



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1943 del 2012, integrato da motivi aggiunti,
proposto da
La Fattoria Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Gian Luca Lemmo, con domicilio
eletto presso Giovanni Battista Santangelo in Roma, via G.Battista De Rossi 30;

contro

La Gemeaz Cusin Spa, rappresentata e difesa dagli avv. Giustino Ciampoli, Diego
Vaiano e Francesco Bellocchio, con domicilio eletto presso lo Studio Vaiano in
Roma, Lungotevere Marzio 3;
Comune di Frattamaggiore, rappresentato e difeso dall'avv. Francesco Damiano,
con domicilio eletto presso Ferruccio Auletta in Roma, via della Balduina 120/5;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA – NAPOLI, SEZIONE I, n. 1589/2012
(dispositivo n. 1167/2012), resa tra le parti, concernente aggiudicazione appalto del
servizio di refezione scolastica – mcp;

Visti il ricorso in appello, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di La Gemeaz Cusin Spa e del Comune di Frattamaggiore;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 giugno 2012 il Cons. Nicola Gaviano e uditi per le parti gli avvocati Gian Luca Lemmo, Francesco Bellocchio e Francesco Damiano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso al T.A.R. per la Campania notificato il 19 novembre 2011 e depositato il successivo giorno 21 la Gemeaz Cusin S.p.A. (di seguito, la GEMEAZ) impugnava la determinazione dirigenziale n. 1156 del 16 Novembre 2011 con cui il Comune di Frattamaggiore aveva definitivamente aggiudicato alla società La Fattoria S.r.l. la gara da esso indetta per l'affidamento, all'offerta economicamente più vantaggiosa, del servizio di refezione scolastica per gli anni 2011/12, 2012/13 e 2013/14, procedura all'esito della quale la ricorrente si era classificata seconda.

La ricorrente con i suoi due motivi di ricorso lamentava che la società La Fattoria S.r.l. (di seguito, la FATTORIA) non fosse stata esclusa dalla gara per carenza dei requisiti di capacità tecnica e professionale richiesti dal disciplinare, con particolare riferimento ai requisiti di fatturato e di esperienza maturata nel triennio 2008/10, per dimostrare i quali l'aggiudicataria si era avvalsa della società ausiliaria Servizi e Ristorazione S.r.l.

Secondo la ricorrente, nel caso di avvalimento di requisiti caratterizzati da un elevato grado di astrattezza (possessione di fatturato, certificazioni di qualità ecc.) è onere del concorrente dimostrare che l'impresa ausiliaria non si obblighi semplicemente a "prestare" il requisito soggettivo richiesto, bensì a mettere a

disposizione dell'impresa ausiliata tutti gli elementi aziendali qualificanti, idonei a giustificare l'attribuzione dello specifico requisito (mezzi, personale, ecc.): laddove invece il contratto di avvalimento tra la FATTORIA e la società Servizi e Ristorazione sarebbe stato stipulato in termini del tutto generici, così come solo generico sarebbe stato l'impegno, contenuto nella dichiarazione del legale rappresentante della società Servizi e Ristorazione, di mettere a disposizione della concorrente, in caso di aggiudicazione, le risorse di cui questa era carente.

La ricorrente deduceva, inoltre, che neppure l'impresa ausiliaria avrebbe realmente posseduto il requisito di partecipazione indicato dal punto 4.4 del disciplinare (*«aver effettuato negli ultimi tre anni precedenti il bando di gara (2008, 2009 e 2010) la fornitura di servizi di refezione scolastica in regime di pasti veicolati con almeno due contratti che prevedano l'erogazione di almeno 900 pasti giorno, comprovabili mediante certificazioni attestanti il corretto svolgimento del servizio erogato»*). Essa aveva fornito, difatti, un elenco di prestazioni pregresse nel quale non sarebbe stato contemplato neppure un servizio tale da raggiungere la soglia richiesta di 900 pasti al giorno.

Il Comune di Frattamaggiore, costituitosi in giudizio in resistenza al gravame, eccepiva preliminarmente l'inammissibilità del ricorso (per non essere stata impugnata anche l'aggiudicazione provvisoria), e, nel merito, ne deduceva l'infondatezza.

Resisteva all'impugnativa anche la società aggiudicataria.

La domanda cautelare proposta dalla ricorrente veniva accolta dal T.A.R. con ordinanza del 9 dicembre 2011.

Poco dopo la controinteressata, con ricorso incidentale notificato il 21 dicembre 2011 e depositato il successivo giorno 23, impugnava a sua volta gli atti di gara sotto il profilo dell'omessa esclusione della GEMEAZ. Questa, a suo dire, avrebbe dovuto essere espulsa dalla procedura per non aver precisato, nella propria offerta economica, il costo relativo agli oneri di sicurezza non soggetti a ribasso ed il costo

del personale: ciò in quanto la mancata specificazione di tali voci, alla luce degli artt. 86, comma 3-bis, e 87, comma 4, del d.lgs. 163/2006, nonché dell'art. 26 della l. 81/2009 (*rectius*, art. 26 d.lgs. 9 aprile 2008, n. 281), avrebbe reso incompleta l'offerta ed imposto l'esclusione della concorrente, pur in assenza di una espressa comminatoria correlativa nella *lex specialis*.

