nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, sussiste la legittimazione del ricorrente in via principale - estromesso per atto dell’Amministrazione ovvero nel corso del giudizio, a seguito dell’accoglimento del ricorso incidentale - ad impugnare l’aggiudicazione disposta a favore del solo concorrente rimasto in gara, esclusivamente quando le due offerte siano affette da vizio afferente la medesima fase procedimentale come precisato in motivazione>>.*

9. L’Adunanza plenaria restituisce gli atti alla VI Sezione del Consiglio di Stato, ai sensi dell’art. 99, co. 1, ultimo periodo, e 4, c.p.a., affinché si pronunci sull’appello principale della ditta Palumbo ed eventualmente su quello incidentale della ditta Navale nel rispetto dei seguenti principi di diritto:

a) *<<l’art. 4, co. 2, lett. d), nn. 1 e 2, d.l. 13 maggio 2011, n. 70 - Semestre Europeo - Prime disposizioni urgenti per l'economia - che ha aggiunto l'inciso <<Tassatività delle cause di esclusione>> nella rubrica dell'articolo****46****, del codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), e nel corpo dello stesso ha inserito il comma 1-bis - non costituisce una norma di interpretazione autentica e, pertanto, non ha effetti retroattivi e trova esclusiva applicazione alle procedure di gara i cui bandi o avvisi siano pubblicati (nonché alle procedure senza bandi o avvisi, i cui inviti siano inviati), successivamente al 14 maggio 2011, data di entrata in vigore del d.l. n. 70 del 2011>>;*

b) *<<il principio di tassatività delle cause di esclusione sancito dall’art.****46****, co. 1-bis, codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), si applica unicamente alle procedure di gara disciplinate dal medesimo codice>>;*

c) *<<sono legittime ai sensi dell’art.****46****, co. 1-bis, codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), le clausole dei bandi di gara che prevedono adempimenti a pena di esclusione, anche se di carattere formale, purché conformi ai tassativi casi contemplati dal medesimo comma, nonché dalle altre disposizioni del codice dei contratti pubblici, del regolamento di esecuzione e delle leggi statali>>;*

d) *<<nelle procedure di gara disciplinate dal codice dei contratti pubblici, il “potere di soccorso” sancito dall’art.****46****, co.1, del medesimo codice (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) - sostanziandosi unicamente nel dovere della stazione appaltante di regolarizzare certificati, documenti o dichiarazioni già esistenti ovvero di completarli ma solo in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione, chiedere chiarimenti, rettificare errori materiali o refusi, fornire interpretazioni di clausole ambigue nel rispetto della par condicio dei concorrenti - non consente la produzione tardiva del documento o della dichiarazione mancante o la sanatoria della forma omessa, ove tali adempimenti siano previsti a pena di esclusione dal codice dei contratti pubblici, dal regolamento di esecuzione e dalle leggi statali>>;*

e) *<<nelle procedure di gara non disciplinate dal codice dei contratti pubblici, il “potere di soccorso” sancito dall’art. 6, co. 1, lett. b), l. 7 agosto 1990, n. 241, costituisce parametro per lo scrutinio della legittimità della legge di gara che, in assenza di una corrispondente previsione normativa, stabilisca la sanzione della esclusione; conseguentemente, è illegittima - per violazione dell’art. 6, co. 1, lett. b), l. 7 agosto 1990, n. 241, nonché sotto il profilo della manifesta sproporzione - la clausola della legge di gara che disciplina una procedura diversa da quelle di massa, nella parte in cui commina la sanzione della esclusione per l’inosservanza di una prescrizione meramente formale >>;*

f) *<<il giudice ha il dovere di decidere la controversia, ai sensi del combinato disposto degli artt. 76, co. 4, c.p.a. e 276, co. 2, c.p.c., secondo l’ordine logico che, di regola, pone la priorità della definizione delle questioni di rito rispetto alle questioni di merito e, fra le prime, la priorità dell’accertamento della ricorrenza dei presupposti processuali rispetto alle condizioni dell’azione>>;*

g) *<<nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, deve essere esaminato prioritariamente rispetto al ricorso principale il ricorso incidentale escludente che sollevi un’eccezione di carenza di legittimazione del ricorrente principale non aggiudicatario, in quanto soggetto che non ha mai partecipato alla gara, o che vi ha partecipato ma è stato correttamente escluso ovvero che avrebbe dovuto essere escluso ma non lo è stato per un errore dell’amministrazione; tuttavia, l’esame prioritario del ricorso principale è ammesso, per ragioni di economia processuale, qualora risulti manifestamente infondato, inammissibile, irricevibile o improcedibile>>;*

h) *<<nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, il ricorso incidentale non và esaminato prima del ricorso principale allorquando non presenti carattere escludente; tale evenienza si verifica se il ricorso incidentale censuri valutazioni ed operazioni di gara svolte dall’amministrazione nel presupposto della regolare partecipazione alla procedura del ricorrente principale>>;*

i)*<<nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, sussiste la legittimazione del ricorrente in via principale - estromesso per atto dell’Amministrazione ovvero nel corso del giudizio, a seguito dell’accoglimento del ricorso incidentale - ad impugnare l’aggiudicazione disposta a favore del solo concorrente rimasto in gara, esclusivamente quando le due offerte siano affette da vizio afferente la medesima fase procedimentale come precisato in motivazione>>.*

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), non definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto:

a) formula i principi di diritto di cui in motivazione;

b) restituisce gli atti alla VI Sezione del Consiglio di Stato per ogni ulteriore statuizione, in rito, nel merito nonché sulle spese del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 novembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Giovannini, Presidente

Riccardo Virgilio, Presidente

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Stefano Baccarini, Presidente

Alessandro Pajno, Presidente

Marzio Branca, Consigliere

Vito Poli, Consigliere, Estensore

Francesco Caringella, Consigliere

Maurizio Meschino, Consigliere

Nicola Russo, Consigliere

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Vittorio Stelo, Consigliere

Roberto Giovagnoli, Consigliere

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  |  |  |
|  |  |  |
| **IL PRESIDENTE** | | |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |
| **L'ESTENSORE** |  | **IL SEGRETARIO** |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/02/2014

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

Il Dirigente della Sezione

**- II -**

**L’AVVALIMENTO (art. 49 D.lgs. 163/2006)**

\*\*\*\*\*

|  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **N. 00466/2015 REG.PROV.COLL.**  **N. 02061/2014 REG.RIC.**  **REPUBBLICA ITALIANA**  **IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**  **Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana**  **(Sezione Prima)**  ha pronunciato la presente  **SENTENZA**  sul ricorso numero di registro generale 2061 del 2014, proposto da:  New Energy s.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Tullio D'Amora, Silvia Santinelli, con domicilio eletto presso l’avvocato Silvia Santinelli in Firenze, Via de' Rondinelli n. 2;  ***contro***  Comune di Montecatini Terme, rappresentato e difeso dall'avv. Franco Arizzi, con domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, lungarno A. Vespucci n. 20;  ***nei confronti di***  Bicincittà s.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Bruno Sarzotti, Valentina Buccino e Matteo Spatocco, con domicilio eletto presso lo studio di quest’ultimo in Firenze, viale Spartaco Lavagnini n. 41;  ***per l'annullamento***  - della determinazione n. 1110 del 21.10.2014 del Responsabile di Area "Sviluppo Infrastrutture" Settore "Opere Pubbliche" del Comune di Montecatini Terme, recante l'aggiudicazione definitiva in favore di Bicincittà s.r.l. della procedura aperta per l'affidamento della concessione di fornitura relativa a "Montecatini in bici. Progetto di Bike Sharing integrato con sistemi di energie rinnovabili a sostegno della mobilità sostenibile", comunicata via pec con nota del 28.10.2014 a New Energy s.r.l.";  - della determinazione n. 755 del 7.07.2014 del Responsabile di Area "Sviluppo Infrastrutture" Settore "Opere Pubbliche" del Comune di Montecatini Terme, recante la nomina della Commissione Giudicatrice;  - di tutti gli atti ad esso connessi, presupposti e consequenziali, ivi compresi, per quanto occorrer possa, la menzionata comunicazione pec del 28.10.2014 con la quale l 'aggiudicazione definitiva è stata comunicata alla ricorrente, tutti i verbali di gara (ivi compresi il verbale di gara n. 1, il verbale di gara n. 2, il verbale di gara n. 3 ed il verbale di contraddittorio orale dell'8.09.2014), nonchè il bando di gara ed il Capitolato speciale descrittivo e prestazionale, se interpretati nel senso che la valutazione tecnica delle offerte riguarderebbe soltanto i veicoli a due ruote e non anche i veicoli a tre o quattro ruote prescritti dalla lex specialis di gara;  per l'annullamento e/o la declaratoria di inefficacia  del contratto eventualmente stipulato con l'aggiudicataria;  nonché per il risarcimento dei danni.    Visti il ricorso e i relativi allegati;  Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Montecatini Terme e di Bicincittà s.r.l.;  Visto il ricorso incidentale di quest’ultima;  Viste le memorie difensive;  Visti tutti gli atti della causa;  Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 marzo 2015 il dott. Gianluca Bellucci e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;  Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.    FATTO  Il Comune di Montecatini, con determinazione n. 621 del 26.5.2014, ha indetto la procedura aperta per l’affidamento della concessione di fornitura per il progetto di bike sharing, avente ad oggetto anche la progettazione definitiva/esecutiva e la gestione, con importo a base di gara pari ad euro 470.000 e con criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa.  Entro il termine prestabilito del 4.7.2014 hanno presentato offerta New Energy s.r.l., Bicincittà s.r.l. e TMR s.r.l..  Ad esito delle valutazioni effettuate dalla Commissione di gara, il responsabile comunale di area “Sviluppo Infrastrutture” settore “Opere Pubbliche” ha approvato i verbali della selezione e disposto l’aggiudicazione definitiva a favore di Bicincittà s.r.l..  Avverso tale provvedimento e gli atti connessi la ricorrente è insorta deducendo varie censure.  Si sono costituiti in giudizio il Comune di Montecatini e la controinteressata Bicincittà s.r.l..  Quest’ultima ha depositato in giudizio, in data 23.12.2014, ricorso incidentale.  Con ordinanza n. 19/2015 questo TAR ha respinto l’istanza cautelare.  Tale pronuncia è stata confermata dal Consiglio di Stato, sezione V, con ordinanza n. 748 del 18.2.2015.  All’udienza dell’11 marzo 2015 la causa è stata posta in decisione.  DIRITTO  Seguendo l'ordine logico che, di regola, pone la priorità della definizione delle questioni di rito rispetto alle questioni di merito, riveste carattere preliminare (ai sensi degli artt. 76, comma 4, c.p.a. e 276, comma 2, c.p.c.) l'esame della censura proposta con il ricorso incidentale con cui la società aggiudicataria contesta l'ammissione della ricorrente alla gara.  Invero, nel giudizio avente ad oggetto le procedure selettive, deve essere esaminato prioritariamente, rispetto al ricorso principale, il ricorso incidentale escludente che sollevi un'eccezione di carenza di legittimazione del ricorrente principale non aggiudicatario, in quanto soggetto che, come dedotto nel caso di specie, avrebbe dovuto essere escluso ma non lo è stato per un errore dell'Amministrazione (Cons. Stato, Ad. Plen., 25.2.2014, n. 9; Cons. Stato, IV, 13.1.2015, n. 48; TAR Molise, I, 30.1.2015, n. 35).  Ciò precisato, passando all’esame delle censure, il Collegio rileva che secondo la ricorrente incidentale l’ammissione della società New Energy alla gara è illegittima, in quanto il contratto di avvalimento prodotto da quest’ultima si discosta, per la sua indeterminatezza e genericità, dal paradigma tracciato dall’art. 49 del d.lgs. n. 163/2006 e dall’art. 88, comma 1, lett. a, del d.p.r. n. 207/2010; aggiunge che la prestazione contrattuale dell’ausiliaria è di natura condizionata, con la conseguenza che le parti potrebbero non garantire al Comune la capacità esecutiva.  Il motivo è fondato.  New Energy è ricorsa all’avvalimento ai fini dell’acquisizione dei requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico organizzativa, nonché ai fini del requisito della disponibilità di un tecnico impiantista, stipulando un contratto di avvalimento con l’impresa ausiliaria GCI Group s.r.l. (pagina 4 del verbale di gara n. 1, costituente il documento n. 2 depositato in giudizio dalla ricorrente incidentale). Tale contratto (documento n. 3 depositato in giudizio dal controinteressato) fa riferimento all’autorizzazione ad utilizzare i requisiti economico finanziari e di capacità tecnico organizzativa, ma non puntualizza le risorse e i mezzi che consentono all’impresa avvalente di possedere i requisiti medesimi.  In particolare, a fronte del requisito speciale, prescritto dal bando di gara (pagina 8), costituito dall’avvenuta progettazione e realizzazione, negli ultimi tre anni, di forniture analoghe a quelle oggetto della procedura selettiva, per un importo di almeno 470.000 euro, la ricorrente si limita a richiamare nel contratto di avvalimento “i requisiti economici e finanziari e capacità tecnico organizzativa dell’impresa ausiliaria”, senza precisare quale sia l’organizzazione, i beni e la manodopera la cui messa a disposizione consenta di ritenere effettivamente adempiuto l’obbligo del possesso dei requisiti speciali indicati nella lex di gara..  Invero, in forza dell’art. 49 del d.lgs. n. 163/2006 le parti devono concordare la messa a disposizione non del solo requisito quale valore astratto, ma delle risorse e dell’apparato organizzativo, prestati dall’ausiliaria, in modo da giustificare concretamente l’attribuzione del requisito stesso (Cons. Stato, VI, 13.6.2013, n. 7755). L’esigenza di una puntuale individuazione dell’oggetto del contratto di avvalimento scaturisce non solo dalla previsione del codice civile che configura quale causa di nullità del contratto l’indeterminatezza e indeterminabilità del suo oggetto, ma anche dalla necessità di evitare elusioni del sistema dei requisiti di accesso alle gare pubbliche.  In questa prospettiva, «la pratica della mera riproduzione, nel testo dei contratti di avvalimento, della formula legislativa della messa a disposizione delle “risorse necessarie di cui è carente il concorrente” (o espressioni similari) si appalesa, oltre che tautologica (e, come tale, indeterminata per definizione), inidonea a permettere qualsivoglia sindacato, da parte della stazione appaltante, sull’effettività della messa a disposizione dei requisiti» (Cons. Stato, V, 6 agosto 2012, n. 4510).  L’art. 88, comma 1, lett. a), del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante «Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE») ha recepito, a livello normativo, questi principi, stabilendo che il contratto di avvalimento deve riportare «in modo compiuto, esplicito ed esauriente (…) le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico». La suddetta norma, pur essendo inserita nella parte II del regolamento, avente ad oggetto i contratti pubblici relativi a lavori nei settori ordinari, è espressione di un **principio** generale e, come tale, trova applicazione anche negli affidamenti relativi a servizi e forniture (TAR Toscana, I, 22.12.2014, n. 2083).  La circostanza che la gara in questione sia preordinata all’affidamento non di un vero e proprio appalto, ma di una concessione di fornitura, comprendente la progettazione e la gestione del “bike sharing” (punto 3 del bando), non esonera dall’osservanza dei suddetti precetti normativi, essendo questi espressione di principi generali valevoli anche per le concessioni (Cons. Stato, VI, 22.7.2014, n. 3905; idem, IV, 20.11.2008, n. 5742). Tali principi sono del resto implicitamente richiamati nella pagina 12 del bando (punto 18), laddove si prevede la possibilità dell’avvalimento, se ne evidenzia la portata generale e vengono elencati i documenti, da porre a corredo dell’offerta, previsti dall’art. 49, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006.  Inoltre «nell’istituto dell’avvalimento l’impresa ausiliaria non è semplicemente un soggetto terzo rispetto alla gara, dovendosi essa impegnare non soltanto verso l'impresa concorrente ausiliata ma anche verso la stazione appaltante a mettere a disposizione del concorrente le risorse di cui questi sia carente, sicché l’ausiliario è tenuto a riprodurre il contenuto del contratto di avvalimento in una dichiarazione resa nei confronti della stazione appaltante» (Cons. Stato, VI, 13 maggio 2010, n. 2956). Infatti occorre soddisfare «esigenze di certezza dell’amministrazione», essendo la dichiarazione dell’impresa ausiliaria «volta a soddisfare l’interesse della stazione appaltante ad evitare, dopo l’aggiudicazione, l’insorgere di contestazioni sugli obblighi dell’ausiliario» (Cons. Stato, VI, n. 2956 del 2010, cit.); esigenze di certezza che si pongono anche in caso di concessione.  Riassumendo, anche questo TAR ( sent. n. 2083 del 22.12.2014) ha recentemente statuito che “il contratto di avvalimento deve rispettare la disciplina civilistica in tema di contenuto contrattuale, con particolare riferimento all'esistenza ed alla determinatezza dell'oggetto: esso deve identificare in modo chiaro ed esauriente la volontà del soggetto ausiliario di impegnarsi, la natura dell'impegno assunto e la concreta portata delle risorse messe a disposizione per effetto dell'avvalimento (ex multis: Cons. Stato, V, 5.12.2012, n. 6233; TAR Lombardia, Milano, III, 29.12.2012, n. 3290; TAR Toscana, I, 21.5.2012, n. 986; idem, 21.3.2013, n. 443), anche qualora si tratti del cosiddetto**avvalimento di garanzia** (Cons. Stato, III, 17.6.2014, n. 3057)”.  Ciò precisato, deve rilevarsi che gli elementi di determinatezza dell’avvalimento che la giurisprudenza reputa imprescindibili non sussistono nel caso di specie.  Invero, i requisiti che la ricorrente vuole procurarsi dall’ausiliaria (coincidenti con quelli indicati alla pagina 8 del bando (documento n. 1 depositato in giudizio da Bicincittà s.r.l.) hanno valenza tecnico-organizzativa, essendo finalizzati a dimostrare che l’operatore economico che partecipa alla gara è in possesso di quella specifica competenza risultante proprio dall’avere svolto, nel settore oggetto della concessione e per l’indicato periodo temporale, determinate forniture ed una determinata progettazione. Nel caso in cui una tale competenza venga prestata da un’altra impresa è logico che la stessa debba specificamente indicare i mezzi e le risorse correlate a tale competenza che vengono messe a disposizione ai fini dell’attuazione dell’impegno negoziale. Diversamente, verrebbe vanificata la ragione giustificativa dell’obbligazione solidale. Il regime di responsabilità può, infatti, operare soltanto se viene specificamente indicata la prestazione cui tale responsabilità si riferisce. Non è possibile postulare un inadempimento contrattuale e la conseguente responsabilità di un soggetto il cui obbligo sia stato genericamente dedotto in contratto. In altri termini, la genericità dell’impegno assunto impedisce alla stazione appaltante di far valere in via immediata la responsabilità dell’ausiliaria, la quale, per andare esente da responsabilità, potrebbe limitarsi ad indicare proprio la mancanza di una specifica violazione contrattuale.  Questo assunto è dimostrato dalla parte del contratto in cui si afferma che l’impresa avvalente «ove mai dovesse richiedere all’impresa ausiliaria, anche per effetto di richieste della stazione appaltante, di fornire le risorse materiali o tecniche per l’esecuzione dell’appalto dovrà preventivamente erogarne il costo, a valore di mercato, a favore dell’impresa ausiliaria». Questa clausola dimostra come la prestazione contrattuale dell’impresa ausiliaria sia non solo in sé generica ma anche condizionata a una previa determinazione del suo effettivo valore economico, con la conseguenza che le parti potrebbero non raggiungere l’accordo previsto senza che la stazione appaltante abbia a sua disposizione strumenti adeguati di tutela per assicurare l’attuazione del rapporto negoziale (si veda, in relazione ad una fattispecie di avvalimento analoga a quella in questione: Cons. Stato, VI, 8.5.2014, n. 2365).  Non depone in senso contrario il riferimento, espresso nel contratto di avvalimento, alla messa a disposizione di un tecnico esperto in impiantistica, identificato da New Energy con la propria dichiarazione sostitutiva prodotta contestualmente all’offerta (documento n. 21 depositato in giudizio dalla ricorrente): tale riferimento non soddisfa l’obbligo di determinatezza relativo al “prestito” del requisito della progettazione e realizzazione di forniture analoghe, costituente autonomo requisito di partecipazione imposto dalla pagina 8 del bando.  Privo di pregio è invece l’ultimo motivo dedotto con l’impugnativa incidentale, incentrato sulla natura fittizia del corrispettivo pattuito nel contratto di avvalimento in questione.  Questo TAR ha già avuto modo di precisare che la atipicità del contratto di avvalimento non determina alcun vincolo in ordine alla causa negoziale e alla previsione del corrispettivo, dimostrandosi irrilevante, ai fini della validità del vincolo inter partes, la natura gratuita od onerosa della prestazione dell'impresa ausiliaria (TAR Toscana, I, 21.3.2013, n. 443).  La fondatezza del ricorso incidentale determina la sopravvenuta carenza di interesse in ordine al ricorso principale.  In conclusione, il ricorso incidentale deve essere accolto, mentre il ricorso principale va dichiarato improcedibile.  Sussistono, comunque, giusti motivi per compensare tra le parti le spese di giudizio, vista la particolarità delle questioni dedotte.  P.Q.M.  Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima), definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso incidentale e dichiara improcedibile il ricorso principale.  Spese compensate.  Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.  Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 11 marzo 2015 con l'intervento dei magistrati:  Armando Pozzi, Presidente  Gianluca Bellucci, Consigliere, Estensore  Alessandro Cacciari, Consigliere   |  |  |  | | --- | --- | --- | |  |  |  | |  |  |  | | **L'ESTENSORE** |  | **IL PRESIDENTE** | |  |  |  | |  |  |  | |  |  |  | |  |  |  | |  |  |  |   DEPOSITATA IN SEGRETERIA  Il 24/03/2015  IL SEGRETARIO  (Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.) |  |  |
| \*\*\*\*\* |  |  |