La ricorrente replicava al ricorso incidentale eccependo che il medesimo sarebbe stato tardivo, siccome proposto oltre il termine di trenta giorni dal ricorso principale, notificato alla FATTORIA il 18 novembre 2011 tramite fax ai sensi dell'art. 56 comma 2 CPA; inammissibile per carenza d'interesse, poiché nemmeno la ricorrente incidentale avrebbe a sua volta specificato, nella propria offerta, i costi del personale e della sicurezza; ed infine infondato, dal momento che nel caso di specie si discuterebbe di un appalto di servizi ricadente nell'allegato II B al d.lgs. 163/06, materia cui non sono applicabili le comuni norme del Codice dei contratti pubblici, ma solo quelle costituenti espressione di principi generali; l'infondatezza del gravame incidentale discenderebbe altresì dalla formulazione del modulo prestampato di gara (all. D), cui tutti i concorrenti si sarebbero attenuti nel formulare la loro offerta.

All'esito il Tribunale adito, con la sentenza n. 1589 del 2012, dichiarava inammissibile il ricorso incidentale, per la ragione che la carenza che vi veniva contestata alla ricorrente principale (non aver specificato il costo del lavoro ed il costo relativo alla sicurezza) era comune anche alla ricorrente incidentale, ed accoglieva l'impugnativa principale di GEMEAZ, sul rilievo della genericità dell'impegno sancito dal contratto di avvalimento a carico dell'ausiliaria.

L'aggiudicazione impugnata veniva pertanto annullata.

Avverso tale decisione l'aggiudicataria esperiva indi il presente appello.

Con quest'ultimo la FATTORIA, oltre a contestare la valutazione del Tribunale circa l'inammissibilità del proprio ricorso incidentale, insisteva per la sua

fondatezza, e deduceva per converso la mancanza di pregio della censura di GEMEAZ accolta dal primo Giudice.

Il Comune di Frattamaggiore si costituiva anche in questo grado di giudizio in posizione adesiva a quella dell'aggiudicataria, della quale sosteneva con diffusa memoria le ragioni, concludendo per l'accoglimento dell'appello.

L'originaria ricorrente, dal canto suo, difendeva la legittimità della decisione appellata, deducendo comunque anche l'infondatezza del ricorso incidentale avverso, e riproponendo il proprio secondo motivo di ricorso di prime cure, che era rimasto assorbito.

Alla pubblica udienza del 19 giugno 2012 la causa è stata infine trattenuta in decisione.

L'appello deve essere nel suo insieme respinto.

Il ricorso incidentale della controinteressata, infatti, pur potendo, in parziale riforma della sentenza appellata, essere reputato ammissibile, è comunque infondato nel merito; e correttamente il primo Giudice ha accolto il ricorso principale di GEMEAZ.

1 La Sezione deve iniziare la propria disamina della controversia dalla declaratoria di inammissibilità pronunciata dal Tribunale sul ricorso incidentale dell'aggiudicataria.

1a Conviene subito riportare la motivazione svolta a sostegno di tale capo della sentenza.

“Esso, però, è inammissibile, perché la carenza che vi viene contestata alla ricorrente principale (non aver specificamente indicato il costo del lavoro ed il costo relativo alla sicurezza) è comune anche alla ricorrente incidentale.

E', infatti, agli atti di causa copia del verbale di gara del 7 ottobre 2011, in cui si legge che la commissione avrebbe provveduto a chiedere alla società La Fattoria «di evidenziare gli oneri di sicurezza sostenuti quale datore di lavoro per il rispetto degli obblighi di legge», che, dunque, non

erano stati specificati con l'offerta (invero, allegato a quel verbale vi sono le osservazioni di altra concorrente, con cui si contesta a tutte le altre ditte di non aver presentato offerte al netto degli oneri della sicurezza e del costo del lavoro).

La Sezione ha già in passato osservato che non è ammissibile un motivo di gravame con il quale il partecipante a una procedura selettiva deduce contro l'impresa avversaria un vizio di partecipazione in cui essa stessa è incorsa (TAR Campania, sez. I, 17 giugno 2004, n. 9571) e da tale principio, che si basa sull'apprezzamento del concreto interesse all'esame della censura, il Collegio non ravvisa motivo di discostarsi.

Infatti, se è vero che il ricorso incidentale della società La Fattoria è stato proposto al fine precipuo della contestazione della legittimazione al ricorso principale, assumendo carattere pregiudiziale nella misura in cui la sua fondatezza precluderebbe l'esame del merito delle domande proposte dalla ricorrente Gemeaz Cusin, secondo il più recente orientamento dell'Adunanza plenaria, è però anche vero che l'effetto di una sentenza di questo Tribunale che accertasse l'illegittimità dell'operato della commissione di gara, qualora fosse fondata la denunciata violazione dell'art. 86 co.3 bis, d.lgs. 163/06, ovvero dell'art. 26 del d.lgs. 281/08, non potrebbe esaurirsi sul mero piano processuale, ma produrrebbe comunque i suoi effetti conformativi nei confronti della stazione appaltante.

Quest'ultima, alla luce dell'efficacia conformativa delle decisioni del giudice amministrativo ed in ossequio al principio di buon andamento e di parità di trattamento, non potrebbe ignorare, nella doverosa attivazione dei suoi poteri al fine di dare piena e esatta esecuzione alla sentenza, posizioni identiche a quella oggetto di censura, quale in definitiva sarebbe quella della ricorrente incidentale.”

1b Questo aspetto della decisione non è suscettibile di conferma.

Al Tribunale non potrebbe ascriversi, sul punto, un vizio di ultrapetizione. Non solo, infatti, la verifica dell'effettiva esistenza dell'interesse a ricorrere può essere compiuta d'ufficio dal Giudice, ma nella specie la carenza di tale condizione alla base del ricorso incidentale era stata, per giunta, eccepita dall'avversaria (nella

memoria di GEMEAZ del 20 febbraio 2012 si leggeva, tra l'altro : “ ... *Sicché, la società Fattoria non è legittimata né ha un interesse a coltivare la censura, dal momento che, sulla base della sua prospettazione, dovrebbe venire essa stessa esclusa dalla procedura*”).

A non poter essere condivisa, è proprio la sostanza della decisione dell'inammissibilità del ricorso incidentale.

In via generale, può pervenirsi alla conclusione di una carenza di interesse a ricorrere solo ove risulti con apprezzabile certezza la mancanza di utilità, per il ricorrente, del provvedimento giurisdizionale richiesto (cfr. ad es. C.d.S., V, 10 gennaio 2012, n. 35, e 19 ottobre 2009, n. 6406; IV, 24 aprile 2009, n. 2638).

Ora, nella fattispecie non solo non si configura una simile situazione, ma se ne profila, come si vedrà, una diametralmente opposta.

L'interesse che giustifica la proposizione del ricorso incidentale è, come noto, di segno conservativo, il relativo strumento essendo inteso a preservare la disponibilità del bene della vita minacciato dall'altrui ricorso principale. In tema di appalti, in particolare, il rimedio incidentale tende di solito a promuovere l'accertamento dell'illegittimità della partecipazione alla gara -e quindi è inteso alla declaratoria di improcedibilità dell'impugnativa- del ricorrente principale, che contende l'aggiudicazione al controinteressato.

L'esistenza dell'interesse alla base del ricorso incidentale può perciò essere considerata, almeno normalmente, *in re ipsa*, atteso che l'esito negativo dell'impugnazione avversaria è per definizione fonte di utilità per il soggetto che ne sia stato investito. Tanto secondo lo schema logico delineato dalla pronuncia dell'Adunanza Plenaria di questo Consiglio n. 4/2011, secondo il quale l'accoglimento del ricorso incidentale c.d. escludente preclude il vaglio di quello principale.

Tanto premesso, la Sezione non ritiene di poter accedere all'idea, seguita invece dal T.A.R., che una tale utilità debba essere considerata assente, nello specifico, in

considerazione della pretesa inevitabilità di un intervento espulsivo postumo cui la Stazione appaltante sarebbe tenuta, a valle del giudizio, a danno dell'aggiudicataria. Venendo in ipotetico rilievo, per il caso di un accoglimento del ricorso incidentale, una sentenza di improcedibilità di quello principale, l'Amministrazione non sarebbe tenuta a fare alcunché per dare "piena e esatta esecuzione alla sentenza". Tanto meno a discapito dell'aggiudicataria uscita vittoriosa dal giudizio (occorrendo appena aggiungere che il relativo giudicato, in tesi, verterebbe sul compiuto accertamento, in fatto e in diritto, della carenza di un requisito non in capo a quest'ultima, bensì unicamente rispetto alla ricorrente principale). Ed ancor meno l'Amministrazione potrebbe dirsi astretta proprio dal giudicato a fare alcunché a favore di un concorrente che era decaduto dalla possibilità di denunciare in giudizio a tempo debito il relativo vizio, ed aveva visto, perciò, consolidarsi l'atto di aggiudicazione sotto tale profilo.

Quanto ad eventuali iniziative in autotutela, da parte della stessa Stazione appaltante, sul provvedimento di aggiudicazione appena uscito indenne dal processo, la relativa possibilità, secondo consolidati principi, non potrebbe essere mai guidata da un'astratta volontà di ripristino della legalità, ma dovrebbe essere giustificata, caso per caso, da ben precise considerazioni di interesse pubblico concreto ed attuale, alla luce del grado di importanza e dell'incidenza del vizio in ipotesi rinvenuto, nonché di valutazioni in punto di convenienza economica e sul grado di urgenza connessa all'esecuzione dell'appalto.