**N. 01425/2015 REG.PROV.COLL.**

**N. 05468/2014 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 5468 del 2014, proposto da:   
Tecnis Spa in proprio e quale Mandataria Ati, Ati-Cogip Infrastrutture Spa, Ati-Pavesi & C.Spa, Ati-Movistrade Cogefi Srl, rappresentati e difesi dall'avv. Gianluigi Pellegrino, con domicilio eletto presso Gianluigi Pellegrino in Roma, corso del Rinascimento, 11;

***contro***

Anas Spa, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura gen. dello Stato, domiciliata in Roma, Via dei Portoghesi, 12;   
Ics Grandi Lavori Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Stefano Vinti, Corinna Fedeli, con domicilio eletto presso Stefano Vinti in Roma, Via Emilia n. 88;   
Fabiani Spa quale Mandataria Ati, Ati-Ricciardello Costruzioni Srl;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE III n. 07666/2013, della sentenza breve del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE III n. 02921/2014, rese tra le parti, concernenti affidamento lavori esecuzione progetto preliminare "avanzato", dell'opera: "s.s. 199 - adeguamento al tipo b (4 corsie) dell'itinerario Sassari - Olbia - lotto 5, dal km 46 610 al km 55 050

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Anas Spa e di Ics Grandi Lavori Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 dicembre 2014 il Cons. Oberdan Forlenza e uditi per le parti gli avvocati Angelo Clarizia (su delega di Pellegrino), Fedeli e l'avv. dello Stato Noviello;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

1. Con l’appello in esame, la società Tecnis s.p.a., nelle qualità indicate in epigrafe, impugna le sentenze 26 luglio 2013 n. 7666 e 17 marzo 2014, con le quali il TAR per il Lazio, sez. III, ha rigettato il suo ricorso proposto avverso il provvedimento con il quale ANAS s.p.a,. ha proceduto all’aggiudicazione definitiva della gara (CA 07/12) per la progettazione esecutiva e l’esecuzione dell’opera SS 199 – adeguamento al tipo B (4 corsie), dell’itinerario Sassari – Olbia, dal Km. 46,610 al Km. 55,050.

Nella gara in esame, la società appellante si era classificata al terzo posto della graduatoria finale, dopo la società ICS Grandi Lavori s.p.a. (prima classificata) e Fabiani Costruzioni s.p.a. in ATI con Riccardello costruzioni s.p.a. (seconda in graduatoria), ma ha lamentato in sede giurisdizionale la sussistenza di ragioni di esclusione di ambedue le concorrenti.

Il TAR per il Lazio ha dapprima pronunciato sentenza parziale, con la quale, in particolare ha affermato:

- quanto alla invalidità della cauzione provvisoria presentata dalla società ICS (essendo stato inibito, in data 2 luglio 2012, alla società City Insurance di stipulare nuovi contratti nel territorio della Repubblica Italiana), la stessa deve essere ritenuta valida, poiché il contratto risulta stipulato nel giugno 2012, a nulla rilevando che la cauzione provvisoria sia stata presentata il 12 luglio 2012. Infatti “ciò che nel caso di specie conta è che il contratto stipulato da ICS comprendente anche il predetto impegno (negozio) unilaterale della società Insurance era valido al momento della presentazione in sede di gara, peraltro ingenerando un legittimo affidamento circa la sua efficacia sia nella controinteressata che nella stessa stazione appaltante”. In definitiva, “il divieto di stipulare nuovi contratti . . . non incide quindi sull’efficacia di quelli già conclusi”;

- quanto alla lamentata circostanza che la modalità di correzione dell’elenco prezzi da parte della soc. ICS non avrebbe rispettato la previsione contenuta nella lettera di invito (ovvero l’obbligo di apporre il timbro e la firma in corrispondenza delle correzioni e/o integrazioni”), sanzionata con l’esclusione dalla gara, essa non sussiste, poiché la violazione “non sarebbe giustificata neanche utilizzando un approccio meramente formalistico della clausola (necessario in tema di appalti pubblici) in quanto una tale concezione non può del tutto prescindere dal considerare la reale finalità della clausola stessa che . . . ha la sua ratio nella necessità di rendere inequivocabile e vincolante la volontà del concorrente laddove questi intenda discostarsi da quanto indicato dalla stazione appaltante nell’elenco prezzi dei lavori da appaltare”.

Il TAR, disposta istruttoria in ordine al terzo motivo di ricorso (l’avere la soc. ICS allegato all’offerta economica il documento “analisi dei nuovi prezzi” che non riporterebbe i prezzi finali in effetti offerti in sede di gara), con la seconda (e definitiva) sentenza ha affermato:

- “le analisi dei nuovi prezzi, pur se richieste dalla legge di gara da inserirsi nell’offerta economica, in realtà rilevavano come documentazione inerente agli elaborati progettuali e non avente valore integrativo/esplicativo del prezzo offerto, dato che i relativi elementi giustificativi erano considerati esplicitamente dalla medesima legge di gara in relazione a specifica documentazione da inserirsi in busta separata”.

Il rigetto del ricorso in quanto proposto avverso la impresa prima classificata, ha di conseguenza comportato la declaratoria di improcedibilità del ricorso stesso, in quanto proposto avverso l’impresa seconda classificata.

Avverso tali decisioni, vengono proposti i seguenti motivi di appello:

a) violazione e falsa applicazione art. 119 DPR n. 207/2010 e della legge di gara (punto F della lettera di invito), con riferimento alle modalità di correzione dei prezzi unitari; ciò in quanto la ICS non ha rispettato l’obbligo di apportare correzioni alla “lista prezzi” secondo precise modalità. Al contrario, essa ha presentato “ben 91 correzioni a quantità di altrettante voci di prezzo, nessuna delle quali è stata partitamente e puntualmente sottoscritta”. In sostanza, le correzioni “non solo non sono state partitamente e puntualmente sottoscritte in corrispondenza di ciascuna correzione, ma nemmeno la inidonea formula di conferma risulta sottoscritta”;

b) error in iudicando; violazione e falsa applicazione della legge di gara (lett. E.1.3 della lettera di invito), in ordine all’analisi dei nuovi prezzi; eccesso di potere; ciò in quanto, mentre la legge di gara consentiva ai concorrenti di scegliere se offrire un progetto meramente confermativo di quello posto a base di gara, oppure presentare modifiche migliorative, “ICS avrebbe dovuto essere esclusa perché ha presentato 85 nuove voci di prezzo e presentato un documento intitolato “analisi nuovi prezzi”, ma contenente valori totalmente diversi (sensibilmente superiori) rispetto ai nuovi prezzi aggiunti nella “lista prezzi”. In definitiva, i valori indicati nella “analisi nuovi prezzi” sono in quella misura (9,73%) più elevati rispetto al valore (considerato per determinare il prezzo finale offerto e quindi la graduatoria di gara) indicato da ICS nella lista prezzi”,; in tal modo “ICS ha quindi proposto nella lista prezzi un ribasso fittizio;

c) error in iudicando; violazione e falsa applicazione art. 119 DPR n. 207/2010 e punto F della lettera di invito, con riguardo ai prezzi di cui al relativo elenco lavorazioni e forniture e connesse correzioni;

d) error in iudicando; violazione e falsa applicazione delle norme di gara (lett. E.1.2. e E.1.3 par. “prescrizioni per la progettazione” della lettera di invito); in ordine alla documentazione necessaria a corredo delle migliorie proposte; ciò in quanto “ICS avrebbe dovuto essere esclusa anche per non avere inserito nella propria offerta la documentazione richiesta dalla legge di gara a corredo delle migliorie proposte rispetto al progetto a base di gara”;

e) riproposizione del motivo di ricorso avverso la seconda classificata (ATI Fabiani). Tale concorrente avrebbe dovuto essere escluso “per inammissibile ricorso al cd. **avvalimento** a **cascata**”; ciò in quanto “ha optato per l’indicazione di progettisti (Consorzio Leonardo) che però a loro volta erano privi dei requisiti e hanno ritenuto di poter fare ricorso all’istituto dell’**avvalimento**”.

Infine, con l’accoglimento dell’appello, la ricorrente ha anche richiesto la declaratoria di inefficacia del contratto ed il subentro nello stesso, rilevando che “trattandosi di appalto integrato non è ancora iniziata la fase di inizio lavori” e dunque sussiste “piena effettuabilità della prestazione da parte della deducente una volta aggiudicato e contrattualizzato”.

Si è costituita in giudizio ANAS s.p.a., che ha concluso per il rigetto dell’appello, stante la sua infondatezza.

Alle medesime conclusioni è pervenuta la ICS Grandi Lavori s.p.a., costituitasi nel presente grado di giudizio.

All’udienza di trattazione, la causa è stata riservata in decisione.

DIRITTO

2. L’appello è fondato e deve essere, pertanto, accolto, con conseguente riforma della sentenza impugnata, in relazione al primo motivo proposto (sub a) dell’esposizione in fatto).

L’appellante, con riferimento alle intervenute modalità di correzione dei prezzi unitari, lamenta che la aggiudicataria società ICS non ha rispettato l’obbligo di apportare correzioni alla “lista prezzi” secondo precise modalità, prescritte al punto F) della lettera di invito, ma ha invece presentato “ben 91 correzioni a quantità di altrettante voci di prezzo, nessuna delle quali è stata partitamente e puntualmente sottoscritta”. In sostanza, le correzioni “non solo non sono state partitamente e puntualmente sottoscritte in corrispondenza di ciascuna correzione, ma nemmeno la inidonea formula di conferma risulta sottoscritta”.

In base a tale disposizione (attuativa dell’art. 119 DPR 5 ottobre 2010 n. 207), i concorrenti erano tenuti a presentare la propria offerta economica utilizzando la “lista prezzi”, contenente la quantità di lavorazioni e forniture previste per l’esecuzione dell’opera, unitamente alle relative voci di prezzo.

Verificata tale lista prezzi, era prescritto che “il concorrente è tenuto ad integrare o ridurre le quantità che valuta carenti o eccessive e ad inserire le voci e relative quantità che ritiene mancanti, rispetto a quanto previsto negli elaborati grafici e nel capitolato speciale di appalto, nonché negli altri documenti facenti parte integrante del contratto”. Era, infine previsto che “ciascuna quantità che il concorrente ritiene di integrare o ridurre dovrà essere, a pena di esclusione, barrata e la relativa correzione dovrà essere espressamente confermata e sottoscritta dal concorrente stesso . . . L’offerta non potrà presentare correzioni e/o integrazioni che non siano state espressamente confermate e sottoscritte; il concorrente è tenuto, a pena di esclusione, ad apporre il proprio timbro e firma in corrispondenza delle correzioni e/o integrazioni”.

Orbene, questa Sezione – valutando in sede di appello cautelare nell’ambito del giudizio di I grado – ha già avuto modo di osservare che “in particolare, rispetto alla prima classificata, non paiono prima facie in particolare infondate le censure attinenti al difetto di adeguata sottoscrizione delle correzioni (91 correzioni) che debbono avvenire, a pena di esclusione secondo il punto F della lettera di invito, “in corrispondenza” delle correzioni e integrazioni”(Cons. Stato, sez. IV, ord. 8 maggio 2013 n. 1680).

Da tale giudizio, il Collegio ritiene non vi siano ragioni per discostarsi.

Ed infatti, le modalità con le quali la impresa aggiudicataria ha apportato le correzioni alla lista prezzi non risultano coerenti con quanto previsto dalla lettera di invito, laddove questa prevede che le stesse siano “confermate e sottoscritte” singolarmente, e che ciò avvenga mediante apposizione di “timbro e firma in corrispondenza delle correzioni e/o integrazioni”; cioè – come è chiaramente da intendersi – in corrispondenza (ovvero ogni volta presso) di “ciascuna” correzione e/o integrazione.

Tale previsione, lungi dal proporsi come mera indicazione formale, intende raggiungere il duplice obiettivo, per un verso, di ricondurre con certezza ogni singola correzione o integrazione alla “paternità” dell’impresa partecipante, senza che possano sorgere equivoci, se non anche – per le concrete caratteristiche dell’operazione nel caso di specie - il sospetto di aggiunte postume non ad essa riconducibili.

Per altro verso, la previsione della lettera di invito non costituisce, come si è detto, espressione di un formalismo privo di finalità sostanziali; al contrario, attraverso la evidente ricerca di una incontrovertibile certezza in ordine alla singola correzione (quale consapevole espressione della volontà della proponente), intende – come condivisibilmente sostenuto anche dall’appellante (v., in particolare, pag. 12 app.)– fornire un quadro certo ai futuri rapporti tra amministrazione appaltante ed impresa appaltatrice, evitando dubbi ed ombre ed in tal modo impedendo che si creino i presupposti per un eventuale, successivo contenzioso (e, in definitiva, che vi siano dubbi in ordine alla effettiva quantità e qualità dell’offerta economica).

Come la giurisprudenza amministrativa ha già avuto modo di osservare (Cons. Stato, sez. VI, 9 novembre 2010 n. 7987) l’offerta di gara “esprime, in via unilaterale e con carattere vincolante, l'impegno negoziale ad eseguire il servizio con prestazione conforme all'oggetto di gara, nonché con modalità tecniche e corrispettivo economico che qualificano l'offerta medesima agli effetti della valutazione comparativa ai fini dell'aggiudicazione dell'appalto.”

Da ciò deriva la specifica rilevanza della sottoscrizione dell'offerta di gara, che, secondo la giurisprudenza (Cons. Stato, sez. V, 25 gennaio 2011 n. 528; 7 novembre 2008 n. 5547) “si configura come lo strumento mediante il quale l'autore fa propria la dichiarazione contenuta nel documento, serve a rendere nota la paternità ed a vincolare l'autore alla manifestazione di volontà in esso contenuta.

Essa assolve la funzione di assicurare provenienza, serietà, affidabilità e insostituibilità dell'offerta e costituisce elemento essenziale per la sua ammissibilità, sia sotto il profilo formale che sotto quello sostanziale, potendosi solo ad essa riconnettere gli effetti dell'offerta come dichiarazione di volontà volta alla costituzione di un rapporto giuridico. La sua mancanza inficia, pertanto, la validità e la ricevibilità della manifestazione di volontà contenuta nell'offerta senza che sia necessaria, ai fini dell'esclusione, una espressa previsione della legge di gara”

Più precisamente, si è chiarito (Cons. Stato, sez. V, 20 aprile 2012 n. 2317) che “per sottoscrizione debba intendersi la firma in calce, e che questa nemmeno può essere sostituita dalla sottoscrizione solo parziale delle pagine precedenti quella conclusiva della dichiarazione stessa”. Ne consegue che “non si può pertanto condividere l’idea che esista un’equipollenza tra la firma di un documento in calce e quella apposta solo in apertura di esso (“in testa”), o tanto meno sul mero frontespizio di un testo di più pagine, dal momento che è soltanto con la firma in calce che si esprime il senso della consapevole assunzione della paternità di un testo e della responsabilità in ordine al suo contenuto”.

Nel caso di specie – ed alla luce dei principi esposti – la richiesta di puntali e “singole” sottoscrizioni in corrispondenza di ciascuna correzione e/o integrazione, appare non irragionevole, proprio per raggiungere le finalità di certezza e serietà sopra evidenziate.

D’altra parte, a fronte di una precisa previsione della legge di gara assistita dalla sanzione dell’esclusione in caso di mancato rispetto – e non irragionevole, come si è detto, quanto alle proprie finalità – non appare possibile ricercare cause di giustificazione al diverso modo di agire tenuto in concreto dal concorrente.

Pertanto, non può trovare condivisione quanto affermato nella sentenza impugnata:

- sia laddove essa afferma che “la modalità di correzione adottata da ICS non rende affatto equivoca la volontà espressa in sede di gara” (pag. 10),

- sia laddove essa nega, in sostanza, la possibilità di “alterazioni postume” delle correzioni e/o integrazioni, poiché ciò avrebbe comportato comunque una alterazione del totale parziale e, di conseguenza, di quello complessivo (pagg. 11-12).

A fronte di tali considerazioni, resta il dato di fatto (affermato anche nella impugnata sentenza) di una tecnica di correzione non corrispondente alla espressa e chiara previsione della legge di gara, assistita dalla sanzione della esclusione per il caso di violazione. Inoltre, ciò che rileva non è (solo) la possibilità (o meno) di alterazioni postume, quanto il fatto che, in mancanza di sottoscrizioni tali da ricondurre chiaramente alla volontà del concorrente, quanto apportato - in correzione o integrazione - alla lista prezzi, di conseguenza anche i totali (parziale e complessivo) risentono della incertezza in ordine alla loro riconducibilità al proponente.

Né può condividersi, alla luce di quanto esposto, quanto sostenuto dalla società ICS (v. in particolare, pagg. 12-14 memoria luglio 2014), poiché la richiesta di “corrispondenza” tra correzione e sottoscrizione non può ritenersi adempiuta attraverso il diverso metodo della numerazione delle correzioni e della loro conferma “complessiva” (e ciò a prescindere dallo spatium intercorrente tra conferma complessiva e sottoscrizione della medesima).

Per le ragioni esposte, l’appello, nella parte in cui esso è proposto nei confronti della prima classificata società ICS, deve essere accolto, con conseguente assorbimento degli ulteriori motivi proposti.

3. L’accoglimento dell’appello, nei termini ora esposti, rende necessario considerare il medesimo appello, anche in quanto proposto nei confronti della ATI Fabiani seconda classificata; e ciò previa riforma della sentenza impugnata, laddove essa conclude, sul punto, con pronuncia di improcedibilità per difetto di interesse.