Se ne desume che il ventilato intervento in autotutela della Stazione appaltante in pregiudizio dell'aggiudicataria non potrebbe in alcun modo dispiegarsi con l'ineluttabilità dell'automatismo presupposto dal primo Giudice.

In sintesi, dunque, nella specie l'interesse a base del ricorso incidentale sussiste, dal momento che l'*utilitas* per chi lo ha proposto sarebbe nell'immediato sicura, realtà che non potrebbe essere vanificata dalla presenza di un mero margine di incertezza

sulla definitività del soddisfacimento del controinteressato (per il fatto che non potrebbe essere esclusa, per il futuro, l'eventualità di iniziative in autotutela).

E' poi appena il caso di aggiungere che il criterio, ormai invalso, della precedenza del vaglio del ricorso incidentale su quello principale implica logicamente la necessità di accettare l'idea che l'aggiudicazione (che nel caso di fondatezza del ricorso incidentale uscirebbe indenne dal giudizio) possa essere affetta da vizi, i quali potrebbero essere potenzialmente anche più gravi di quelli riscontrati a carico dell'ammissione del ricorrente principale. Il criterio anzidetto fa sì che la rilevazione della fondatezza del ricorso incidentale imponga al Giudice di ritenere senz'altro concluso l'esame della controversia, senza che questi possa estendere il proprio scrutinio alle censure dedotte o –addirittura solo- deducibili a carico del controinteressato: il che, pur non essendo congeniale ad una giurisdizione di legittimità di tipo oggettivo, è però del tutto coerente con una giurisdizione di stampo soggettivistico.

1c Quanto esposto lascia, infine, agevolmente comprendere come siano fuori causa i richiami effettuati dalla difesa di GEMEAZ alla figura dell'abuso del processo.

L'originaria ricorrente ha stigmatizzato che, *“onde impedire all'impresa seconda classificata di contestare l'esito della gara, la Fattoria pretenderebbe di poter eccepire ... la carenza di interesse sulla base di una contestazione che, se accolta, dimostrerebbe invece l'illegittimità dell'aggiudicazione dell'appalto a suo favore”*.

Senonché, l'abuso del processo, secondo le più recenti acquisizioni giurisprudenziali, consiste in un vizio di sviamento della funzione, che si realizza allorché un diritto o una facoltà processuali siano esercitati per scopi diversi da quelli per i quali l'ordinamento processuale astrattamente li riconosce, con un'utilizzazione alterata dello schema formale del diritto, piegato ad obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal Legislatore (cfr. ad es. Cassazione

penale sez. un., 29 settembre 2011, n. 155; Cass. civ, sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106; C.d.S., V, 7 febbraio 2012, n. 656).

Nella specie, tuttavia, l'aggiudicataria si è avvalsa dello strumento processuale del ricorso incidentale per conseguire, in realtà, null'altro che lo scopo tipico che l'ordinamento assegna a tale mezzo di tutela. Il controinteressato, all'atto di articolare il proprio ricorso incidentale, dispone infatti, in via di principio, della stessa pienezza di facoltà di critica che viene riconosciuta al suo avversario in occasione della formulazione del gravame principale.

Né potrebbe sostenersi che le prescelte modalità di esercizio del diritto di difesa comportino una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto ed il sacrificio cui verrebbe esposta la controparte (profilo che pure potrebbe concretare un abuso del processo: cfr. Cd.S, V, n. 656/2012 cit.). L'*utilitas* in conflitto (la posta in gioco) per i due contendenti è nella specie reciprocamente la stessa, senza che si dia adito a sproporzioni.

Il ricorso incidentale è pertanto ammissibile.

2 Il medesimo è però infondato nel merito.

2a Il rilievo incidentale della FATTORIA è il seguente.

GEMEAZ avrebbe dovuto essere espulsa dalla procedura, per non aver indicato nella propria offerta economica né il costo relativo al personale, né quello riflettente gli oneri della sicurezza. La mancata specificazione di tali voci, giusta l'art. 81, comma 3, del d.lgs. 163/2006, gli artt. 86, comma 3-bis, e 87, comma 4, dello stesso Codice, nonché l'art. 26 della l. 81/2009 (*rectius*, art. 26 del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 281), avrebbe reso la sua offerta carente di elementi essenziali ed imposto la sua esclusione, pur in assenza di una comminatoria espressa nella *lex specialis*.

2b Le obiezioni mosse alla doglianza dalla difesa della stessa GEMEAZ risultano però convincenti.

2c L'appellata pone in evidenza, in primo luogo, la specificità dell'oggetto della procedura su cui verte la controversia.

Nel caso di specie ci si trova dinanzi ad un appalto di servizi (Rifezione scolastica) ricadente nell'allegato II B al d.lgs. 163/2006, materia cui non sono applicabili le comuni norme del Codice dei contratti pubblici, bensì, a norma di *lex specialis*, solo quelle costituenti espressione dei pertinenti principi generali.