Anche per questa parte l’appello deve essere accolto.

Secondo l’appellante, la seconda classificata ATI Fabiani avrebbe dovuto essere esclusa “per inammissibile ricorso al cd. **avvalimento** a**cascata**”; ciò in quanto “ha optato per l’indicazione di progettisti (Consorzio Leonardo) che però a loro volta erano privi dei requisiti e hanno ritenuto di poter fare ricorso all’istituto dell’**avvalimento**”.

Orbene, l’art. 53, co. 3, d. lgs. n. 163/2006, prevede che “quando il contratto ha per oggetto anche la progettazione, ai sensi del comma 2, gli operatori economici devono possedere i requisiti prescritti per i progettisti ovvero avvalersi di progettisti qualificati, da indicare nell’offerta, o partecipare in raggruppamento con soggetti qualificati per la progettazione”.

La giurisprudenza amministrativa ha escluso che, alla figura del “progettista qualificato”, di cui si avvale l’impresa che non ha i requisiti prescritti per i progettisti, possa applicarsi l’istituto dell’**avvalimento**.

Ed infatti si è affermato (Cons. Stato, sez. III, 7 marzo 2014 n. 1072), con considerazioni che la Sezione fa proprie nella presente sede:

“pur essendo pacifico in giurisprudenza il carattere generalizzato dell’istituto dell’**avvalimento**, finalizzato a favorire la massima partecipazione nelle gare di appalto e la effettività della concorrenza secondo i principi di rilievo comunitario, tale istituto deve essere pur sempre contemperato con la esigenza di assicurare idonee garanzie alla stazione appaltante per la corretta esecuzione degli appalti.

La questione sostanziale pertanto si risolve nello stabilire se il progettista indicato, nella accezione e terminologia usata dall’art. 53 co.3 del codice dei contratti, (“..avvalersi di progettisti qualificati da indicare nell’offerta..”), possa o meno fare ricorso ad un progettista terzo, utilizzando a sua volta l’istituto dell’**avvalimento**.

Come esattamente rilevato dall’appellante, sia il Consiglio di Stato che l’Autorità di Vigilanza, hanno respinto tale possibilità fornendo all’uopo due fondamentali criteri esegetici:

a) il criterio letterale posto dall’art. 49, per il quale solo “il concorrente” singolo, consorziato o raggruppato può ricorrere all’**avvalimento**trattandosi di un istituto di soccorso al concorrente in sede di gara per cui va escluso chi si avvale di soggetto ausiliario a sua volta privo del requisito richiesto dal bando;

b) il fatto che se il progettista indicato non è legato da un vincolo negoziale con la stazione appaltante, a maggior ragione non è legato il suo ausiliario che è soggetto terzo che non può offrire alcuna garanzia alla amministrazione.

Solo il concorrente assume infatti obblighi contrattuali con la pubblica amministrazione appaltante tanto che l’ausiliario, a mente dell’art. 49 co.2 lett. d) si obbliga verso il concorrente e la stazione appaltante a mettere a disposizione le risorse necessarie di cui è carente il concorrente mediante apposita dichiarazione; inoltre l’ausiliario diventa ex lege responsabile in solido con il concorrente in relazione alle prestazioni oggetto del contratto (art. 49 co.4).

La responsabilità solidale, che è garanzia di buona esecuzione dell’appalto, può sussistere solo in quanto la impresa ausiliaria sia collegata contrattualmente al concorrente tant’è che l’art. 49 prescrive l’allegazione, già in occasione della domanda di partecipazione, del contratto di **avvalimento** mentre tale vincolo contrattuale diretto con il concorrente e con la stazione appaltante non sussiste nel caso in cui sia lo stesso ausiliario che ricorre ai requisiti posseduti da terzi (Cons. Stato, III, 1.10.2012 n.5161 cit.).

D’altro canto la estensione della categoria di “concorrente” sino a comprendere l’ausiliario e/o il soggetto indicato dal concorrente per la progettazione, comportando potenzialmente una catena di avvalimenti di “ausiliari dell’ausiliario” non consente un controllo agevole da parte della stazione appaltante in sede di gara sul possesso dei requisiti dei partecipanti.”

Questa Sezione, peraltro, nell’esaminare la nozione di “concorrente” ai fini dell’accesso all’istituto dell’**avvalimento** (e negando che ogni singola impresa componente l’ATI possa avvalersi di impresa ausiliaria, affermando invece che la nozione di “concorrente” deve essere singolarmente intesa) ha già avuto modo di affermare:

“D’altra parte, ove si consentisse . . . che ogni “concorrente”, nel senso di ogni impresa sia che partecipi singolarmente, sia che partecipi in consorzio o in raggruppamento, possa avvalersi di altra impresa, appare evidente un effetto distorsivo della concorrenza in sede di partecipazione alle gare. E ciò in quanto l’impresa singolarmente dotata di tutti i requisiti per poter partecipare in proprio competerebbe non solo con un raggruppamento di imprese, ma con un raggruppamento le cui imprese (potenzialmente tutte le imprese) non sono – nessuna di esse – in possesso di requisiti di partecipazione.

Il Collegio non ritiene che l’interpretazione dell’art. 49, co. 6, possa risolversi in applicazioni concrete che, oltre a rendere meno affidabile il contraente della Pubblica Amministrazione, si pongano come produttrici di effetti distorsivi della concorrenza, producendo altresì un “effetto di spiazzamento” di imprese più strutturalmente attrezzate, rispetto ad imprese che non lo sono altrettanto, e che solo per il tramite di un (non esplicitamente previsto) cumulo di benefici ampliativi della partecipazione, riuscirebbero ad accedere a gare, per le quali non posseggono i requisiti richiesti.

Proprio in ragione di tale ratio complessiva degli istituti considerati, il secondo periodo dell’art. 49, co. 6, ammette – ma come specifica deroga ad una disciplina in via generale affatto diversa – che il bando di gara possa consentire, entro certi limiti, l’**avvalimento** di più imprese ausiliarie “in ragione dell’importo dell’appalto o della peculiarità delle prestazioni”.

Da quanto esposto, consegue che non è possibile che il “progettista qualificato” – cui l’impresa non avente i prescritti requisiti si rivolge ( si “avvale”), ai sensi dell’art. 53, co. 3 cit. – si avvalga a sua volta di altro progettista. E ciò:

- sia in quanto l’art. 49 (e l’istituto dell’**avvalimento** ivi disciplinato) presuppongono la qualifica di “concorrente” nel soggetto che ricorre ad impresa ausiliaria;

- sia in quanto – come si desume anche dalla terminologia utilizzata – l’art. 53, co. 3, prevede già, per un caso specifico quale quello ivi considerato, una forma “speciale” di **avvalimento**;

- sia in quanto, in ogni caso, non è possibile, per le ragioni innanzi esposte, il cd. **avvalimento** a **cascata**.

Come già osservato in sede cautelare (Cons. Stato, sez. IV, ord. n. 1680/2013 cit.), nel caso di specie, ed in contrasto con le considerazioni sinora esposte, l’ATI Fabiani ha indicato come progettista il Consorzio Leonardo, il quale a sua volta ha fatto ricorso all’istituto dell’**avvalimento**, indicando l’ing. Antonio Martini, quale soggetto ausiliario in **avvalimento**.

Né possono trovare accoglimento le considerazioni esposte dall’ANAS (memoria 6 novembre 2014), poiché ciò che osta all’utilizzazione dell’istituto dell’**avvalimento** non è (o meglio, non è solo) l’art. 49 cod. contratti (restando peraltro ininfluenti eventuali interpretazioni giurisprudenziali del medesimo, diverse e precedenti), bensì lo stesso art. 53, co. 3, che già configura una forma di **avvalimento** di un professionista, se l’impresa non ne possegga i requisiti richiesti. E la violazione di norme primarie non richiede che il divieto di far ricorso all’**avvalimento** da parte del progettista designato debba essere espressamente indicato nel bando.

Né il caso in esame può essere riportato (come affermato dall’ANAS: pag. 15 memoria cit.) alla ben diversa ipotesi di cui all’art. 49, co. 2, lett. g), che considera il rapporto (peraltro, per finalità affatto diverse) tra concorrente e impresa appartenente allo stesso gruppo del concorrente medesimo.

Per le ragioni esposte, l’appello deve essere accolto anche per la parte in cui esso è proposto avverso la seconda classificata ATI Fabiani.

4. Il complessivo accoglimento dell’appello comporta, in riforma della sentenza impugnata, l’accoglimento del ricorso instaurativo del giudizio di I grado, con conseguente annullamento degli atti impugnati.

Il Collegio ritiene, infine, ai sensi dell’art. 122 Cpa, di dichiarare l’inefficacia del contratto stipulato in conseguenza del provvedimento di aggiudicazione annullato per effetto della presente sentenza.

A tal fine, occorre osservare che la parte appellante ha formulato espressa domanda di subentro nel contratto (pagg. 33 – 36 appello).

A fronte di ciò, per un verso, sul punto, l’ANAS non ha controdedotto, rappresentando ragioni ostative, connesse allo stato di avanzata esecuzione dell’appalto; per altro verso, non è possibile consentire l’esecuzione ad un’impresa la cui aggiudicazione è illegittima, al contempo gravando l’amministrazione del pagamento di eventuali somme dovute a titolo di risarcimento del danno in favore dell’impresa vincitrice in sede giudiziaria.

In ordine a questo aspetto, l’appellante ha invece rappresentato - sia pure con riferimento alla data di notifica dell’appello - che “trattandosi di appalto integrato, non è ancora iniziata la fase di inizio lavori”. Successivamente (memoria 15 novembre 2014), l’appellante ha ribadito “il carattere ancora del tutto embrionale della commessa risultante anche dalla perizia giurata allegata”.

Ai fini della declaratoria di inefficacia, giova inoltre osservare che, nel caso di specie, il vizio dell’aggiudicazione non comporta l’obbligo di rinnovare la gara e che la ricorrente ha l’effettiva possibilità di conseguire l’aggiudicazione, alla luce dei vizi riscontrati.

La declaratoria di inefficacia del contratto, a far data dalla pubblicazione della presente decisione, comporta la piena soddisfazione delle pretese dell’appellante e, dunque, il rigetto della domanda di risarcimento del danno per equivalente, - peraltro proposta in via subordinata (e precisata solo con memoria del 15 novembre 2014), - oltre che la irrilevanza, ai fini del giudizio in corso, della proposta questione di illegittimità costituzionale (pagg. 34 – 36 app.).

Stante la natura e complessità delle questioni trattate, sussistono giusti motivi per compensare tra le parti spese, diritti ed onorari di giudizio.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio del 2 dicembre 2014.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

definitivamente pronunciando sull’appello proposto da Tecnis s.p.a. (n. 5468/2014 r.g.), lo accoglie e, per l’effetto, in riforma delle sentenze impugnate, accoglie il ricorso instaurativo del giudizio di I grado, nei sensi di cui in motivazione, con conseguente annullamento degli atti impugnati.

Dichiara l’inefficacia del contratto stipulato in conseguenza dell’atto di aggiudicazione annullato, a far data dalla pubblicazione della presente sentenza.

Compensa tra le parti spese, diritti ed onorari di giudizio.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 2 dicembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Goffredo Zaccardi, Presidente

Sandro Aureli, Consigliere

Diego Sabatino, Consigliere

Oberdan Forlenza, Consigliere, Estensore

Giuseppe Castiglia, Consigliere

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  |  |  |
|  |  |  |
| **L'ESTENSORE** |  | **IL PRESIDENTE** |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/03/2015

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

**\*\*\*\*\***

**N. 03515/2014 REG.PROV.COLL.**

**N. 08358/2013 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio**

**(Sezione Terza Ter)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

Sul ricorso numero di registro generale 8358 del 2013, proposto da Consorzio Europa 2001, rappresentato e difeso dall'avv. Francesco Scacchi, con domicilio eletto presso Studio Legale Scacchi in Roma, via Crescenzio, 19;

***contro***

Soc Rai - Radiotelevisione Italiana Spa, rappresentato e difeso dall'avv. Michele Damiani, con domicilio eletto presso Michele Damiani in Roma, via A. Mordini, 15;

***per l'annullamento, previa sospensiva,***

-del provvedimento prot. n. AS/ A/ 1736 del 26/07/2013 della Radiotelevisione Italiana S.p.A. pervenuto a mezzo fax in 29/07/2013, con il quale si comunicava, ai sensi dell'articolo 79 del

D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, l'esclusione dell'odierno ricorrente dalla "Procedura aperta sopra soglia comunitaria per l 'affidamento del servizio di noleggio di autovetture con conducente per la società Rai Radiotelevisione Italiana S.p.A. - sedi di Roma";

-dei verbali di gara (in particolare quello della seduta pubblica del 24 luglio 2013 citato nella suddetta nota Rai AS/ A/1736 del 26/07/2013, nonché di ogni altro atto presupposto, collegato, connesso, antecedente o successivo ai predetti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Soc Rai - Radiotelevisione Italiana Spa;

Viste le memorie difensive;

Vista l’ordinanza cautelare n. 3778 del 2013;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 febbraio 2014 il dott. Maria Grazia Vivarelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con Bando di Gara trasmesso alla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea in data 10 giugno 2013, la Rai - Radiotelevisione Italiana S.p.A. indiceva una procedura aperta sopra soglia comunitaria avente ad oggetto il servizio di noleggio autovetture con conducente relativamente alle proprie sedi di Roma. Il valore complessivo dell'appalto è di 2.000.000,00 di Euro, calcolato per l'intera durata contrattuale, consistente in ventiquattro mesi a partire dalla data di stipula del contratto con l'aggiudicatario, il quale sarà individuato all'esito della procedura di gara.

Il punto III.2.2) Capacità economica e finanziaria del Bando di Gara richiede, come requisito di partecipazione per l'operatore economico che intenda accedere alla procedura *de qua*, "*l 'aver realizzato, complessivamente, negli ultimi tre esercizi approvati alla data di pubblicazione del presente bando, un fatturato specifico per servizi oggetto del presente appalto (noleggio di autovetture con conducente), non inferiori ad Euro 2. 000.00,00 (duemilioni/00)*".

Il Consorzio Europa 200l, configurantesi come consorzio con attività esterna, decideva di concorrere alla gara bandita dalla Rai mediante la propria consorziata Società MILLENIUM Soc. Coop. Quest'ultima società, non possedendo per intero il predetto requisito di cui al Punto III.2.2) Capacità economica e finanziaria del Bando di Gara, si avvaleva dell'Impresa COSEPURI SOC. COOP. P.A., la quale, invece, ne era in possesso, in quanto nel triennio di riferimento 2010-2011-2012, aveva realizzato un fatturato specifico pari a 20.369.151,00 di Euro. Nell'ambito della documentazione richiesta dalla Stazione Appaltante per il ricorso all'istituto dell'avvalimento, pertanto, il CONSORZIO EUROPA 2001 produceva anche un contratto di avvalimento stipulato, in data 19 luglio 2013, tra la propria società consorziata MILLENIUM Soc. Coop. e la COSEPURI SOC. COOP. P.A.. Più specificamente, la COSEPURI SOC. COOP. P.A. metteva a disposizione della Società MILLENIUM Soc. Coop. la parte di fatturato specifico necessaria a consentirle la partecipazione alla gara in parola per un importo pari a 750.000,00 di Euro, relativo agli ultimi tre esercizi approvati alla data di pubblicazione del Bando. Inoltre, la COSEPURI SOC. COOP. P.A. assumeva, unitamente alla Società MILLENIUM Soc. Coop., la responsabilità solidale nei confronti

della Rai - Radiotelevisione Italiana S.p.A. "relativa al servizio di cui sopra limitatamente all'impegno assunto con il presente contratto di avvalimento al precedente punto 2)".

Dal canto suo, la Società MILLENIUM Soc. Coop., nell'accettare tale disponibilità, dichiarava di voler ricompensare la COSEPURI SOC. COOP. P.A. mediante il pagamento di un corrispettivo pari al 3% dei ricavi che essa stessa avrebbe incassato svolgendo le prestazioni della gara. Tuttavia, il contratto di avvalimento, prodotto in uno con la restante documentazione richiesta dall'articolo 49 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, veniva giudicato generico dalla Stazione Appaltante e, in conseguenza di ciò, il CONSORZIO EUROPA 2001 veniva escluso dalla procedura di gara in esame.

In data 29 luglio 2013, perveniva al ricorrente la nota Rai recante protocollo n. AS/A/1736 del 26/07/2013, con la quale "*sciolta la riserva, si comunica l 'esclusione dalla gara di codesto Spett. le Consorzio per la seguente motivazione: - genericità del contratto di avvalimento prodotto unitamente alla restante documentazione richiesta dall 'art. 49 del D.Lgs. n. 163/2006 e s.m. i., con la quale l'impresa ausiliaria Cosepuri Soc. Coop. p. a. ha messo a disposizione dell'impresa consorziata Millenium Soc. Coop. parte del requisito di "Capacità economico-finanziaria" richiesto al punto III. 2. 2.) del Bando di Gara. In particolare, il sottoscritto Responsabile del Procedimento, procedendo all'esame analitico della documentazione amministrativa presentata dal Consorzio Europa 2001, ha riscontrato che il contratto di avvalimento non soddisfa i requisiti di determinatezza e specificità imposti dall'articolo 88 del D.P.R. 5 ottobre 20 l 0, n. 207.* "

La ragione dell'esclusione comminata al Consorzio ricorrente consiste, in particolare, nella circostanza che "il contratto non indica, neanche genericamente, quali risorse concrete di mezzi, personale, organizzative o di *know how* siano effettivamente messe a disposizione della Millenium Soc. Coop". In data 6 agosto 2013 il Consorzio Europa 200l proponeva istanza di accesso agli atti di gara con relativa estrazione delle copie; tale istanza veniva riscontrata dalla Rai con nota prot. n. AS/A/1876 del 7 agosto 2013, la quale faceva presente che, non essendo la procedura ancora giunta alla fase di approvazione dell'aggiudicazione, la richiesta non era al momento accoglibile. Il CONSORZIO EUROPA 2001, ritenendo l'esclusione disposta ai suoi danni illegittima, manifestava alla Stazione Appaltante l'intenzione di proporre ricorso giurisdizionale ai sensi dell'articolo 243 - *bis* del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163. In data 27 agosto 2013 la Rai, rispondendo a detta informativa, confermava l'esclusione dalla procedura di gara in parola dell'odierno ricorrente "a causa della genericità del contratto di avvalimento prodotto ai sensi dell'art. 49 del D.Lgs. n. 163/2006 e s.m.i." (nota Rai AS/A/1901 del 27.08.2013).

Il ricorrente affida il ricorso alle seguenti censure:

- Illegittimità per violazione e falsa applicazione dell'art. 49 del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 e dell'art. 88 del DPR 5 ottobre 2010, recante il Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163. Illegittimità per violazione delle norme e dei principi generali in materia di gare ad evidenza pubblica e, più in particolare, dei principi di concorrenza e massima partecipazione nonché di buon andamento dell'azione amministrativa. Eccesso di potere per vizio del procedimento per erroneità dei presupposti di fatto, travisamento, illogicità e contraddittorietà. Eccesso di potere per ingiustizia grave e manifesta; Illogicità, contraddittorietà dell'operato della Stazione Appaltante. Violazione del **principio** di buona amministrazione.

In data 13.09.2013 la Società resistente si costituiva in giudizio ed il 17.09.2013 la stessa depositava memoria.

Il 23.09.2013 veniva emanata ordinanza n. 3778/2013 con la quale si accoglieva l’istanza cautelare e si fissava l’udienza di merito. In prossimità della stessa, ricorrente e resistente depositavano memoria e memoria di replica, insistendo, rispettivamente, sull’accoglimento e sulla reiezione del ricorso.

All’Udienza Pubblica del 27.02.2014 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

Con ricorso – notificato in data 27.08.2013 e depositato il successivo 10.09.2013 – si impugna il provvedimento prot. n. AS/ A/ 1736 del 26/07/2013 della Radiotelevisione Italiana S.p.A. pervenuto a mezzo fax in 29/07/2013, con il quale si comunicava, ai sensi dell'articolo 79 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, l'esclusione dell'odierno ricorrente dalla "Procedura aperta sopra soglia comunitaria per l 'affidamento del servizio di noleggio di autovetture con conducente per la società Rai Radiotelevisione Italiana S.p.A. - sedi di Roma" ed i relativi verbali di gara.

Il ricorrente lamenta sostanzialmente l’illegittimità degli atti impugnati per violazione delle norme e dei principi generali in materia di gare ad evidenza pubblica e, più in particolare, dei principi di concorrenza e massima partecipazione nonché di buon andamento dell'azione amministrativa deducendo: Illegittimità per violazione e falsa applicazione dell'art. 49 del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 e dell'art. 88 del DPR 5 ottobre 2010, recante il Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163. Illegittimità per violazione delle norme e dei principi generali in materia di gare ad evidenza pubblica e, più in particolare, dei principi di concorrenza e massima partecipazione nonché di buon andamento dell'azione amministrativa. Eccesso di potere per vizio del procedimento per erroneità dei presupposti di fatto, travisamento, illogicità e contraddittorietà. Eccesso di potere per ingiustizia grave e manifesta; Illogicità, contraddittorietà dell'operato della Stazione Appaltante. Violazione del **principio** di buona amministrazione.

Le censure appaiono nel merito sostanzialmente fondate e possono essere congiuntamente trattate.

Risulta che l’esclusione della ricorrente sia stata disposta in quanto il contratto di avvalimento della consorziata Società MILLENIUM Soc. Coop. con la COSEPURI SOC. COOP. P.A. - avente ad oggetto il requisito di cui al Punto III.2.2) Capacità economica e finanziaria del Bando di Gara - era generico ed indeterminato in quanto non indicava quali risorse concrete di mezzi, personale, organizzative o di know how siano effettivamente messe a disposizione.

Il punto III.2.2) Capacità economica e finanziaria del Bando di Gara richiede, come requisito di partecipazione, "*l 'aver realizzato, complessivamente, negli ultimi tre esercizi approvati alla data di pubblicazione del presente bando, un fatturato specifico per servizi oggetto del presente appalto (noleggio di autovetture con conducente), non inferiori ad Euro 2. 000.00,00 (duemilioni/00)* ".

La COSEPURI SOC. COOP. P.A. si dichiarava disponibile a "prestare" l'importo di fatturato (pari a settecentocinquantamila Euro) necessario per poter integrare il possesso del requisito. Pertanto, all'atto della partecipazione alla gara venivano prodotti sia tutte le dichiarazioni richieste dalla Stazione Appaltante, sia il contratto di avvalimento, in cui la Società MILLENIUM Soc. Coop. e la COSEPURI SOC. COOP. P.A. convenivano: la COSEPURI SOC. COOP. P.A. di mettere a disposizione della impresa avvalente il proprio fatturato specifico limitatamente all 'importo di 750.000,00 di Euro (maturato negli ultimi tre esercizi approvati alla data di pubblicazione del Bando di Gara e per servizi oggetto dell'appalto quali noleggio autovetture con conducente) per la partecipazione alla gara e per tutta la durata dell'appalto; la Società MILLENIUM Soc. Coop. di accettare tale "prestito" e di versare, in ragione di esso, alla impresa avvalsa un corrispettivo pari al tre percento dei ricavi, specificando anche in che modo sarebbero avvenute le modalità di pagamento.

Entrambe le imprese, inoltre, si obbligavano solidalmente nei confronti della Stazione Appaltante relativamente "al servizio di cui sopra limitatamente all'impegno assunto con il presente contratto di avvalimento”.

Osserva il Collegio che oggetto di avvalimento possono essere requisiti materiali e requisiti immateriali.

Il requisito può dirsi materiale od oggettivo quando si collega puntualmente ad una data componente della prestazione ed alle strutture aziendali (beni, persone, mezzi) necessarie per farvi fronte. Si parla invece di requisiti immateriali quando si fa riferimento a caratteristiche generali dell’impresa (ad esempio l’esperienza pregressa, il fatturato ecc.). A tal proposito si distingue tra l’avvalimento operativo e l’**avvalimento di garanzia**.

Si ha l’**avvalimento di garanzia** quando vengono prestati requisiti di ordine generale non commisurabili alla prestazione specifica (ad esempio, se il requisito ha una portata prevalentemente soggettiva e consiste nell’aver acquisito significativa esperienza nel settore) sicché per essi l’avvalimento funge da strumento di garanzia e rassicurazione della stazione appaltante.

L’avvalimento operativo invece sottende proprio un collegamento con quella parte di prestazione che sarà eseguita grazie alla effettiva disponibilità di beni, mezzi e risorse dell’ausiliaria.

Ne deriva che le risorse che dovranno essere messe a disposizione dell’avvalente varieranno in maniera significativa a seconda che si tratti di avvalimento operativo di beni materiali e **avvalimento di garanzia** di beni immateriali e così del pari le relative responsabilità.

Così in caso di avvalimento operativo potranno essere chiaramente circoscritte le risorse fornite in relazione al requisito. Non altrettanto in caso di **avvalimento di garanzia**, dove l’avvalente garantirà la stazione appaltante, ad esempio, in ordine all’esperienza pregressa, e potrà mettere a disposizione risorse generiche e non specifiche.

Ne discende un’ulteriore annotazione. La specificazione delle risorse che l’ausiliaria fornirà all’ausiliata comporta l’immanenza dell’istituto dell’avvalimento con il prestito dei requisiti oggettivi materiali, mentre rende assai fumosa la dotazione di requisiti oggettivi, ma immateriali. Ciò è strettamente connesso con la responsabilità negoziale cui potrebbe essere chiamata la ausiliaria dalla stazione appaltante per inadempimento del contratto.

In proposito, in giurisprudenza è stato affermato che "*esclusa l'ipotesi dell'avvalimento operativo, di portata generale, la fattispecie in esame è da ricondurre al cosiddetto****avvalimento di garanzia****, figura nella quale l 'ausiliaria mette in campo la propria solidità economica e finanziaria a servizio dell'aggiudicataria ausiliata, ampliando così lo spettro della responsabilità per la corretta esecuzione dell'appalto. Tuttavia tale figura, che peraltro trova riscontri limitati nell'ordinamento, proprio per la sua peculiare funzione di estensione della base patrimoniale della responsabilità da esecuzione dell'appalto può essere ontologicamente ammessa solo in relazione alla dimostrazione del possesso di idonei requisiti economici e finanziari, come nel caso del volume di affari o del fatturato. In questa (limitata) ipotesi l '****avvalimento di garanzia****dispiega una apprezzabile funzione, vale a dire assicurare alla stazione appaltante un partner commerciale che goda di una solidità patrimoniale proporzionata ai rischi dell'inadempimento o inesatto adempimento della prestazione dedotta nel contratto di appalto. Al di fuori di tale ipotesi la messa a disposizione di requisiti (soggettivi e) astratti, cioè svincolata da qualsivoglia collegamento con risorse materiali o immateriali, snatura e stravolge l 'istituto dell'avvalimento per piegarlo ad un logica di elusione dei requisiti stabiliti nel bando di gara*" (cfr. Tar Campania - Napoli, Sezione I, 2 febbraio 2011, n. 644). Inoltre, il Cons. St., V, 5 novembre 2012, n. 5595 ha stabilito che "*in astratto, gli schemi contrattuali che compongono l 'operazione economica delineata dal citato art. 49 possono avere ad oggetto sia requisiti materiali (mezzi, attrezzature, forza lavoro), sia requisiti immateriali (capacità economica -finanziaria, fatturato, attestazione SOA e, secondo un filone prevalente nella giurisprudenza di questo Consiglio, anche le certificazioni di qualità). Nell'ipotesi di conferimento di requisiti materiali l 'impresa avvalsa si priva (nei limiti delle prestazioni necessarie ad eseguire il contratto da affidare con gara) effettivamente dei mezzi prestati a favore dell'impresa concorrente; nell'ipotesi, invece, in cui si conferiscano requisiti immateriali si dovrà comunque confezionare un contratto idoneo a determinare una sorta di* ***traditio simbolica*** *di tali requisiti dall 'impresa ausiliaria a quella ausiliata partecipante alla gara d 'appalto (ad es. ricorrendo all'affitto di azienda o di ramo di azienda)* " .

Nella fattispecie qui in esame, avendo l’avvalimento ad oggetto un requisito immateriale e configurandosi pertanto come **avvalimento di garanzia**, le risorse prestate non potevano che essere generiche e, quindi, l’esclusione è illegittima ed il ricorso va accolto.

Sussistono giusti motivi per compensare le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Ter) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie.

Spese compensate.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 febbraio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Daniele, Presidente

Maria Grazia Vivarelli, Consigliere, Estensore

Claudio Vallorani, Referendario

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  |  |  |
|  |  |  |
| **L'ESTENSORE** |  | **IL PRESIDENTE** |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 31/03/2014

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

\*\*\*\*\*

**N. 03058/2014REG.PROV.COLL.**

**N. 09244/2013 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 9244 del 2013, proposto da:   
La Pultra di Tirelli Augusto s.a.s., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale mandataria del costituendo r.t.i., rappresentata e difesa dall’Avv. Stefano Martinelli, con domicilio eletto presso lo stesso Avv. Stefano Martinelli in Roma, via Blumenstihl, n. 71;

***contro***

Regione Lazio, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa *ex lege* dall’Avv. Stefania Ricci, domiciliata in Roma, via Marcantonio Colonna, n. 27;  
Policlinico Umberto I, in persona del Direttore Generale *pro tempore*, rappresentata e difesa dall’Avv. Paola Baglio, con domicilio eletto presso la stessa Avv. Paola Baglio in Roma, viale del Policlinico, n. 155;   
A.S.L. Rm A, A.S.L. Rm E, A.O.C. San Filippo Neri, A.S.L. Rm F, A.S.L. Rm B, A.S.L. Rm G, A.S.L. Rm C, A.S.L. Rm D, A.O. San Giovanni Addolorata, A.O. San Camillo Forlanini, Ares 118, Inmi Spallanzani, A.S.L. Rm H, Fondazione Ptv Policlinico Tor Vergata, A.S.L. di Viterbo, A.S.L. di Latina, appellati non costituiti;

***nei confronti di***

Teamservice Società Consortile a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, Società Nazionale Appalti Manutenzione Lazio Sud - Snam s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, e Linda s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dall’Avv. Avilio Presutti, con domicilio eletto presso lo stesso Avv. Avilio Presutti in Roma, Piazza S. Salvatore in Lauro, n. 10;  
Manutencoop Facility Management s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall’Avv. Andrea Manzi, dall’Avv. Stefano Baccolini e dall’Avv. Francesco Rizzo, con domicilio eletto presso lo stesso Avv. Andrea Manzi in Roma, via Federico Confalonieri, n. 5;  
Cascina Global Service s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall’Avv. Massimiliano Brugnoletti, con domicilio eletto presso lo stesso Avv. Massimiliano Brugnoletti in Roma, via Antonio Bertoloni, n. 26/B;  
Co.Lo.Coop. Consorzio Lombardo Cooperative, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall’Avv. Domenico Gentile, dall’Avv. Lorenzo Lentini, e dall’Avv. Domenico Galli, con domicilio eletto presso lo stesso Avv. Domenico Gentile in Roma, via Virginio Orsini, n. 19;   
Co.L.Ser Servizi S.c.r.l., Florida 2000 s.r.l., Dussmann Service s.r.l., Cns - Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE III QUA n. 10231/2013, resa tra le parti, concernente l’affidamento del servizio di pulizia, sanificazione, consegna e trasporto per le Aziende sanitarie operanti sul territorio regionale – risarcimento dei danni

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Lazio e del Policlinico Umberto I e di Teamservice Società Consortile a r.l. e di Manutencoop Facility Management s.p.a. e di Cascina Global Service s.r.l. e di Co.Lo.Coop. Consorzio Lombardo Cooperative e di Societa Nazionale Appalti Manutenzione Lazio Sud - Snam s.r.l. e di Linda s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell’udienza pubblica del giorno 10 aprile 2014 il Cons. Massimiliano Noccelli e uditi per le parti l’Avv. Martinelli, l’Avv. Ricci, l’Avv. Manzi, l’Avv. Brugnoletti, l’Avv. Gentile e l’Avv. Lentini;

Ritenuto in fatto e in diritto quanto segue;

FATTO e DIRITTO

1. La Pultra di Tirelli Augusto s.a.s., odierna appellante, ha partecipato, quale mandataria del costituendo r.t.i. con la mandante Clean Service s.r.l., alla gara, strutturata in 10 lotti, indetta dalla Regione Lazio per l’acquisizione del servizio di pulizia, sanificazione, consegna e trasporto occorrente alle Aziende sanitarie presenti sul territorio regionale e da aggiudicarsi con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

2. Essa ha impugnato avanti al T.A.R. Lazio la determinazione della stazione appaltante nella parte in cui è stata disposta l’aggiudicazione dei lotti nn. 5 e 8, rispettivamente a Team Service Società Consortile a r.l. e a Manutencoop Facility Management s.p.a.

3. In punto di fatto la ricorrente evidenziava che:

*a)* relativamente al lotto n. 5, per il quale è risultata aggiudicataria, con punti 90,07, l’offerta del r.t.i., avente come mandataria Teamservice Società Consortile a r.l., la ricorrente si è classificata al settimo posto della relativa graduatoria con punti n.64,89;

*b)* per quanto concerne il lotto 8 è risultata aggiudicataria l’offerta di Manutencoop Facility Management s.p.a., con punti 92,00, mentre la ricorrente si è collocata al quinto posto, con punti 62,01.

4. Il ricorso di prime cure veniva affidato ai seguenti motivi di doglianza:

*1)* violazione e falsa applicazione degli artt. 83 e 89 del d. lgs. 163/2006, dell’art.97 della Costituzione e della *lex specialis* di gara, eccesso di potere in tutte le figure sintomatiche e, in particolare, travisamento dei fatti, difetto di istruttoria e motivazione, perplessità dell’azione amministrativa, illogicità e sviamento di potere;

*2)* violazione e falsa applicazione dell’art. 81 del d. lgs. 163/2006, della l. 241/1990, dell’art. 97 della Costituzione e della *lex specialis* di gara, violazione e falsa applicazione dei principi di ordine generale delle procedure concorsuali; eccesso di potere in tutte le figure sintomatiche e, in particolare, travisamento dei fatti, difetto di istruttoria e di motivazione, illogicità, falsità della causa e sviamento di potere;

*3)* violazione e falsa applicazione degli artt. 10, 86, 87, 88 del d. lgs. 163/2006, dell’art. 121 del d.P.R. 207/2010, della l. 241/1990 e della*lex specialis* di gara, eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche e, in particolare, incompetenza, difetto di motivazione, illogicità e irrazionalità, perplessità dell’azione amministrativa, sviamento di potere;

*4)* violazione e falsa applicazione dell’art. 3 della l. 241/1990, degli artt. 2, 74 e 83 del d. lgs. 163/2006, dell’art. 286 del d.P.R. 207/2010 e della*lex specialis*di gara, Eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche e, in particolare, difetto di istruttoria e di motivazione, perplessità dell’azione amministrativa, travisamento dei fatti, sviamento di potere, violazione dei principi di correttezza, trasparenza, parità di trattamento e proporzionalità.

5. Si costituivano nel giudizio di prime cure la Regione Lazio, l’ASL Rm/C e l’Azienda Policlinico Umberto I, contestando con dovizia di argomentazioni la fondatezza delle prospettazioni ricorsuali e concludendo per il rigetto delle stesse.

6. Si costituivano, altresì, le le seguenti imprese :

*a)* Teamservice Società Consortile a r.l., aggiudicataria del lotto n. 5;

*b)* Manutencoop Facility Management s.p.a., aggiudicataria del lotto 8 e collocatasi al secondo posto nella graduatoria del lotto 5;

*c)* Cascina Global Service s.r.l., collocatasi al 4° posto nella graduatoria del lotto 5.

Tutte contestavano la fondatezza delle dedotte doglianze concludendo per il rigetto delle stesse.

7. Manutencoop Facility Management s.p.a. proponeva, altresì, ricorso incidentale escludente con il quale contestava la mancata esclusione dell’offerta della società ricorrente per entrambi i lotti in questione e formulando a tal fine le seguenti doglianze:

*a)* violazione e falsa applicazione della *lex specialis* di gara, in particolare violazione e/o falsa applicazione dell’art.49 del d. lgs. 163/2006, violazione e/o falsa applicazione dell’art. 88 del d.P.R. 207/2010, violazione e/o falsa applicazione del bando di gara e del disciplinare di gara, eccesso di potere, difetto di istruttoria, difetto di motivazione, errore nei presupposti e travisamento dei fatti;

*b)* violazione dell’art. 75 del d. lgs. 163/2006, dell’art.10.1 del disciplinare di gara e della *par condicio*, con riferimento alla cauzione provvisoria prodotta dal r.t.i., di cui la società ricorrente era mandataria;

*c)* violazione di legge per violazione del disciplinare di gara (art.9, sub punto 2) nonché del bando di gara (punto III.2.1. Condizioni di partecipazione), violazione di legge per violazione degli artt. 1 e 4 della l. 82/1994 e del relativo regolamento di attuazione di cui al DM 7.7.1994 n. 276 *sub*art. 3 (Fasce di classificazione), violazione della circolare 29 maggio 1998 n. 3444/C del Ministero dell’Industria, del Commercio e dell’Artigianato, violazione di legge per violazione dei principi generali in materia di gare ad evidenza pubblica, in particolare del **principio** di *par condicio* tra i concorrenti.

8. Il T.A.R. Lazio, con sentenza n. 10231 del 29.11.2013, ha accolto il ricorso incidentale di Manutencoop Facility Management s.p.a., quanto al primo motivo, e ha dichiarato conseguentemente improcedibile il ricorso principale proposto da La Pultra di Tirelli Augusto s.a.s.

9. Avverso tale sentenza ha proposto appello, riformulando tutti i motivi del ricorso principale promosso in prime cure, La Pultra di Tirelli Augusto s.a.s., in proprio e quale mandataria del r.t.i., chiedendone, previa sospensione, la riforma.

10. Si sono costituite la Regione Lazio, Manutencoop Facility Management s.p.a., Team Service Società Consortile a r.l., Co.lo.coop. Società Cooperativa, La Cascina Global Service s.r.l. e Markas s.r.l., chiedendo tutte, per i motivi singolarmente esposti nelle rispettive memorie difensive, la reiezione dell’istanza cautelare della sospensione e, nel merito, dell’appello.

11. Con ordinanza n. 338 del 23.1.2014, al fine di garantire la continuità del servizio, l’istanza cautelare dell’appellante veniva accolta e l’esecutività della sentenza impugnata veniva sospesa.

12. Nella pubblica udienza del 10.4.2014 il Collegio, uditi i difensori, ha trattenuto la causa in decisione.

13. Su istanza delle parti, ai sensi dell’art. 119, comma 5, e dell’art. 120, commi 3 e 11, c.p.a., si procedeva alla pubblicazione anticipata del dispositivo.

14. L’appello proposto da La Pultra di Tirelli Augusto s.a.s., seppur con le precisazioni che si esporranno, deve essere respinto.