Gli artt. 2 e 18 del disciplinare, invero, rispettivamente avvertono: il primo, appunto, che *“I servizi sono contemplati nell'allegato II B del d.lgs. n. 163/2006 Categoria 17 CPC 64”* ...; il secondo (rubricato *“Norme applicabili e contenzioso”*), che *“La normativa applicabile all'appalto è la seguente: d.lgs. n. 163/2006, per quanto espressamente richiamato e per i principi generali applicabili ai servizi dell'allegato II B ; Linee di indirizzo nazionale per la ristorazione scolastica (...); Protocollo di legalità in materia di appalti ...”*.

L'art. 20 del Codice dei contratti, per parte sua, al primo comma recita: *“L'aggiudicazione degli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato II B è disciplinata esclusivamente dall'art. 68 (specifiche tecniche), dall'articolo 65 (avviso sui risultati della procedura di affidamento), dall'articolo 225 (avvisi relativi agli appalti aggiudicati).”*

Disposizione da integrare con quella del successivo art. 27, a norma del quale l'affidamento dei contratti pubblici esclusi, in tutto o in parte, dall'applicazione dello stesso Codice deve avvenire *“nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità”*.

Ciò posto, pare agevole convenire, da un lato, che proprio quelli appena elencati siano i *“principi generali applicabili ai servizi dell'allegato II B ”* cui si richiama l'art. 18 del disciplinare; dall'altro, che a nessuno di essi potrebbero essere ricondotte le norme allegate a base del ricorso incidentale della FATTORIA (cfr. C.d.S., III, 19 dicembre 2011, n. 6640, che, in un'ipotesi in cui parimenti si discuteva dell'affidamento di un pubblico servizio, ha concluso che l'art. 86 del Codice, invocato in quel giudizio per far escludere una concorrente -anche in tal caso- per

L'omessa indicazione della componente relativa agli oneri di sicurezza, non avrebbe potuto trovare applicazione, per il fatto di non essere menzionato dagli atti di gara).

Le norme del ricorso incidentale, d'altro canto, per la loro stretta specificità di dettaglio, sono intrinsecamente inadeguate ad integrare un "principio" (a meno di non essere disposti a ravvisarne uno in ogni frammento del reticolato normativo del Codice, secondo un ordine di idee che sarebbe, però, incompatibile con la ben diversa logica selettiva sottesa ai suoi artt. 20 e 27). La difesa comunale si appella, per sostenere il contrario, alla "*natura costituzionalmente sensibile degli interessi*" che le norme del ricorso incidentale intendono perseguire: ma una simile considerazione, mentre potrebbe valere per argomentare circa l'inderogabilità dei precetti in discussione, allorché applicabili, non permette invece di trasformare gli stessi precetti particolari in norme di "principio".

2d L'osservazione che precede sarebbe già decisiva ai fini della reiezione del ricorso incidentale. Ad essa può peraltro aggiungersene almeno un'altra, parimenti offerta dalla difesa della GEMEAZ.

Questa si è richiamata, infatti, alla formulazione del modulo prestampato (all. D) la cui utilizzazione era stata richiesta dallo stesso disciplinare di gara (pag. 11) per la redazione dell'offerta economica, modulo cui praticamente tutti i concorrenti si sarebbero attenuti nel formulare la loro offerta.

Ebbene, è incontestato tra le parti che tale modulo richiedesse la sola indicazione del prezzo unitario e del conseguente ribasso percentuale offerti, con il prezzo complessivo, senza quindi richiedere ai concorrenti –né consentire loro- la separata indicazione dei costi relativi al personale e agli oneri della sicurezza. E la circostanza rende viepiù evidente come i contenuti della *lex specialis* non offrirono alcun supporto all'esclusione che viene pretesa attraverso il presente ricorso incidentale.

Né rileva che i concorrenti non fossero, a rigore, tenuti all'impiego del predetto modulo a pena di esclusione, giusta l'art. 74, comma 3, del Codice, circostanza che nulla toglie alla capacità del modulo predisposto dall'Amministrazione di indurre – in ipotesi- in errore, sul punto in discussione, coloro che se ne fossero avvalsi.

2e In questo quadro, coglie infine nel segno anche il conclusivo argomento della stessa difesa appellata per cui, anche a voler per un attimo concedere che il regime di gara fosse stato equivoco sul punto in esame (*quod non*), la relativa problematica avrebbe dovuto comunque essere risolta facendo applicazione del canone generale privilegiante, *in dubiis, il favor participationis*.

2f Per tutto quanto precede, il ricorso incidentale deve quindi essere respinto.

3 Una volta accertata l'infondatezza dell'impugnativa incidentale, non resta che prendere in esame le censure dell'appellante che hanno investito l'accoglimento del ricorso principale avversario.

La decisione oggetto di scrutinio resiste, in proposito, alle critiche che le sono state mosse.

3a Anche sotto questo profilo giova partire da un richiamo alla motivazione della decisione in disamina.