15. Il giudice di prime cure, nel dichiarare improcedibile il ricorso principale proposto da La Pultra di Tirelli Augusto s.a.s., ha ritenuto decisivo, nonché assorbente, il primo motivo escludente del ricorso incidentale, proposto da Manutencoop Facility Management s.p.a., secondo cui l’offerta del r.t.i., avente per mandataria La Pultra di Tirelli Augusto s.a.s., avrebbe dovuto essere esclusa dalla stazione appaltante per la mancata dimostrazione del possesso del requisito del fatturato globale, conseguente alla invalidità dei contratti di avvalimento stipulati da entrambe le società componenti di raggruppamento per la dimostrazione del suddetto requisito.

15.1. Nell’impugnata sentenza il T.A.R. Lazio ha ritenuto che l’obbligo di una puntuale individuazione dell’oggetto del contratto di avvalimento, chiaramente affermato dalla prevalente giurisprudenza amministrativa già prima dell’art. 88 del d.P.R. 207/2010, non applicabile *ratione temporis*al caso di specie, non sarebbe stato rispettato dal r.t.i., odierno appellante, in quanto i due contratti di avvalimento, con i quali rispettivamente Tra.ser. s.r.l. si impegnava a consentire l’utilizzo del fatturato globale a La Pultra s.a.s. e Omnia Servitia s.r.l. metteva a disposizione della Clean Service s.r.l. l’importo di fatturato globale ad essa mancante, sarebbero nulli per l’indeterminatezza del loro oggetto.

16. La conclusione alla quale è pervenuto il primo giudice, seppur con le precisazioni che seguiranno, è condivisibile e meritevole di conferma.

16.1. In via preliminare, quanto all’ordine di esame dei motivi del ricorso principale e di quello incidentale, il Collegio non può che limitarsi a richiamare e a far proprio il recente *decisum* dall’Adunanza Plenaria di questo Consiglio (cfr. sentenza n. 9 del 25.2.2014, alla quale si rinvia a mente degli artt. 74, 88, comma 2, lett. d), e 120, comma 10, c.p.a.), secondo cui nel giudizio di primo grado, avente ad oggetto procedure di gara, deve essere esaminato prioritariamente, rispetto al ricorso principale, il ricorso incidentale escludente (come nel caso di specie), che sollevi un’eccezione di carenza di legittimazione del ricorrente principale non aggiudicatario, in quanto soggetto che non ha mai partecipato alla gara o che vi ha partecipato, ma è stato correttamente escluso, ovvero che avrebbe dovuto essere escluso, ma non lo è stato per un errore dell’amministrazione, con le uniche eccezioni, non ravvisabili nella presente controversia, dei casi in cui:

*a)* il ricorso principale è manifestamente infondato, inammissibile, irricevibile o improcedibile (in tal caso potendo essere questo esaminato per primo, circostanza, questa, che non ricorre nel caso di specie);

*b)* quando il ricorso incidentale non ha natura escludente perché censura valutazioni ed operazioni di gara svolte dall’amministrazione nel presupposto della regolare partecipazione alla procedura del ricorrente principale (circostanza, questa, che non ricorre nel caso di specie);

*c)* quando sia il ricorso principale che quello incidentale, proposti dalle due uniche imprese rimaste in gara, facciano valere la medesima causa escludente (in tal caso dovendosi esaminare entrambi i ricorsi, circostanza questa che non ricorre nel caso di specie).

17. Ciò premesso sulla preliminare necessità di esaminare, secondo il corretto ordine logico-giuridico delle questioni statuito dall’Adunanza Plenaria, il motivo di ricorso incidentale escludente, già ritenuto decisivo dal primo giudice, la Sezione ha già posto rilievo, di recente e in una controversia attinente alla medesima procedura di gara, per quanto peculiare perché relativo ad **avvalimento di garanzia** nell’ambito di un consorzio stabile (Cons. St., sez. III, 25.2.2014, n. 895), che il ricorso all’avvalimento, avente ad oggetto il fatturato o l’esperienza pregressa, è in linea di **principio** legittimo, non ponendo la disciplina dell’art. 49 del d. lgs. 163/2006 alcuna limitazione se non per i requisiti strettamente personali di carattere generale, di cui agli artt. 38 e 39 dello stesso d. lgs. 163/2006 (v. anche,*inter multas*, Cons. St., sez. V, 14.2.2013, n. 911).

17.1. L’avvalimento deve essere tuttavia, anche in questa ipotesi, sufficientemente determinato da assicurare la serietà e l’affidabilità dell’offerta tecnica.

17.2. I due contratti di avvalimento in questione, tuttavia, si pongono in contrasto con l’esigenza di determinatezza che presiede alla disciplina in materia e alla disposizione dell’art. 49 del d. lgs. 163/2006, anche prima della previsione introdotta dall’art. 88 del d.P.R. 207/2010, poiché dal loro esame non si evince con esattezza e sufficiente precisione la natura dell’impegno assunto, la sua concreta portata e, soprattutto, il modo e il limite con i quali le risorse vengono messe a disposizione delle imprese ausiliate per effetto dell’avvalimento.

17.3. L’assoluta indeterminatezza dell’avvalimento, nel caso di specie, avrebbe dovuto l’esclusione dell’odierno r.t.i. appellante per la genericità dell’offerta.

17.4. Non vale a sanare la genericità dell’offerta, sul punto, l’obiezione, mossa dall’appellante nel ricorso (pp. 19-20), che entrambe le imprese ausiliarie avessero espressamente dichiarato di possedere e di mettere a disposizione della mandataria e della mandante, rispettivamente La Pultra di Tirelli Augusto s.a.s. e la Clean Service s.r.l., i propri requisiti e le risorse oggetto di avvalimento, costituite appunto dal fatturato globale, specificando inoltre nei rispettivi contratti di aver regolato i rispettivi rapporti interni, anche di natura economica, con separata scrittura privata, né giova all’appellante invocare l’argomento secondo cui la stazione appaltante avrebbe dovuto, ai sensi dell’art. 46, comma 1*bis*, del d. lgs. 163/2006, richiedere un’integrazione documentale relativamente alle citate scritture private, per verificare quali fossero gli accordi interni stipulati tra le concorrenti e le rispettive imprese ausiliarie.

17.5. I contratti di avvalimento infatti, per soddisfare l’indispensabile requisito della determinatezza, avrebbero dovuto indicare espressamente tali risorse e tali rapporti, non essendo certo consentito alla stazione appaltante, in violazione della *par condicio*, supplire a tale carenza dell’offerta tecnica, come invece pretende l’appellante, mediante il ricorso al soccorso istruttorio, ove si consideri che il r.t.i. ben avrebbe potuto e dovuto sin dal **principio** produrre tali contratti.

18. La giurisprudenza di questo Consiglio, pur ammettendo, come detto, il c.d. **avvalimento di garanzia** per il requisito del fatturato, ha sempre chiarito che le parti principale e ausiliaria devono impegnarsi a mettere a disposizione non il solo requisito soggettivo “*quale mero valore astratto*”, dovendo risultare con chiarezza che l’ausiliaria presti “*le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificano l’attribuzione del requisito di qualità (a seconda dei casi: mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti)*” (Cons. St., sez. VI, 13.6.2013, n. 7755; Cons. Stato, sez. III, 18.4.2011, n. 2344).

18.1. Si è inoltre precisato, con riferimento al contratto di avvalimento, che l’esigenza di una puntuale individuazione del suo oggetto, “*oltre ad avere un sicuro ancoraggio sul terreno civilistico, nella generale previsione codicistica che configura quale causa di nullità di ogni contratto l’indeterminatezza (ed indeterminabilità) del relativo oggetto, trova la propria essenziale giustificazione funzionale, inscindibilmente connessa alle procedure contrattuali del settore pubblico, nella necessità di non permettere – fin troppo – agevoli aggiramenti del sistema dei requisiti di ingresso alle gare pubbliche (requisiti pur solennemente prescritti e, di solito, attentamente verificati nei confronti dei concorrenti che se ne dichiarino titolari in proprio)*” (v. proprio di recente, in questo senso, Cons. St., sez. VI, 8.5.2014, n. 2365).

18.2. In questa prospettiva “*la pratica della mera riproduzione, nel testo dei contratti di avvalimento, della formula legislativa della messa a disposizione delle “risorse necessarie di cui è carente il concorrente” (o espressioni similari) si appalesa, oltre che tautologica (e, come tale, indeterminata per definizione), inidonea a permettere qualsivoglia sindacato, da parte della Stazione appaltante, sull’effettività della messa a disposizione dei requisiti*” (Cons. St., sez. V, 6.8.2012, n. 4510, Cons. St., sez. III, 3.9.2013, n. 4386).

18.3. Ciò non è avvenuto nel caso di specie, ove i due contratti di avvalimento difettano dei necessari elementi per comprendere esattamente contenuto, limiti e condizioni dello stesso avvalimento, con conseguente loro nullità.

18.4. Tale conclusione, del resto, è conforme anche all’ormai consolidata e più recente giurisprudenza di questa Sezione, secondo cui il cosiddetto **avvalimento di garanzia**, figura nella quale l’ausiliaria mette in campo la propria solidità economica e finanziaria a servizio dell’aggiudicataria ausiliata, ampliando così lo spettro della responsabilità per la corretta esecuzione dell’appalto, non deve rimanere astratto, cioè svincolato da qualsivoglia collegamento con risorse materiali o immateriali, che snaturerebbe e l’istituto, in elusione dei requisiti stabiliti nel bando di gara, esibiti solo in modo formale, finendo col frustare anche la funzione di garanzia.

18.5. Proprio per la sua peculiare funzione di estensione della base patrimoniale della responsabilità da esecuzione dell’appalto, infatti, l’**avvalimento di garanzia** può spiegare la sua funzione di assicurare alla stazione appaltante un *partner* commerciale con solidità patrimoniale proporzionata ai rischi di inadempimento contrattuale, solo se rende palese la concreta disponibilità attuale di risorse e dotazioni aziendali di cui si dà mandato all’ausiliata di avvalersi (Cons. St., sez. III, 18.4.2011, n. 2344; cfr. anche, nello stesso senso, Cons. St., sez. V, 6.8.2012, n. 4510).

18.6. La sufficiente determinazione dell’oggetto del contratto di avvalimento è, peraltro, funzionale alle esigenze di certezza dell’Amministrazione, essendo la dichiarazione dell’impresa ausiliaria volta a soddisfare l’interesse della stazione appaltante ad evitare, dopo l’aggiudicazione, l’insorgere di contestazioni sugli obblighi dell’ausiliario (Cons. St., sez. III, 22.1.2014, n. 294).

19. Non può che discendere pertanto dagli affermati principi la nullità dei due contratti di avvalimento, come correttamente ritenuto dal primo giudice, con conseguente esclusione del r.t.i. dalla gara.

19.1. L’esclusione dalla gara per la nullità dell’avvalimento, secondo quanto ha ritenuto il primo giudice, vale peraltro tanto per il lotto 5 quanto per il lotto 8, a nulla rilevando, in senso contrario, la previsione dell’art. 9 del disciplinare di gara, secondo cui “*l’impresa ovvero RTI o Consorzio che concorre a più lotti e dichiara di possedere i fatturati di cui ai punti 7 e 8 in misura inferiore a quelli richiesti sarà ammessa a partecipare unicamente ai lotti per i quali possiede i requisiti e sarà esclusa dai restanti in ragione dell’ordine decrescente di importanza economica dei lotti*”.

19.2. Bene ha rilevato il T.A.R., infatti, che, una volta accertata la nullità del contratto di avvalimento presentato dal r.t.i. al fine di dimostrare il possesso del requisito, l’offerta dell’impresa concorrente non poteva essere sanata sul presupposto, anche fondato, che quest’ultima possedesse in proprio il requisito *de quo*, in quanto tale *modus operandi*finirebbe con consentire una modifica dell’originaria offerta, in palese contrasto con il **principio** della *par condicio*dei concorrenti.

19.3. Non vi è dubbio, esaminando i contratti di avvalimento, che il r.t.i. odierno appellante avesse inteso avvalersi della Tra.ser s.r.l. e di Omnia Servitia s.r.l. sia per il lotto 5 che per il lotto 8, sicché per entrambi i lotti, in presenza di un avvalimento nullo, si pone il medesimo e insuperabile ostacolo di un’offerta che, sul piano tecnico, risulta inidonea e certo non emendabile, nella sua originaria carenza, con una diversa, tardiva e, perciò, inammissibile rimodulazione dell’offerta, nella quale il r.t.i. aveva fatto volontario ricorso all’avvalimento anche per il lotto n. 8, e quindi con una altrettanto e conseguente inammissibile riconfigurazione dei requisiti in capo al r.t.i. concorrente, in violazione della *par condicio.*

19.4. La correttezza della conclusione alla quale è pervenuto il T.A.R., seppur con le esposte precisazioni, non è scalfita dall’argomento, fatto valere dall’appellante, secondo cui, così ragionando, il T.A.R. avrebbe ritenuto unitaria e inscindibile l’offerta della ricorrente principale in prime cure per il lotto 5 e il lotto 8, benché questa, conformemente a quanto previsto dal punto 10 del disciplinare di gara, avesse presentato un’offerta economica ed un’offerta tecnica diverse per il lotto 5 e il lotto 8.

19.5. Il giudice di prime cure non ha mai affermato che l’offerta del r.t.i. fosse unica e che l’eventuale invalidità di questa, per quanto riguarda il lotto 5, rifluisse negativamente anche sul lotto 8, ma ha svolto, correttamente e coerentemente, il medesimo ragionamento logico-giuridico per entrambi i lotti, osservando che ammettere il r.t.i. a concorrere alla gara per il lotto 8, nonostante la nullità dell’avvalimento e per il sol fatto che la Pultra s.a.s. e la Clean Service s.r.l. possedessero in proprio il fatturato richiesto per tale lotto, avrebbe costituito una modifica sostanziale dell’offerta tecnica, il cui dato riposava proprio sul volontario ricorso all’avvalimento, quanto al requisito del fatturato, per entrambi i lotti.

19.6. Si tratta di considerazione giuridica immune da censura.

19.7. Non è infatti corretto quanto sostiene l’appellante (pp. 15-16) e, cioè, che i contratti in questione erano sottesi in modo esclusivo alla dimostrazione della capacità economica e finanziaria richiesta per la partecipazione al lotto. 5.

19.8. Ciò non risponde al vero perché i contratti di avvalimento erano stati stipulati, come si evince dalla loro piana lettura, sia per il lotto 5 che per il lotto 8.

20. Non può infine nemmeno negarsi, come assume invece l’appellante, che sussistesse l’interesse della ricorrente incidentale in prime cure, Manutencoop Facility Management s.p.a., a contestare l’ammissione del r.t.i., avente quale mandataria Pultra di Tirelli Augusto s.a.s., anche per il lotto 5, nella quale la medesima Manutencoop Facility Management s.p.a. si era qualificata seconda e non prima.

20.1. Il T.A.R. Lazio ha correttamente rilevato, sul punto, che l’interesse alla proposizione del ricorso incidentale escludente sussisteva non solo per il lotto 8 in cui Manutencoop Facility Management s.p.a. era risultata aggiudicataria, ma anche per il lotto 5, in cui la stessa si era posizionata davanti all’offerta del raggruppamento capeggiato dalla ricorrente principale, giustificando tale interesse sia a non essere esclusa sia a non essere scavalcata nella relativa graduatoria dall’eventuale accoglimento di alcune delle censure dedotte in via principale – nonché, in via generale, dall’eventuale annullamento della gara conseguente all’accoglimento delle altre doglianze dedotte – sulla base del fatto che la suddetta società aveva contestato con autonomo ricorso, proposto al T.A.R. Lazio, la mancata aggiudicazione in proprio favore del lotto in questione.

20.2. Manutencoop Facility Management s.p.a. aveva infatti impugnato, avanti al medesimo T.A.R. Lazio, l’aggiudicazione del lotto 5 in favore di Team Service Società Consortile a r.l., aggiudicazione che è stata annullata dal medesimo T.A.R. Lazio, con sentenza n. 9137 del 24.10.2013, confermata, seppur con diversa motivazione, da questo Consiglio con la già richiamata sentenza n. 895 del 25.2.2014, sicché essa aveva ed ha tutto l’interesse, risultando aggiudicataria del lotto in seguito alle citate pronunce, a far accertare l’esclusione del r.t.i. ricorrente principale in prime cure, odierno appellante, che aspira peraltro, anche con il gravame qui proposto, all’aggiudicazione dello stesso lotto 5.

21. Ne segue che anche tale argomento dell’appellante, seppur con le integrazioni appena esposte, deve essere disatteso.

22. In conclusione, con le precisazioni sino a qui espresse, l’impugnata sentenza merita conferma, avendo essa correttamente ritenuto, in accoglimento del primo motivo di ricorso incidentale escludente proposto da Manutencoop Facility Management s.p.a., che l’odierno r.t.i. appellante, dovendo essere escluso dalla gara, non avesse alcun interesse a contestare le offerte tecniche ed economiche presentate dalle altre ricorrenti e le molteplici complesse valutazioni effettuate dalla Commissione giudicatrice.

23. Restano pertanto assorbiti, in quanto giuridicamente ininfluenti ai fini del decidere, sia gli ulteriori motivi dell’appello principale riproposti da La Pultra di Tirelli Augusto s.a.s. sia quelli dell’originario ricorso incidentale e dichiarati assorbiti dalla pronuncia gravata, motivi a loro volta riproposti da Manutencoop Facility Management s.p.a. nella memoria di costituzione ai sensi dell’art. 101, comma 2, c.p.a.

24. Ai sensi dell’art. 26 c.p.a. e dell’art. 92, comma secondo, c.p.c., le spese del presente grado di giudizio, attesa la complessità delle questioni sin qui esaminate, possono essere interamente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull’appello, come in epigrafe proposto, lo respinge, confermando, ai sensi di cui in motivazione, l’impugnata sentenza.

Compensa interamente tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 aprile 2014 con l’intervento dei magistrati:

Giuseppe Romeo, Presidente

Michele Corradino, Consigliere

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere, Estensore

Alessandro Palanza, Consigliere

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  |  |  |
|  |  |  |
| **L'ESTENSORE** |  | **IL PRESIDENTE** |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/06/2014

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

\*\*\*\*

**N. 00631/2015 REG.PROV.COLL.**

**N. 00131/2015 REG.RIC**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 131 del 2015, proposto da:   
Socialnis S.C.A.R.L., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Franco Enoch, con domicilio eletto presso Gabriele Moro in Torino, Via Vela, 29;

***contro***

Ospedale Civile di Carru' (Cn), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Eros Morra, con domicilio eletto presso la Segreteria del T.A.R. Piemonte in Torino, corso Stati Uniti, 45;   
  
Cooperativa Sociale G.M.R., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Alessandro Sciolla e Sergio Viale, con domicilio eletto presso il primo in Torino, corso Montevecchio, 68;

***per l'annullamento***

- della deliberazione n.38 del 31/12/2014 trasmessa alla ricorrente lo stesso 31/12/2014, con la quale il Collegio Commissariale dell' Ospedale Civile di Carrù ha approvato i verbali di gara e gli atti relativi alla procedura negoziata senza pubblicazione del bando per l'affidamento della gestione del servizio socio sanitario assistenziale ed accessori per il biennio 2015-2016 ed ha aggiudicato in via definitiva la gestione del servizio alla controinteressata G.M.R. Cooperativa sociale di Mondovì;

e di ogni altro atto ad essa presupposto, connesso e conseguente ed, in particolare,

- dei verbali relativi alle operazioni di gara del 09/12/2014, del 10/12/2014 e del 19/12/2014;

- delle comunicazioni di esito provvisorio della gara del 10/12/2014 e di aggiudicazione provvisoria del 23/12/2014

e per la condanna dell'Amministrazione al risarcimento di tutti i danni.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell’Ospedale Civile di Carru' (Cn) e della Cooperativa Sociale G.M.R.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 aprile 2015 il dott. Giovanni Pescatore e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con lettera di invito in data 23 ottobre 2014, l'Ospedale Civile di Carrù ha indetto una procedura negoziata per l'affidamento della gestione del servizio socio sanitario assistenziale ed accessori per il biennio 2015/2016, riservata alle Cooperative sociali di cui all'art. 1 lett. a) L. 381/1991, iscritte all'albo regionale di cui all'art. 2, comma 2, lett. a) e c), L.R. 18/1994.