“Deve preliminarmente disattendersi la tesi difensiva dell'amministrazione resistente, articolata nella memoria conclusiva, che vorrebbe la censura di genericità del contratto di avvalimento, proposta col primo motivo d'impugnazione, ristretta esclusivamente al mutuo requisito del fatturato globale di cui al punto 4.3 del bando di gara per sostenere, correlativamente, che in relazione al requisito di capacità tecnico-professionale di cui al punto 4.4. del disciplinare di gara (l'aver effettuato nel triennio precedente la fornitura di servizi di refezione scolastica in regime di pasti veicolati nella misura di cui innanzi si è detto) la ricorrente si dovrebbe, col secondo motivo di impugnazione, non già della medesima genericità dell'avvalimento, ma del fatto che anche la società ausiliaria sarebbe stata priva di tale requisito.

Tale interpretazione restrittiva, infatti, contrasta con una lettura complessiva del ricorso, dalla quale emerge con sufficiente chiarezza che le doglianze proposte investono innanzitutto ed in via generale le modalità con cui è stato convenuto l'avalimento dei requisiti tutti, salvo poi sostenere, per un secondo e altro profilo, che comunque, anche a prescindere da tale circostanza, neppure l'impresa ausiliaria sarebbe stata in possesso del requisito di cui al punto 4.4. del disciplinare.

In proposito, è sufficiente richiamare l'attenzione al punto 2 della esposizione in fatto contenuta nel ricorso, dove la società Gemeaz Cusin distingue con precisione i due corni della questione.

Ciò detto, vanno confermate in questa sede di merito le ragioni a suo tempo poste a sostegno della ordinanza cautelare.

La società La Fattoria, infatti, ai fini della partecipazione alla gara ha dichiarato di avvalersi dei requisiti della impresa ausiliaria Servizi e Ristorazione anche con specifico riferimento al requisito di capacità tecnica e professionale indicato al punto 4.4, primo trattino, del disciplinare, che, come innanzi rammentato, richiede di «aver effettuato negli ultimi tre anni precedenti il bando di gara (2008, 2009 e 2010) la fornitura di servizi di refezione scolastica in regime di pasti veicolati con almeno due contratti che prevedano l'erogazione di almeno 900 pasti giorno».

Tuttavia nel contratto di avalimento stipulato tra La Fattoria e la Servizi e Ristorazione, prodotto agli atti di causa, nulla è detto in relazione alle risorse e all'organizzazione messe a disposizione dalla impresa ausiliaria alla società La Fattoria con riferimento al predetto requisito di capacità tecnica e professionale e nella dichiarazione ex art. 49 d.lgs. n. 163/06 resa all'amministrazione appaltante dalla società ausiliaria, quest'ultima si impegna genericamente «a mettere a disposizione in caso di aggiudicazione e per tutta la durata dell'appalto di refezione le risorse necessarie di cui è carente il concorrente».

Ribadito in questa sede che per condivisibile indirizzo giurisprudenziale il requisito dell'esperienza pregressa rappresenta, nell'ambito dei servizi e delle forniture, quello che l'attestazione SOA è per gli appalti di lavori, vale a dire il principale elemento di qualificazione dell'impresa (C.d.S., sez. III, 15 novembre 2011, n. 6040), va a questo riguardo osservato che, ai sensi dell'art. 88 del DPR 5 ottobre 2010, n. 207, per la qualificazione in gara il contratto

di cui all'articolo 49, comma 2, lettera f), del d.lgs. 163/06 deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente le risorse e i mezzi prestati, in modo determinato e specifico, e che, atteso il predetto parallelismo, lo stesso principio non può che valere anche per la dimostrazione del possesso, mediante avvalimento, dei requisiti di capacità tecnica e professionale negli appalti di servizi, quale nella specie una pregressa esperienza specifica nel settore dell'appalto per cui è causa. La Sezione, d'altronde, ha già in un recente passato avvertito la centralità della messa disposizione delle risorse all'interno del sinallagma tipizzante il contratto di avvalimento, indicando il pericolo che una mera messa a disposizione di requisiti, svincolata da qualsivoglia collegamento con risorse materiali o immateriali, possa snaturare l'istituto dell'avvalimento per piegarlo ad una logica di elusione dei requisiti stabiliti nel bando di gara (TAR Campania, sez. I, 2 febbraio 2011, n. 644).

Ai fini che qui interessano, deve soltanto soggiungersi che la stessa direttiva 2004/18/CE prevede, all'art. 47 (per i requisiti di capacità economica e finanziaria) e all'art. 48 (per i requisiti di capacità tecnica e professionale), che l'operatore economico che per i requisiti prescritti fa affidamento sulle capacità di altri soggetti deve provare all'amministrazione aggiudicatrice di disporre dei mezzi e delle risorse necessarie: in particolare, per quanto specificamente riguarda i requisiti di capacità tecnica e professionale di cui ora ci si sta occupando, che egli deve provare «che per l'esecuzione dell'appalto disporrà delle risorse necessarie ad esempio presentando l'impegno di tale soggetto di mettere a disposizione dell'operatore economico le risorse necessarie» (art. 48, § 3). La direttiva è altresì attenta a che la disponibilità di mezzi sia effettiva e continua (arg. ex art. 52 § 1 e consid. 45) ed è chiaro che un generico impegno a mettere a disposizione dell'impresa ausiliata le risorse necessarie, pur apparentemente soddisfacendo la lettera dell'art. 48 § 3 della direttiva, ne viola lo spirito ed il significato.

Per tali ragioni, non può dirsi che la società La Fattoria abbia dato valida dimostrazione in gara del possesso del requisito dell'esperienza pregressa richiesta dal punto 4.4 del disciplinare e dunque, assorbito quant'altro, il ricorso principale deve essere accolto, con conseguente annullamento, per l'effetto, del provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara.”

3b Le critiche mosse dalla FATTORIA alla decisione così argomentata possono essere sunteggiate come segue.

La concorrente che ricorra all'avvalimento sarebbe tenuta a specificare compiutamente le esatte risorse ed i mezzi prestatile dall'ausiliaria solo in caso di avvalimento riguardante i requisiti di qualificazione, giusta l'art. 88 del d.P.R. n. 207 del 2010.

L'appellante, però, non si è avvalsa della qualificazione della società da essa indicata come ausiliaria, essendo essa già qualificata in proprio grazie alla conferente certificazione di qualità. La FATTORIA ha ottenuto dalla propria ausiliaria solo i requisiti di fatturato e di consistenza minima delle anteriori forniture, senza quindi mutuare requisiti chiamanti in causa l'intera organizzazione aziendale.

Sicché essa aggiudicataria nulla poteva dirsi tenuta a provare in ordine agli esatti termini dell'impegno assunto nei propri confronti. E, in ogni caso, sia il contratto di avvalimento, sia la dichiarazione di impegno dell'ausiliaria, che sono stati prodotti in gara, sarebbero stati chiari nel senso dell'obbligo di quest'ultima di fornire "le risorse necessarie" di cui la concorrente era carente, con una formulazione che la comune giurisprudenza reputa sufficiente.

3c Le doglianze esposte richiedono di fissare immediatamente i seguenti due pacifici punti fermi :

- l'avvalimento utilizzato in concreto dalla FATTORIA ha investito sia il requisito economico del fatturato globale previsto dal punto 4.3 del disciplinare, sia il requisito di capacità tecnico-professionale, di cui al punto 4.4., dell'aver effettuato nell'ultimo triennio la fornitura di servizi di refezione scolastica in regime di pasti veicolati nella misura minima indicata dalla *lex specialis*;

- né il contratto di avvalimento né la dichiarazione di impegno dell'ausiliaria prodotti in gara andavano oltre la (generica) indicazione dell'obbligo di

quest'ultima di fornire all'appellante "le risorse necessarie", senza che risultassero quindi indicate le concrete risorse di mezzi, personale, organizzative e di *know how* che sarebbero state effettivamente messe a disposizione della FATTORIA.

3d Tanto premesso, la Sezione deve subito osservare che l'esigenza di una puntuale individuazione dell'oggetto del contratto di avvalimento non si pone solo nella ristretta ipotesi dell'avvalimento riguardante i requisiti di qualificazione, ma investe, per lo meno in linea di principio, l'intero perimetro applicativo dell'istituto. Tale esigenza, difatti, 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).

Sotto quest'ultimo profilo, il primo Giudice ha quindi ben a ragione posto l'accento sulla necessità di guardarsi dal "*pericolo che una mera messa a disposizione di requisiti, svincolata da qualsivoglia collegamento con risorse materiali o immateriali, possa snaturare l'istituto dell'avvalimento per piegarlo ad una logica di elusione dei requisiti stabiliti nel bando di gara*".

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. Laddove l'Amministrazione deve ritenersi, invece,

tenuta a valutare (con attenzione pari a quella dedicata ai concorrenti che all'istituto non ricorrano) se con il singolo avvalimento il concorrente si sia posto in concreto in condizione davvero equivalente a quella di un concorrente autosufficiente circa il possesso dei requisiti (C.d.S., V, 19 marzo 2009 n. 1624 ha ricordato che, secondo la nota della Commissione delle Comunità europee n. 2007/2309/C (2208) 0108 in data 30 gennaio 2008, di avvio di una procedura di infrazione a carico del nostro Paese proprio in *subiecta materia*, “*la sola condizione (nдр: per l’operatività dell’istituto) è quella di permettere all’amministrazione aggiudicatrice di verificare che il candidato/offrente disporrà delle capacità richieste per l’esecuzione dell’appalto*”). E non pare dubbio che proprio sul concorrente gravi l’onere della prova di poter effettivamente disporre, grazie all’ausiliaria, di tutte le risorse da ritenere in concreto necessarie a supplire alla personale deficienza del requisito (C.d.S., V, 20 giugno 2011, n. 3670; Corte giustizia CE, Sez. V, 2 dicembre 1999, n. 176; cfr. anche C.d.S., IV, 14 febbraio 2005, n. 435, che ricorda come il sistema comunitario degli appalti di servizi “*richiede, a garanzia della serietà dell’offerta e della tutela della par condicio, che si dia la prova certa dell’effettiva disponibilità delle altrui capacità tecniche*”).