Trattandosi di servizio disciplinato dagli artt. 20 e 27 Codice Appalti (quindi escluso dall'applicazione delle norme del d.lg.s 163/2006), la*lex specialis* di gara ha previsto l'affidamento tramite procedura negoziata ex artt. 57 e 83 d.lgs n. 163/2006 con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

L'importo presunto d'appalto è stato fissato in €. 1.088.558,80 di cui €. 9.797 per oneri di sicurezza non ribassabili.

2. Il punto 12 della lettera d’invito (rubricato "*Capacità Tecnica ed Economica*") richiedeva, a pena di esclusione, una dichiarazione attestante:

- l'esecuzione di servizi socio sanitari assistenziali, analoghi a quello oggetto d'appalto negli ultimi due anni (2012-2013), con precisa elencazione delle attività svolte, del periodo di gestione, del relativo importo contrattuale e dei destinatari dei servizi;

- un fatturato globale specifico, relativo ai servizi oggetto di gara, non inferiore, per ciascuno dei due anni del biennio 2012-2013, ad €. 500.000,00.

3. Ai sensi del successivo punto 14, i concorrenti potevano soddisfare i requisiti di cui al punto 12 tramite **avvalimento** ex art. 49 D.Lgs. n. 163/2006, producendo:

- dichiarazione verificabile attestante l'**avvalimento** dei requisiti necessari alla partecipazione alla gara, con specifica indicazione dei requisiti stessi e dell' impresa ausiliaria;

- dichiarazione dell'ausiliaria di impegno verso il concorrente e la stazione appaltante a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto;

- originale o copia autentica del contratto di **avvalimento**.

4. Per soddisfare il requisito di capacità tecnica e finanziaria di cui al punto 12 della lettera di invito, GMR ha dichiarato che intendeva avvalersi de Le Rondini S.r.l., ed ha prodotto il contratto di **avvalimento** e la dichiarazione di messa a disposizione del requisito dell'impresa ausiliaria.

5. All'esito della seduta del 9 dicembre 2014, la Commissione di gara ha assegnato a GMR e alla ricorrente il medesimo punteggio di 43/50 sul parametro qualitativo. Quindi, nella seduta del 10 dicembre 2014, la Commissione ha attribuito i punteggi alle offerte economiche, segnatamente 50 punti a GMR e 48,29 alla ricorrente.

Acquisite le giustificazioni di congruità dell'offerta, la Commissione ha dichiarato GMR aggiudicataria provvisoria con punteggio di 93,00, seguita dall’odierna ricorrente con punteggio di 91,29. L’aggiudicazione definitiva è intervenuta con la qui impugnata deliberazione n. 38 del 31 dicembre 2014.

6. L’esito della gara è oggetto di contestazione da parte della seconda classificata Socialnis sulla scorta delle seguenti censure.

6.1 Con il primo motivo, si deduce che GMR doveva esser esclusa dalla gara per mancanza dei requisiti di capacità tecnica ed economica, sotto cinque distinti profili:

a) innanzitutto, la ricorrente rileva che il contratto di **avvalimento** prodotto da GMR sarebbe "*del tutto generico e privo dei requisiti tassativamente prescritti dalla legge*": le segnalate carenze riguardano, in particolare l'indicazione dell'oggetto, della durata e degli altri elementi utili richiesti dall'art. 88 del D.P.R. n. 207/2010;

b) in secondo luogo, nel contratto e nella dichiarazione dell'ausiliaria non sarebbero stati indicati i servizi analoghi svolti, richiesti a pena di esclusione dalla gara;

c) sotto un ulteriore profilo, l’**avvalimento** risulterebbe illegittimo per non essere l'ausiliaria una Cooperativa sociale, bensì una società di capitali, pur essendo la gara riservata alle Cooperative sociali di cui all'art. 1 lett. a) L. 381/1991;

d) ulteriore ragione di esclusione dalla gara di GMR deriverebbe dallo stato di passività e dal calo del fatturato registrato nei relativi bilanci nel triennio 2011-2013;

e) la ricorrente rileva, infine, che GMR - nel cui organico figurano solamente lavoratori autonomi e collaboratori - sarebbe priva di personale subordinato dipendente, e quindi difetterebbe di un requisito fondamentale ai fini di gara.

6.2 Con il secondo motivo, si censura il giudizio della Commissione aggiudicatrice in ordine alle giustificazioni fornite da GMR, sotto due distinti profili.

a) Innanzitutto, vengono contestati:

- la cifra esposta per "*IRES e IRAP d'esercizio sul servizio*";

- la percentuale dell’1,5% indicata per i contributi INAIL;

- il numero di ore di malattia, gravidanza ed infortuni, indicate in misura inferiore rispetto alle tabelle ministeriali di riferimento e la mancata previsione di ore per permessi sindacali, RLS etc.;

- la sottostima dei dati utilizzati per le indennità di turno.

b) La ricorrente censura inoltre le valutazioni tecniche della Commissione di gara in ordine ai punteggi attribuiti a GMR.

In particolare:

I) quanto al criterio 1 (Facilità di comunicazione), rileva che la Commissione ha attribuito ad entrambe le concorrenti il medesimo punteggio (5 punti) pur avendo la ricorrente dichiarato che il proprio responsabile di riferimento all'interno della struttura era in grado di arrivare in Ospedale entro 10 minuti dalla chiamata, mentre GMR ha indicato un tempo di circa mezz'ora; fa presente, inoltre, che la ricorrente ha previsto altre figure presenti in struttura (Coordinatrice esterna, OSS e supervisore etc.) mentre nell’offerta GMR non è contemplato alcun supervisore;

II) quanto ai criteri 2.1 (sistema dettagliato di programmazione e pianificazione del servizio socio assistenziale, circolazione delle informazioni e verifica dell'attività, presupposti tecnici di riferimento, obiettivi e risultati da raggiungere) e 2.2 (sistema dettagliato di programmazione e pianificazione dei servizi accessori, circolazione delle informazioni e verifica dell'attività, presupposti tecnici di riferimento, obiettivi e risultati da raggiungere), viene contestata l'attribuzione ad entrambe le concorrenti del medesimo punteggio, nonostante l’offerta di Socialnis fosse più qualificata a fronte di un progetto di GMR "meno dettagliato, confuso ed assai generico";

III) quanto al criterio 2.3 (documentazione e reports per il controllo e la gestione integrata dei servizi), la ricorrente contesta di aver ricevuto un solo punto nonostante GMR avesse fornito un sistema generico e sommario e fosse sprovvista della certificazione di qualità ISO 9001:2008;

IV) quanto ai criteri 3.1 (sistema organizzativo per far fronte a ferie, malattie ed altre assenze ed eventi imprevedibili ed urgenti) e 3.2 (criteri e modalità per il reperimento, la selezione e la formazione del personale), la ricorrente contesta l'asserita superiorità dell’offerta avversaria sulle modalità dì reperimento del personale, sulla gestione delle assenze programmate ed improvvise e sulla formazione del personale;

V) con riguardo al criterio 4.1 (eventuali servizi ed attività aggiuntivi senza maggiori oneri per la S.A.), la ricorrente contesta che sia stata valutata come miglioria aggiuntiva di GMR la proposta di prestazioni rientranti tra le attività già previste nel capitolato, quali le gite degli ospiti;

VI) infine, quanto al criterio 4.2 (eventuali attrezzature/ausili in aggiunta a quelli richiesti senza maggiori oneri per la S.A.), la ricorrente lamenta che la Commissione avrebbe attribuito illegittimamente un maggior punteggio a GMR, pur avendo offerto entrambe le imprese 1 lavapadelle e 10 materassini antidecubito; inoltre, la Commissione avrebbe valutato come aggiuntiva l'offerta di sostituire attrezzature mobili ed ausili deteriorati, allorquando tale onere era già previsto in capitolato.

7. Si sono costituiti in giudizio l’Ospedale Civile di Carrù e la controinteressata GMR, articolando deduzioni in replica a quelle avversarie e chiedendo l’integrale reiezione del ricorso.

8. A seguito della rinuncia all’istanza cautelare, espletato lo scambio di memorie e repliche in vista della discussione, ai sensi dell’art. 73 c.p.a., la causa è stata trattenuta a decisione all’udienza pubblica del 2 aprile 2015.

DIRITTO

1. Come esposto in premessa il punto 12 della lettera d’invito "Capacità Tecnica ed Economica" richiedeva, a pena di esclusione, una dichiarazione attestante:

- l'esecuzione negli ultimi due anni (2012-2013) di servizi socio-sanitari assistenziali, analoghi a quello oggetto d'appalto, con precisa elencazione delle attività svolte, del periodo di gestione, del relativo importo contrattuale e dei destinatari;

- un fatturato globale specifico, relativo ai servizi oggetto di gara, non inferiore, per ciascuno dei due anni del biennio 2012-2013, ad €. 500.000,00.

1.1 La controinteressata GMR ha prodotto un contratto di **avvalimento** ove si legge che “*l’impresa ausiliaria dispone di idoneo requisito di capacità tecnica ed economica relativa all’attività socio-sanitaria assistenziale e servizi accessori*”; che “*l’impresa avvalente .. è carente del requisito di qualificazione sopra indicato*”; che “*l’impresa avvalente è autorizzata ad utilizzare il requisito di capacità tecnica ed economica posseduto dall’impresa ausiliaria*” e che “*l’impresa ausiliaria si impegna a consentire l’utilizzo del citato requisito*”.

1.2 Nella dichiarazione di messa a disposizione del requisito a firma del legale rappresentante della ausiliaria - indirizzata all’Ospedale Civile di Carrù - al punto A, n. 2, si legge: "*l) la Società Le Rondini s.r.l. ha fornito servizi sanitari e socio assistenziali analoghi a quello oggetto dell'appalto negli ultimo 2 anni (2012-2013), con la seguente elencazione delle attività svolte: servizio di Operatore Socio Sanitario, servizio infermieristico, servizio di cucina, servizio di lavanderia e pulizia con utilizzo di personale proprio. La Società Le Rondini s.r.l. si occupa della gestione completa della Casa di Riposo per Anziani autosufficienti e non autosufficienti RSA di Battifollo. 2) il fatturato globale della Società Le Rondini s.r.l. relativo ai predetti servizi non è stato inferiore, per ognuno dei due anni del biennio 2012- 2013, ad €. 750.000,00, al netto degli oneri fiscali*".

- al punto B l’ausiliaria dichiara “*di obbligarsi nei confronti del concorrente e della stazione appaltante a fornire i predetti requisiti dei quali è carente il concorrente e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell’appalto.. rendendosi inoltre responsabile in solido con il concorrente nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto dell’appalto*”.

1.3 La prospettazione di cui al ricorso pone in rilievo l’indeterminatezza del contratto di**avvalimento** in questione, in quanto carente dell’indicazione delle risorse messe a disposizione del concorrente, la cui puntuale specificazione è imposta dall’art. 88 DPR 207/2010: la formulazione del tutto vacua e tautologica del contratto risulterebbe inidonea a consentire la verifica da parte della stazione appaltante sull’effettività della messa a disposizione dei requisiti e analoga genericità di contenuti affliggerebbe la dichiarazione resa dall’impresa ausiliaria.

1.4 Le parti resistente e controinteressata hanno replicato sul punto che: a) la gara in questione attiene ad un servizio escluso dall'applicazione della disciplina sui contratti pubblici, ai sensi degli artt. 20 e 27 D.Lgs. n. 163/2006: dunque essa è soggetta ai principi di cui al citato art. 27 ma non anche all'osservanza delle disposizioni di dettaglio dettate per i contratti pubblici non esclusi; b) l'art. 12 della lettera di invito fa un richiamo generico "*all'istituto di cui all'art. 49 del Codice*", senza richiamare anche l'art. 88 D.P.R. n. 207/2010, il quale, quindi, non risulterebbe applicabile alla procedura in argomento; c) il contratto di**avvalimento** andrebbe letto in combinato disposto con la dichiarazione dell’ausiliaria, recante una puntuale elencazione dei servizi svolti nel corso del biennio e l’impegno della stessa ausiliaria nei confronti della stazione appaltante a rispondere in solido con la concorrente delle prestazioni oggetto dell’appalto; d) infine - riferendosi il requisito fornito al solo dato finanziario, la regola della rigorosa predeterminazione dei mezzi e delle risorse poste a disposizione del concorrente ausiliato andrebbe intesa in maniera più elastica ed aderente alla specificità del caso, quindi in applicazione delle ordinarie regole sulla determinatezza o determinabilità dell'oggetto del contratto di cui all’art. 1346 cod. civ.. Ciò in quanto il requisito di capacità economica-finanziaria non impone altro obbligo che l'impegno dell'impresa ausiliaria di rispondere, nei limiti che il requisito stesso ha nel contesto della gara, con le proprie e complessive risorse economiche allorché, in sede esecutiva, la necessità sottesa al requisito si renda attuale. Ciò non implica per forza il coinvolgimento di aspetti specifici dell'organizzazione di detta impresa - donde la non necessità di dedurli in contratto, se questi non rispondano al concreto interesse della stazione appaltante (Cons. Stato, sez. III, 06 febbraio 2014, n. 584; Id., 4 dicembre 2014, n. 5978).

2. La disamina del motivo di ricorso deve muovere da alcune specifiche considerazioni di inquadramento della fattispecie.

2.1 Innanzitutto, il requisito indicato al punto 12 della lettera di invito, oggetto del contratto di **avvalimento**, riguarda la "Capacità Tecnica ed Economica": in esso, dunque, si compongono elementi propri della “Capacità tecnica e professionale”, di cui all’art. 42 d.lgs. 163/2006, e della “Capacità economica e finanziaria”, di cui all’art. 41 d.lgs. 163/2006.

Al primo profilo di capacità è riconducibile la previsione - desunta dalla lett. a) del comma 1 del citato art. 42 – dell’elencazione dei servizi analoghi svolti negli ultimi 2 anni (2012-2013), con indicazione delle attività svolte, del periodo di gestione, del relativo importo contrattuale e dei destinatari dei servizi; nel secondo profilo di capacità (economica e finanziaria) è sussumibile la prescritta indicazione del fatturato specifico, eccedente un certo ammontare minimo - ricalcata sulla falsariga dell’art. 41 comma 1 lett. c).

2.2. L’esatta determinazione della natura del requisito di cui al punto 12 della lettera d’invito appare di rilievo al fine di valutare la pertinenza dei richiami giurisprudenziali svolti nelle difese delle parti contendenti. Alcuni di questi precedenti, infatti, si riferiscono a fattispecie di **avvalimento** del solo requisito finanziario (cd. di **garanzia**): proprio connettendo a tale requisito un mero obbligo di **garanzia** patrimoniale, attivabile in fase di esecuzione del contratto ed avulso dalle modalità organizzative dell’apparato operativo - aziendale dell’impresa ausiliaria, parte della giurisprudenza giunge a sostenere che la sola indicazione (anche *per relationem*) del fatturato, e quindi del limite economico entro il quale tale **garanzia**patrimoniale potrà essere attivata, valga a soddisfare l’obbligo di determinatezza o determinabilità del contratto di **avvalimento**, ai sensi dell’art. 1346 cod. civ..

2.3 Come anticipato, il caso in esame diverge dalla casistica poc’anzi menzionata, in quanto attiene ad un **avvalimento** del requisito di capacità tecnica - economica, attraverso la verifica del quale l'Amministrazione è chiamata a vagliare anche la specifica affidabilità e attitudine del concorrente alla realizzazione delle prestazioni oggetto della gara: la puntuale indicazione delle attività svolte, del periodo di gestione, del relativo importo contrattuale e dei destinatari dei servizi resi, è infatti giustificata dall'esigenza della stazione appaltante di acquisire conoscenza della precedente attività dell'impresa, in quanto le precedenti esperienze maturate rappresentano significativi indici della sua capacità di eseguire la prestazione oggetto dell'appalto.

2.4 A ciò aggiungasi che la considerazione della pregressa esperienza dell'operatore, come anche della solidità ed estensione dell’organizzazione d'impresa acquisita nel tempo, fornisce informazioni significative in sede di esecuzione del contratto, sotto il profilo dell’apprezzamento dell’esatta portata delle obbligazioni ivi dedotte e della conformità alle stesse delle prestazioni rese.

2.5 Sotto entrambi i profili in esame, un contratto di **avvalimento** formulato attraverso la tautologica riproduzione della formula legislativa della messa a disposizione delle "*risorse necessarie di cui è carente il concorrente*", o espressioni equivalenti, appare inidoneo ad un’adeguata verifica vuoi dei requisiti di idoneità all’affidamento della commessa; vuoi, in fase di esecuzione del contratto, al controllo dell’esattezza della prestazione resa, e quindi del grado di diligenza e di professionalità esigibile dalla parte obbligata.

2.6 Laddove, dunque, il requisito prestato presenti, come nel caso in esame, anche valenza tecnica-organizzativo - essendo finalizzato a dimostrare che l’operatore economico che partecipa alla gara è in possesso di quella specifica competenza risultante dall’avere svolto, nel settore oggetto dell’appalto e per l’indicato periodo temporale, determinati lavori o servizi - è logico che detta competenza venga specificata attraverso l’indicazione dei mezzi e delle esperienze pregresse ad essa correlate e poste a disposizione ai fini dell’attuazione dell’impegno negoziale. Diversamente, verrebbe vanificata la ragione giustificativa dell’obbligazione solidale gravante sull’ausiliaria, atteso che il regime di responsabilità può operare soltanto se viene specificamente indicata la prestazione cui tale responsabilità si riferisce. Non è possibile, d’altra parte, postulare un inadempimento contrattuale e la conseguente responsabilità di un soggetto il cui obbligo è stato genericamente dedotto in contratto, potendo il soggetto ausiliario, per andare esente da responsabilità, rilevare proprio la mancanza di una specifica obbligazione e l’assenza di conseguente violazione contrattuale (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 8 maggio 2014, n. 2365).

2.7 Per concludere, l'**avvalimento** avente ad oggetto l'esperienza pregressa, oltre che il fatturato, può spiegare la sua funzione di assicurare alla stazione appaltante un partner commerciale con solidità tecnica ed economica proporzionata ai rischi di inadempimento contrattuale solo se, diversamente da quanto avvenuto nel caso di specie, rende palese la concreta dimensione e qualità delle capacità aziendali di cui si dà mandato all'ausiliata di avvalersi.

2.8 Invero, anche per l’**avvalimento** “di **garanzia**” - figura nella quale, come già esposto, l'ausiliaria mette in campo unicamente la propria solidità economica e finanziaria a servizio dell'ausiliata, ampliando così lo spettro della responsabilità per la corretta esecuzione dell'appalto - l'ormai consolidata e più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato ritiene che il relativo contenuto non possa rimanere astratto, cioè svincolato da qualsivoglia collegamento con risorse materiali o immateriali, finendosi altrimenti col frustare anche la funzione di **garanzia** allo stesso sotteso (*ex multis* T.A.R. Milano, sez. IV, 27 gennaio 2015, n. 301; Cons. Stato, sez. III 17 giugno 2014, n. 3058 e 22 gennaio 2014 n. 294): sicché si ritiene che anche per tale tipologia di contratto sia richiesta l’adeguata indicazione, a seconda dei casi, del fatturato globale e dell'importo relativo ai servizi o forniture nel settore oggetto della gara, nonché degli specifici fattori della produzione e di tutte le risorse che hanno permesso all'ausiliaria di eseguire le prestazioni analoghe nel periodo richiesto dal bando (Cons. Stato, sez. III, 22 gennaio 2014 n. 294 e 17 giugno 2014 n. 3057). Identico principio non può che valere, *a fortiori*, nel caso in esame (descrittivamente qualificabile come di **avvalimento** “misto”, cioè tecnico-operativo oltre che finanziario), ove, come si è detto, il contenuto del contratto ingloba profili di capacità ed esperienza tecnico – professionale dell’impresa ausiliaria (Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 21 gennaio 2015, n. 35).

2.9 Ciò posto, la formulazione tautologica del contratto di **avvalimento** oggetto di causa appare tanto più inadeguata in quanto con essa si fa generico riferimento al requisito di capacità mancante, come richiesto dalla legge di gara, la quale, a sua volta, al punto 12 della lettera di invito, non fornisce una descrizione compiuta del requisito in parola, ma ne demanda ai concorrenti l’illustrazione attraverso l’indicazione dei servizi analoghi svolti, delle attività espletate, dei periodi di gestione, del relativo importo contrattuale e dei destinatari dei servizi. Dunque, il meccanismo della *relatio* non vale neppure indirettamente, nel caso di specie, a dare consistenza al requisito mancante.

3. Non valgono a colmare la lacunosità del contratto di **avvalimento** né la suggerita lettura del suo contenuto in combinato con la dichiarazione resa dall’ausiliaria; né il mancato richiamo nella lettera d’invito all’art. 88 DPR 207/2010.

3.1 Con riguardo al primo profilo, la giurisprudenza (Cons. Stato, sez. IV, 09 febbraio 2015 n. 662; Id., sez. VI, 13 maggio 2010, n. 2956) è costante nell’affermare che per potersi avvalere dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo di un altro soggetto, è necessario che l’impegno dell’impresa ausiliaria, e l’indicazione delle risorse che sostanziano l'attribuzione del requisito, risultino chiaramente, sia dal contratto di**avvalimento** (art. 49 comma 2 lett. f) D.Lgs. n. 163 del 2006) che dalla dichiarazione unilaterale dell'impresa ausiliaria indirizzata alla stazione appaltante (art. 49 comma 2 lett. d) D.Lgs. n. 163 del 2006): oltre che dal chiaro dettato normativo, l’esigenza della duplicazione degli impegni è correlata al fatto che i due documenti hanno struttura e destinatari distinti (la controparte contrattuale in un caso e la stazione appaltante nell’altro caso), per cui ad ognuna della dichiarazioni d’impegno dell’ausiliaria si connette una distinta portata soggettiva degli obblighi assunti, che differenzia la valenza negoziale dei documenti e non ne consente una lettura unitaria e complementare, quantomeno non nel senso di potere di colmare, tramite la stessa, il difetto di elementi di contenuto essenziali riscontrabile in uno dei due documenti negoziali (quanto alle differenze di natura, contenuto e finalità, sussistenti tra contratto e dichiarazione unilaterale, tali da rendere tali documenti non sovrapponibili tra loro, cfr. T.A.R. Milano, sez. III, 29 dicembre 2012, n. 3290; Cons. Stato, sez. IV, 01 agosto 2012, n. 4406).

D’altra parte, non si deve dimenticare che l’esigenza di determinatezza contenutista del contratto di **avvalimento** e della dichiarazione unilaterale di impegno è funzionale ad esigenze di certezza e praticità operativa, essendo volta a scongiurare, nel primario interesse della stazione appaltante, l'insorgenza di contestazioni sugli obblighi dell'ausiliario, sia tra le parti contraenti, sia tra queste e la parte pubblica (Cons. St., sez. III, 22 gennaio 2014, n. 294).

Per tali ragioni, la più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato ritiene, per un verso, che il contratto non possa essere sostitutivo della dichiarazione unilaterale (Cons. St., V, 28 luglio 2014 n. 3974) e, per altro verso, che la predetta dichiarazione unilaterale debba avere un oggetto determinato al pari del relativo contratto (Cons. St., VI, 8 maggio 2014 n. 2365; Cons. giust. amm. Sicilia sez. giurisd., 21 gennaio 2015, n. 35).

3.2 Sempre in relazione ai rapporti tra contratto di **avvalimento** e dichiarazione unilaterale va ulteriormente osservato, con più specifico riferimento al caso di specie, che alcun rinvio alla dichiarazione unilaterale è contenuto nel testo del contratto di **avvalimento**. Non sussistono, quindi, previsioni contrattuali che consentano di rimettere la determinazione del rapporto contrattuale a fattori esterni, secondo lo schema dell’oggetto negoziale determinabile *per relationem*.

3.3 Né risulta decisiva, al fine di escludere la nullità per indeterminatezza del contratto di**avvalimento**, la relazione di collegamento negoziale in ipotesi ravvisabile tra questo e la dichiarazione unilaterale dell’impresa ausiliaria: ed infatti, per giurisprudenza pacifica, il collegamento negoziale può determinare un vincolo di reciproca dipendenza tra i negozi collegati, così che le vicende relative all'invalidità, all'inefficacia o alla risoluzione dell'uno possono ripercuotersi sugli altri: detto collegamento non esclude, invece, che i singoli contratti si caratterizzino ciascuno in funzione di una propria causa e conservino una distinta individualità giuridica, non dando essi luogo ad un contratto unico, ma, conservando ciascuno la propria autonomia giuridica (Cass. civ., sez. III, 22 marzo 2013, n. 7255); sicché, mentre la nullità di uno di essi si riflette, atteso il legame di reciproca loro dipendenza, sulla permanenza del vincolo negoziale relativamente agli altri, la validità solo di alcuni non comporta quella degli altri e dell'**intero complesso** dei contratti collegati (Cass. civ., sez. III, 10 ottobre 2014, n. 21417).

3.4 Resta da aggiungere, sotto un ultimo profilo, che l’art. 49 riproduce un meccanismo civilistico consolidato, in forza del quale la dichiarazione unilaterale risulta efficace e impegnativa in quanto abbia una valida causa c.d. esterna nel contratto d’**avvalimento**: l’obbligazione (a monte) assunta dall’impresa ausiliaria, costituente il necessario presupposto della responsabilità (*ex lege*) solidale, è quindi valida ed efficace solo se e nella misura in cui sia di fonte contrattuale (cfr. T.A.R. Liguria, sez. II, 11 aprile 2012, n. 521; Cons. St., sez. IV, 20 novembre 2008 n. 5742 ove si fa riferimento alla “*obbligazione accessoria*” in capo all’impresa ausiliaria scaturente “*dalla riproduzione del contenuto del contratto di****avvalimento****nella dichiarazione resa nei confronti della stazione appaltante*”). La descritta interazione causale tra contratto e dichiarazione unilaterale porta ad escludere che la nullità per indeterminatezza del primo possa essere sanata, in via interpretativa, attingendo gli elementi di contenuto mancanti dalla dichiarazione unilaterale ad esso accessoria (potendosi ammettere, al più, l’ipotesi contraria).

4. Sempre al fine di affermare la validità del contestato **avvalimento**, le parti resistenti hanno posto in rilievo il mancato richiamo da parte degli atti di gara all’art. 88 DPR 207/2010, arguendone che, per effetto dell’inapplicabilità della norma regolamentare, non sussisterebbe nella specie un obbligo di elencazione dettagliata dei contenuti del contratto di **avvalimento**.

Il rilievo non ha pregio, per le seguenti ragioni: a) innanzitutto l'esigenza di determinazione esplicita ed esauriente delle risorse e dei mezzi prestati si ricava direttamente dall'art. 49 d.lgs. 163/2006, ancor prima che dall'art. 88, comma 1 lett. a), d.P.R. n. 207 del 2010, e in particolare dal reiterato riferimento, contenuto nell’art. 49, alla “*specifica indicazione*” dei requisiti “*necessari per la partecipazione alla gara*”; b) l’art. 88, d’altra parte, è espressione settoriale di una più generale regola di determinatezza del contenuto del contratto - quale condizione minima generale di validità ed efficacia dello stesso - desumibile dagli artt. 1346 e 1418 cod.civ. (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 13 giugno 2013, n. 3310; Id., sez. V, 12 dicembre 2013 n. 5384); c) l’assoluta genericità del contratto di **avvalimento** per cui è causa si colloca al di sotto della soglia minima di determinabilità fissata dall’art. 1346 cod. civ., e, pertanto, appare valutabile alla stregua dei principi generali in materia contrattuale, senza potersi desumere implicazioni di rilievo dal mancato richiamo alla norma di fonte regolamentare.

4.1 E’ appena il caso di aggiungere che incidendo l’invalidità del contratto di **avvalimento**su un profilo di grave incompletezza dell’offerta tecnica, tale da minarne *funditus* l’affidabilità e la valutabilità, nessuna possibilità di soccorso istruttorio a fini di integrazione o chiarimento sarebbe stato possibile attivare in favore dell’impresa interessata (Cons. Stato, sez. III, 17 giugno 2014, n. 3058; T.A.R. Milano, sez. IV, 27 gennaio 2015, n. 301).

Sebbene, infatti, la nuova norma di cui all’art. 46 comma 1 ter d.lgs. 163/2006 consenta la sanatoria di "*dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti*", va esclusa la possibilità che il soccorso istruttorio possa operare nelle ipotesi di **avvalimento**, in mancanza di un impegno concreto a mettere a disposizione diretta della partecipante le risorse necessarie o il requisito tecnico richiesto: come chiarito di recente dall'Autorità Anticorruzione, infatti, e come già ritenuto dalla richiamata giurisprudenza, in casi del genere viene in rilievo non tanto il rispetto di un profilo formale, quanto l'effettiva disponibilità delle capacità prese in prestito da altra impresa: sicché ammettere la sanatoria equivarrebbe a consentire il conseguimento "tardivo" (vale a dire, dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte) del requisito, con una vistosa alterazione della par condicio (cfr. ANAC, pareri 08 gennaio 2015, n. 1 e 19 marzo 2014, n. 51, ove si sottolinea che “*l'ampliamento dell'ambito applicativo del soccorso istruttorio - tale da consentire il completamento o l'integrazione dell'offerta - altererebbe la par condicio, il libero gioco della concorrenza, violerebbe il canone di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa, eluderebbe la natura decadenziale dei termini cui è soggetta la procedura, non ultimo, implicherebbe la violazione del principio di segretezza delle offerte*”).

5. In conclusione, il contratto di **avvalimento** in questione si pone in contrasto con l'esigenza di determinatezza che presiede alla disciplina in materia e alla disposizione di cui all'art. 49 d.lgs. 163/2006, ancor prima che alla previsione introdotta dall'art. 88 del d.P.R. 207/2010, poiché dal suo esame non si evincono con esattezza e sufficiente precisione la natura dell'impegno assunto, la sua concreta portata e, soprattutto, il modo e il limite con i quali le capacità tecniche ed economiche dell’ausiliaria vengono messe a disposizione dell’impresa ausiliata.

5.1 A fronte di ciò, appaiono irrilevanti le ulteriori considerazioni svolte dalla parte controinteressata nell’intento di ridimensionare la rilevanza “pratica” dell’**avvalimento** nel caso di specie e, quindi, i segnalati difetti del relativo contratto: più chiaramente, secondo la tesi perorata da GMR, la clausola sociale di assorbimento del personale già in servizio presso la stazione appaltante consentirebbe all’impresa concorrente di svolgere adeguatamente il servizio senza fare particolare affidamento sulle capacità tecniche dell’impresa ausiliaria; in ogni caso, poi, il passaggio di esperienza professionale tra impresa ausiliaria e ausiliata sarebbe garantito dalla coincidenza delle figure del direttore aziendale e del legale rappresentante delle due società. Sotto entrambi i profili, dunque, risulterebbe ridimensionata la concreta rilevanza nel caso di specie del contratto di **avvalimento**, potendosi desumere l’adeguatezza tecnico-operativa dell’impresa aggiudicataria da altri significativi parametri di riferimento .

5.2 La tesi non è accoglibile, in quanto del tutto avulsa dalle prescrizioni della vincolante e inoppugnata disciplina di gara alla cui esclusiva stregua va condotta la verifica delle condizioni di ammissione dei concorrenti in gara.

5.3 Sul piano intrinseco, peraltro, le circostanze evidenziate dalla controinteressata non paiono pienamente idonee a compensare, sia pure in via di fatto, la pluralità e la pregnanza dei requisiti di capacità imposti ai concorrenti a **garanzia** della puntuale esecuzione del servizio.

6. Per completezza, va esaminata l’ulteriore censura riferita all’asserita illegittimità dell’**avvalimento** per non essere l'ausiliaria dell’aggiudicataria una Cooperativa sociale, bensì una società di capitali.

6.1 Espressamente la lettera di invito, all’art. 4, specificava che “*la partecipazione è riservata alle Cooperative sociali di cui all'art. 1 lett. a) L. 381/1991, iscritte all'albo regionale di cui all'art. 2, comma 2, lett. a) e c), L.R. 18/1994*”.

6.2 La ricorrente ha eccepito che, essendo la gara e l'espletamento dei servizi socio-sanitari di cui si tratta riservati alle Cooperative Sociali, la capacità tecnica e finanziaria non poteva essere oggetto di **avvalimento** da parte di ausiliaria priva della qualifica di Cooperativa Sociale, come Le Rondini S.r.l..

6.3 La controinteressata ha replicato, da un lato, che la censura risulterebbe inammissibile per non avere Socialnis impugnato in punto la lettera d'invito; dall'altro, che la stessa deduzione risulterebbe nel merito infondata, stante la libertà e l'estensione applicativa cui soggiace l'istituto dell'**avvalimento**.

6.4 La censura è infondata.

Essa si basa sull’indirizzo giurisprudenziale secondo cui laddove si consentisse, nelle gare riservate alle cooperative sociali, l’utilizzo dell’istituto dell’**avvalimento** nel senso della possibilità di usufruire dei requisiti di società di capitali non ricomprese nel novero delle cooperative sociali, di fatto verrebbe falsata la selezione comparativa e pregiudicata la finalità solidaristica della disciplina di settore (cfr. T.A.R. Lazio, sez. II bis, 15 giugno 2010, n. 17762; A.V.C.P. parere 18 marzo 2009, n. 38).

Il suddetto indirizzo, tuttavia, è stato elaborato con riguardo a fattispecie che vedevano coinvolte le Cooperative sociali di cui all'art. 1 lett. b) L. 381/1991, il cui fine essenziale è quello di creare opportunità di lavoro per le persone svantaggiate di cui all’art. 4, comma 1, della medesima legge, in quanto soggetti deboli a rischio di esclusione sociale. In relazione a tali casi si è detto che se l’affidamento del servizio avviene in applicazione della disciplina derogatoria sulle cooperative sociali, l’**avvalimento** dei requisiti tecnico-organizzativi di un altro soggetto imprenditoriale, attraverso l’impiego di dipendenti di un’impresa ausiliaria che non hanno le caratteristiche delle persone svantaggiate, andrebbe a falsare la selezione comparativa, frustrando le finalità solidaristiche sottese alla disciplina derogatoria prevista proprio per le cooperative sociali. L’**avvalimento** con una società di tipo lucrativo viene quindi ritenuto non ammissibile, in quanto confliggente con l’obiettivo primario della normativa in esame, che è quello di consentire a soggetti in difficoltà di accedere al mercato del lavoro.

6.5 Il caso di specie diverge dalla casistica richiamata, in quanto attiene ad una gara di appalto riservata ad altra tipologia di cooperativa sociale, di all'art. 1 lett. a) L. 381/1991, cui è estraneo lo specifico fine solidaristico ritenuto incompatibile con l’**avvalimento** con società lucrative. Dunque non sussiste incoerenza tra la limitazione della selezione a società mutualistiche e la possibilità per le stesse di avvalersi dei requisiti messi a disposizione da parte di società di altro tipo.

La deduzione svolta sul punto dalla ricorrente, pertanto, appare priva di fondamento.

7. Il ricorso deve quindi trovare accoglimento con riguardo al primo dei motivi di ricorso, con assorbimento delle ulteriori censure.

Ne consegue l’obbligo conformativo della stazione appaltante di dare seguito alla procedura di gara, previa esclusione dell’impresa controinteressata.

8. Deve essere invece respinta l'azione di risarcimento danni giacché - in assenza di ulteriori elementi di prova - la portata demolitoria della presente pronuncia deve ritenersi pienamente satisfattiva delle ragioni dedotte in ricorso.

9. L’assetto non del tutto definito degli orientamenti interpretativi in materia e la complessità delle questioni trattate, giustificano la compensazione tra le parti costituite delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

lo accoglie e per l’effetto annulla l’atto di aggiudicazione impugnato, ai sensi e per gli effetti di cui in motivazione;

respinge la domanda di risarcimento danni proposta dalla ricorrente;

compensa le spese di lite.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 2 aprile 2015 con l'intervento dei magistrati:

Lanfranco Balucani, Presidente

Ariberto Sabino Limongelli, Primo Referendario

Giovanni Pescatore, Referendario, Estensore

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  |  |  |
|  |  |  |
| **L'ESTENSORE** |  | **IL PRESIDENTE** |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/04/2015

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

\*\*\*\*\*

**N. 00887/2014REG.PROV.COLL.**

**N. 04360/2013 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso n. 4360/2013 RG, proposto dalla Ericsson Telecomunicazioni s.p.a., corrente in Roma, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dal prof. Filippo Satta e dall’avv. Anna Romano, con domicilio eletto in Roma, Foro Traiano 1/A, presso lo Studio legale Satta & Associati,

***contro***

il Ministero dell'interno, in persona del sig. Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi n. 12,

***per la riforma***

della sentenza del TAR Lazio – Roma, sez. I-ter, n. 4130/2013, resa tra le parti e concernente la gara d'appalto per la realizzazione del *disaster recovery* nel CEN della Polizia di Stato in Napoli, preordinato alla gestione dei sistemi telematici di monitoraggio del territorio;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero intimato;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, c. 10, c.p.a.;

Relatore all'udienza pubblica del 21 novembre 2013 il Cons. Silvestro Maria Russo e uditi altresì, per le parti, l’avv. Manzi (su delega del prof. Romano) e l’Avvocato dello Stato Ferrante;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. – Con bando spedito alla GUCE il 31 ottobre 2012, il Ministero dell'Interno – DPS ha indetto una procedura ristretta, da aggiudicarsi con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, per la realizzazione del *Disaster recovery* presso il Centro elettronico nazionale – CEN della Polizia di Stato in Napoli, per un importo a base d'asta pari a € 21.365.000,00, oltre IVA.

L’appalto concerne dunque il CEN, per la gestione dei sistemi telematici relativi al monitoraggio del territorio nelle Regioni *Obiettivo Convergenza*. Il bando ha stabilito, tra l’altro, tra i requisiti di carattere tecnico – professionale pure il possesso della certificazione di qualità UNI EN ISO 9001 – 2008, sett. EA 33, nonché della certificazione aziendale ISO 14001, possesso prescritto, in caso di ATI, in capo a ciascuna impresa aderente a quest’ultima. L’art. 5, § 2), lett. d), n. 1) del bando ha altresì precisato che ogni impresa partecipante, singola, consorziata o raggruppata, avrebbe potuto soddisfare «… *la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto*…» ex art. 49 del Dlg 12 aprile 2006 n. 163.

2. – La Ericsson Telecomunicazioni s.p.a., in qualità di impresa interessata a partecipare alla gara *de qua* in ATI con altri soggetti, rende nota la risposta del 3 dicembre 2012. con cui il Ministero ha escluso tal **avvalimento** per i requisiti inerenti ad entrambe le certificazioni di qualità, giusta parere dell'AVCP n. 6 dell’8 febbraio 2012.

Detta Società fa presente pure d’aver chiesto alla stazione appaltante il ritiro di tal chiarimento così formulato, nonché di prorogare il termine per la presentazione delle istanze di partecipazione, sì da consentire alle imprese di partecipare alla gara stessa, diffidandola che, in caso contrario, avrebbe adito le vie legali.

Non avendo la sua richiesta ottenuto alcun esito, detta Società ha dunque impugnato innanzi al TAR Lazio (ricorso n. 74/2013 RG) sia le predette risposte, sia le norme della *lex specialis* se interpretate in senso ostativo all’**avvalimento** per tali certificazioni di qualità. Detta Società dichiara d’avere in ogni caso presentato la domanda di partecipazione alla gara quale capogruppo mandataria di una costituenda ATI con altre imprese, allegando le dichiarazioni ed i contratti di **avvalimento** relativi a siffatte certificazioni. Essendo intervenuto il provvedimento del 28 dicembre 2012, con il quale la stazione ne ha disposto l’esclusione dalla gara, detta Società ha ritualmente proposto un atto per motivi aggiunti.

3. – Con sentenza n. 4130 del 24 aprile 2013, l’adito TAR ha respinto la pretesa attorea proprio con riguardo al divieto d’**avvalimento** per tali certificazioni, in varia guisa assimilabili a requisiti soggettivi. Tanto perché esse attengono ad uno specifico *status* dell’imprenditore e quindi non sono trasferibili a terzi, anche in base agli artt. 49 e 50 della dir. n. 2004/18/CE ed al citato parere della AVCP.

Appella quindi la Ericsson Telecomunicazioni s.p.a., con il ricorso in epigrafe, ribadendo in questa sede i criteri interpretativi degli artt. 42, 43 e 49 del Dlg 163/2006 circa l’ammissibilità di detto **avvalimento** anche nel caso in esame, perché inerente ai soli requisiti tecnico – professionali. S’è costituito in giudizio il Ministero intimato, che conclude per la sopravvenuta improcedibilità del ricorso in epigrafe e, nel merito, l’infondatezza di questo.

Alla pubblica udienza del 21 novembre 2013, su conforme richiesta delle parti, il ricorso in epigrafe è assunto in decisione dal Collegio.

4. – Non convince la tesi del Ministero appellato, secondo cui l’appellante, in ATI con le imprese collegate, sarebbe stata ammessa con riserva alla gara *de qua*, senza, però, proporre offerta.

A ben vedere, tuttavia, l’appellante non fu ammessa con riserva alla gara stessa, né poté produrre per tempo l’offerta. Il relativo invito è invece giunto sì nelle more del giudizio innanzi al TAR, ma a condizione dell’esito favorevole di quest’ultimo. Sicché l’effetto cautelare della riserva è caduto con la pubblicazione della sentenza ora impugnata che ha così confermato la legittimità della esclusione di detta Società.

Dal che l’inutilità, per quest’ultima, di restare in gara senza alcun titolo, pur se provvisorio e di presentare un’offerta divenuta in via definitiva inammissibile.

5. – Nel merito, l’appello non può esser condiviso.

Sulla delicata questione per cui è causa, il Collegio non può esimersi dal riscontrare una certa qual differenza di opinioni sull’oggetto ed il limite dell’**avvalimento** per le certificazioni di qualità ed ambientali, per vero non espressamente previsti dall’art. 48, § 3) della dir. n. 2004/18/CE e dalle omeomorfe norme nazionali.

Ora, il citato art. 48, § 3), che regola le capacità tecniche e professionali per la partecipazione agli appalti pubblici, stabilisce che l’operatore «… *può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi*…». La norma precisa altresì l’obbligo dell'impresa, anche se raggruppata e che vuol avvalersi della capacità tecnica e professionale altrui, di provare «…*all'amministrazione aggiudicatrice che per l'esecuzione dell'appalto disporrà delle risorse necessarie*…». Dal canto suo, l’art. 49, c. 1 del Dlg 163/2006 ripete la norma comunitaria, all’uopo obbligando l’impresa ausiliata «… *una sua dichiarazione verificabile ai sensi dell'articolo 48, attestante l'****avvalimento****dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara, con specifica indicazione dei requisiti stessi e dell'impresa ausiliaria*…». In base a ciò, non nega il Collegio che la norma europea ha un’efficacia generale, nel senso che ammette, senza rilevanti differenze o preclusioni, l’**avvalimento** per ogni tipo di requisito tecnico professionale o finanziario (sul carattere generale dell’istituto, anche per gli avvalimenti “plurimi”, cfr., da ultimi, C. giust. UE, 10 ottobre 2013, causa C-94/12), limitandosi a prescrivere la specificità dell’indicazione dei requisiti utilizzati e dell’impresa ausiliaria.

Non fatica il Collegio a constatare che, sul piano letterale, l’art. 49 del Dlg 163/2006, disciplinando l’istituto dell’**avvalimento**, non vieta in modo categorico qual requisito soggettivo sia, o no, dimostrabile per mezzo di tal contratto che, dunque, assume una portata generale. È infatti noto che, nell’ottica dell’ordinamento UE, l’**avvalimento** miri ad incentivare la concorrenza, nell’interesse delle imprese, agevolando l’ingresso nel mercato di nuovi soggetti, Sicché, anche per il Collegio, va esclusa ogni lettura aprioristicamente restrittiva dell’ambito operativo dell’istituto, se non per quelli, ma solo perché già predefiniti ed inderogabili, di cui agli artt. 38 e 39 del Dlg 163/2006.

Né si può sottacere l’avviso, anche di altre Sezioni di questo Consiglio, per cui, se tutti i requisiti tecnico-professionali possono costituire oggetto di **avvalimento** per il legislatore europeo, dunque ciò può riguardare le certificazioni di qualità aziendale. Tanto in relazione all’art. 48, § 2), lett. j-ii) della dir. n. 2004/18/CE, in virtù del quale l'operatore può dimostrare la propria capacità tecnica per i prodotti da fornire per mezzo, tra l’altro, di certificati rilasciati da istituti o servizi ufficiali incaricati del controllo della qualità.

6. – Tale impostazione, che è poi la tesi dell’appellante, non è stata condivisa dal TAR, anche in base al citato parere dell’AVCP del 2012, nel senso, cioè, che la normativa comunitaria ed il Dlg 163/2006 dettano un differente regime circa l’**avvalimento** con riguardo alle certificazioni di qualità e di gestione ambientale.

Ad avviso del TAR, gli artt. 49 e 50 della dir. n. 2004/18/CE non prevedono espressamente l’**avvalimento** per tali certificazioni, che può concernere, in modo quanto più liberale è possibile, i requisiti di capacità tecnica ed economica.

Non così si deve dire per quei requisiti di natura soggettiva, che riguardano, come le certificazioni di qualità, vicende non solo organizzative, ma soprattutto di *status* dell’imprenditore certificato e nella misura in cui egli, e non altri, ha ottenuto la certificazione stessa. Dal che l’impossibilità, anche agli occhi del Collegio e fermi i principi dianzi riferiti sull’ampia utilizzabilità dell’istituto, che tali “qualità” siano rese disponibili e comunicabili a terzi, nelle procedure ad evidenza pubblica che impongano il possesso delle certificazioni *de quibus*. Tal assunto non è revocabile in dubbio, certo non con riguardo all’art. 48, § 3), in virtù del quale l’operatore «… *può…fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi*…». Ma tal espressione, nella sua così ampia formula, non è dirimente nel senso voluto dall’appellante, ma dice solo che l’**avvalimento** può concernere ogni capacità altrui, ovviamente che non sia un requisito soggettivo o di *status*.

Insomma, il § 3) non dice nulla più, con un argomento per vero circolare, che l’**avvalimento** si può fare in tutti i casi in cui ciò è consentito, purché se ne dia idonea contezza, senza formalità solenni o predefinite, ma in modo verificabile e con oggetto specifico.

Neppure convince la tesi dell’appellante, a confutazione dell’ argomento del TAR in ordine agli artt. 49 e 50 della direttiva n. 18, secondo cui le due norme non disciplinano le misure relative alla qualità, ma indicano i casi in cui, in assenza dei certificati, può esser fornita la prova sull'impiego di misure equivalenti a quelle oggetto di certificazione. Questo è materialmente vero, ma non dà risposta al quesito oggetto del contendere.

In altri termini, il TAR (ed il Collegio, dal canto suo) afferma l’impossibilità d’evincere dalle regole degli artt. 49 e 50 null’altro che un mero mezzo di prova sostitutiva delle certificazioni. Nulla si dice circa la sicura utilizzabilità, da parte dell’impresa ausiliata, di tali strumenti alternativi, donde l’irrilevanza d’ogni esegesi delle regole stesse al fine propugnato dall’appellante. Insomma, ciò che qui è in discussione non è affatto il *quid*, il *quantum*o il *quomodo*dell’**avvalimento** sulle qualità certificate in tal modo, ma se queste ultime possano lecitamente formare oggetto di **avvalimento**. Tanto soprattutto se si considera che i certificati di qualità costituiscono una sorta di requisito soggettivo speciale, dalla legge di gara espressamente previsto come una condizione, non legale, ma pur sempre obbligatoria sia per la partecipazione alla gara per cui è causa, sia per l'esecuzione della prestazione dedotta in appalto.

Non dura fatica il Collegio a ritenere che, quale requisito soggettivo speciale, l’impresa titolare ne possa fornire idonea dimostrazione anche in modo indiretto, ma ciò riguarda se stessa, non certo o non per forza la possibilità di altri d’avvalersene grazie a tal indiretta prova.

7. – L’**avvalimento**, quindi ed anche nel caso in esame, va letto secondo la sua funzione propria (arg. ex Cons. Stato, III, 1° ottobre 2012 n. 5161), nel senso che tal istituto risponde sì all’esigenza della massima partecipazione alle gare consentendo ai concorrenti, che siano privi dei requisiti richiesti dal bando, di concorrere ricorrendo ai requisiti di altri soggetti, ma che il sotteso favore alla massima concorrenza deve assicurare la massima **garanzia** per la stazione appaltante e per la sicura ed efficiente esecuzione degli appalti.

Appunto per questo non va sminuito il passaggio del TAR sull’evidente scissione tra titolarità del contratto aggiudicato e responsabilità della sua materiale esecuzione, quale risultante di un **avvalimento** sulle certificazioni *de quibus*.

Reputa al riguardo il Collegio che la certificazione di qualità si connoti dal fine di valorizzare tutti e ciascun elemento di eccellenza nell’organizzazione complessiva dell’impresa. Certificando siffatta qualità, dunque, il competente organismo non fa che constatare come tal organizzazione sia e si mostri preordinata ed abile a raggiungere e mantenere nel tempo lo *standard* di qualità chiesto dalla relativa norma tecnica. Il che è come dire che il dato di qualità è un metodo ed un *know how*che trascende, perlomeno finché è in grado di durare, la mera efficienza nella strutturazione dei fattori della produzione e diviene l’essenza stessa dell’impresa, di per sé e *coeteris paribus*non riproducibile tal quale all’esterno.

Già l’**avvalimento** d’ogni requisito tecnico implica la sostituzione del sotteso dato organizzativo e produttivo dell’impresa ausiliare a quello, inidoneo per l’interesse dedotto in appalto, dell’impresa ausiliata. Dal che l’obbiettiva e notoria “difficoltà”, al di là dell’enfasi liberale sull’uso dell’istituto, di precisarne l’oggetto tra le parti del relativo contratto, nonché i parimenti conosciuti “problemi” agitati in giurisprudenza sull’adeguatezza di siffatte precisazioni. A più forte ragione, quando si intendano comunicare requisiti soggettivi speciali come le citate certificazioni, il contenuto del contratto d’**avvalimento** resta o sfuggente (e, dunque, nullo per indeterminabilità o assenza dell’oggetto) o impossibile (perché tutta l’azienda ausiliare dovrebbe esser trasferita così com’è e per tutta la durata dell’appalto). Piace allora al Collegio sul punto citare un precedente arresto della Sezione (cfr. Cons. St., III, 18 aprile 2011 n. 2344), il quale, pure, riconduce la certificazione di qualità tra i requisiti di carattere tecnico – organizzativo che possono essere oggetto di**avvalimento**. Ebbene, la Sezione allora affermò che «… *una volta ammessa l’astratta operatività dell’****avvalimento****, non può essere trascurata l’evidente difficoltà “pratica” di dimostrare, in concreto, l’effettiva disponibilità di un requisito che, per le sue caratteristiche, è collegato all’intera organizzazione dell’impresa, alle sue procedure interne, al bagaglio delle conoscenze utilizzate nello svolgimento delle attività*…».

Proprio in ciò risiede la “soggettività” dei requisiti stessi e la conseguente impossibilità di dedurli in **avvalimento**, si badi, non per l’angustia della norma nazionale rispetto a quella comunitaria, né a causa di interpretazioni fallaci o grette. L’impossibilità dell’**avvalimento** si ha solo a causa della evidente, materiale irriproducibilità, al di là, cioè, d’ogni diritto positivo o di mentalità giuridica, della qualità fuori dal contesto in cui è generata e viene certificata. Sussiste evidente l’intima correlazione tra l’ottimale gestione dell’impresa nel suo complesso ed il riconoscimento della qualità, cosa, questa, che conferisce alla relativa certificazione un connotato, tutt’altro che implicito, d’insopprimibile soggettività.

Anche ad accedere, perciò, alla tesi dell’appellante, la rigorosa applicazione dell’art. 49 del Dlg 163/2006 implicherebbe pur sempre, per *communis opinio*della giurisprudenza (cfr. appunto, Cons. St., III, n. 2344/2011, cit.), che l’impresa ausiliaria dovrebbe prestare non il requisito “soggettivo” di qualità quale mero valore astratto, ma tutti i fattori della produzione e tutte le risorse proprie, necessari ad assicurare gli indispensabili livelli di qualità nell'esecuzione dell'appalto, precisando poi i criteri d’ammissibilità come testé esposti nel periodo precedente. Al di là del modo di confezionarne in concreto il contratto, l’**avvalimento** nella specie è “difficile” non per la modalità di redazione di quest’ultimo, ma proprio perché dimostrare la concretezza dell’impegno, quando si deve prestare una qualità e non un altro requisito tecnico o finanziario, non attingerà la soglia della meritevolezza e della specificità, se non dissimulando la sostanza del subappalto. Si avrebbe così un uso incongruo dell’**avvalimento**, teso, nei fatti almeno, a dissimulare una sorta di subappalto tra impresa ausiliaria (che, per forza, deve mettere a disposizione tutto ciò che serve a produrre e generare la qualità certificata) e quella ausiliata.

Da ciò discende, per un verso, che l’intima connessione tra qualità e *status* (non importa quanto transeunte) dell’impresa ausiliaria comporta che l’una non è cedibile ad altre organizzazioni se non congiuntamente all’altro, ossia in una con l’**intero complesso aziendale** in capo al quale è stato riconosciuto il sistema di qualità. Discende altresì, senza che ciò suoni a disparità di trattamento (se non nella natura delle cose), la non assimilabilità, per oggetto, di ciò che vale per gli appalti di lavori –per i quali l'attestazione SOA è l’inscindibile sintesi d’un insieme eterogeneo di requisiti, tra cui quelli di qualità e come tale deducibile in **avvalimento** nella sua totalità–, rispetto alle forniture ed ai servizi, per i cui appalti la qualificazione non è predefinita, né centralizzata. Discende infine la non necessità di rimettere la presente questione alla Corte di giustizia UE, in quanto in realtà la questione NON attiene all’interpretazione ed all’uso dell’**avvalimento**, ma riguarda il concetto stesso di qualità che, nell’ordinamento comunitario, ha pari dignità con il predetto istituto e va con esso temperato ed armonizzato, in relazione all’interesse creditorio della stazione appaltante che, pure, l’**avvalimento** deve garantire.

8. – Nemmeno convince la tesi dell’appellante, secondo cui, in fondo, i chiarimenti del 3 dicembre 2012, nell’escludere l’**avvalimento** per la certificazione di qualità ISO 14001 e UNI EN ISO 9001:2008 - settore EA33, avrebbero modificato in modo sostanziale la *lex specialis*, innovandola su tal punto senza adeguata pubblicità (in violazione dell’art. 70, c. 3 del Dlg 163/2006) ed in modo tale da imporre un nuovo termine minimo per la presentazione delle domande di partecipazione e delle offerte (per le procedure ristrette, non meno di trentasette giorni) o, almeno, una congrua proroga di quello già in scadenza al 10 dicembre 2012.

Anzitutto, non si comprende l’utilità ritraibile, da parte dell’appellante, dalla censura sull’omessa pubblicazione della predetta “modifica sostanziale” nelle debite forme, visto che l’appellante ne ha avuto tanta piena consapevolezza da spostare l’oggetto essenziale del contendere da tale aspetto a quello della (pretesa) virtuosa interpretazione della *lex specialis*, tutta incentrata sull’**avvalimento** esteso anche alla qualità.

Inoltre, non v’è alcun dato testuale, d’altronde neppure chiaramente evincibile dalla norma, che concluda per la sicura applicabilità dell’**avvalimento** preteso dall’appellante alla citata legge di gara, a fronte della chiara scelta operata nel chiedere le certificazioni di qualità citate. Sicché non sembra assodato, né tampoco irrefutabile la circostanza che i chiarimenti del 3 dicembre 2012 assurgano a modifiche sostanziali della *lex specialis*e non siano, piuttosto, proprio ciò che il vocabolo esprime, ossia l’avvertenza della stazione appaltante alle imprese candidati su come confezionare l’istanza e l’offerta. Poiché, dunque, non si tratta di null’altro che della specificazione di ciò che, perlomeno nella volizione della stazione appaltante fu il trattamento delle certificazioni della qualità pretesa, scolorano tutte le considerazioni in ordine alla necessità sia della fissazione d’un nuovo termine, sia della proroga di quello già esistente per la presentazione delle offerte.

È appena da osservare, trattandosi solo dell’interpretazione mera delle clausole sui requisiti e non di modifiche alle previsioni della *lex specialis*, che a tutto concedere, l’eventuale maggior tempo a disposizione, che non avrebbe comunque potuto superare i trentasette giorni dalla pubblicazione dei chiarimenti, non sarebbe stato comunque utile all’appellante. Infatti, quand’anche si fosse realizzata l’invocata proroga e stante l’impossibilità dell’**avvalimento** sulla qualità al tempo della gara, essa non avrebbe potuto conseguire il requisito di qualità, di cui era mancante prima della gara e che continua a non avere tuttora. Non a caso l’appellante, se no il ricorso in epigrafe sarebbe con ogni evidenza inammissibile per difetto d’interesse, fonda ed argomenta la sua pretesa appunto sulla legittimazione a dedurre in contratto d’**avvalimento** la qualità sottesa alle predette certificazioni, donde la contraddizione logica tra tal argomento e la restante parte del gravame.

9. – In definitiva, l’appello va così rigettato, ma la complessità della questione e giusti motivi suggeriscono l’integrale compensazione, tra le parti, delle spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sez. III), definitivamente pronunciando sull'appello (ricorso n. 4360/2013 RG in epigrafe), lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio del 21 novembre 2013, con l'intervento dei sigg. Magistrati:

Giuseppe Romeo, Presidente

Vittorio Stelo, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere, Estensore

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  |  |  |
|  |  |  |
| **L'ESTENSORE** |  | **IL PRESIDENTE** |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/02/2014

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)