Senza dire che contratti dal tenore generico fino all’evanescenza si presentano incapaci, almeno *ex se*, di integrare uno schema minimale di diritti, obblighi e quindi garanzie per una sicura attuazione dell’avvalimento, e dunque dello stesso appalto pubblico, in condizioni di chiarezza e trasparenza.

L’appellante non può essere seguita, inoltre, allorché accredita proprio la giurisprudenza dell’interpretazione per cui “solo” in caso di avvalimento riguardante i requisiti di qualificazione occorrerebbe specificare le esatte risorse ed i mezzi prestati dall’ausiliaria. Le pronunzie all’uopo richiamate a conforto (C.d.S., V, nn. 3066, 5496 e 6079/2011, nonché n. 1624/2009), infatti, non offrono

elementi che possano corroborare siffatta limitata operatività del principio di determinatezza.

In realtà, tanto se l'avvalimento investa direttamente l'intera organizzazione aziendale (come nelle specie decise da C.d.S., III, 18 aprile 2011, n. 23444, e da V, 23 maggio 2011, n. 3066), quanto se ne riguardi solo un settore, l'esigenza che siano individuate le precise risorse che ne formano oggetto si impone negli stessi termini logici ed in ossequio alla medesima esigenza funzionale (cfr. infatti C.d.S., III, 15 novembre 2011, n. 6040, che in una fattispecie di avvalimento di requisiti simili a quelli per i quali l'istituto è stato qui adoperato si è posta, appunto, il problema della sufficienza dell'indicazione delle "risorse in concreto messe a disposizione dall'impresa ausiliaria").

Per quanto appena detto, la previsione dell'art. 88 del d.P.R. n. 207 del 2010, là dove enuncia la necessità che il contratto di avvalimento riporti con completezza *"le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico"*, non presenta particolari caratteristiche di innovatività, ma esplicita un canone già esistente nell'ordinamento di settore, e dotato di una portata ben più ampia di quella attinente al solo "prestito" dei requisiti di qualificazione in senso stretto.

Né varrebbe replicare che le esigenze sopra ricordate sarebbero comunque soddisfatte dalla previsione dell'art. 49 cit., comma 4, del Codice, sulla responsabilità solidale prevista nei confronti della Stazione appaltante, a carico del concorrente e dell'impresa ausiliaria, in relazione alle prestazioni oggetto del contratto. Premesso, infatti, che rispetto alle prestazioni dovute l'avvalente versa per definizione in una carenza di requisiti, si può affermare che, in presenza di un contratto di avvalimento che non sia in grado di garantire, per la sua indeterminatezza, l'effettività della messa a disposizione degli stessi requisiti da parte di chi ne disponga, neppure la regola della responsabilità solidale varrebbe ad assicurare l'esatta esecuzione della prestazione di appalto con gli standard pretesi (il

che è quanto qui fondamentale interessa), in quanto essa gioverebbe semmai solo ad apprestare per l'Amministrazione una copertura residuale, a valle, sul versante risarcitorio.

Ne consegue, secondo quanto ha condivisibilmente osservato la difesa dell'appellata, che la responsabilità solidale dell'ausiliaria potrebbe probabilmente essere sufficiente alla tutela delle esigenze pubbliche nei casi di avvalimento detto "di garanzia", concernente requisiti di contenuto economico (referenze bancarie e simili), ma certo non anche nei casi, come il presente, di avvalimento operativo.

Nello specifico, pertanto, con riferimento al requisito di capacità tecnico-professionale dell'aver effettuato, nell'ultimo triennio, forniture di servizi analoghi nella misura indicata, affinché non finisse frustrata l'esigenza sottostante alla prescrizione del requisito occorre che fosse contrattualmente garantita la concreta messa a disposizione dell'impresa in gara, ai fini del suo impiego per l'esecuzione dell'appalto, di una congrua porzione delle risorse organizzative, personali, di mezzi e di *know how* maturate ed affinate dall'ausiliaria attraverso le proprie qualificate esperienze curricolari.

Il contratto prodotto, stante l'indeterminatezza della sua formulazione, non permette però di ritenere soddisfatta tale esigenza.

4 In conclusione, in parziale riforma della sentenza appellata il ricorso incidentale di primo grado deve essere dichiarato inammissibile, ma respinto nel merito, e l'appello va rigettato sotto i rimanenti profili.

Le spese processuali del doppio grado di giudizio possono essere equitativamente compensate in forma integrale tra tutte le parti in causa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe, in parziale riforma della sentenza appellata dichiara il ricorso incidentale di primo grado ammissibile e lo rigetta.

Respinge l'appello sotto i rimanenti profili.

Compensa tra le parti le spese processuali del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella Camera di consiglio del giorno 19 giugno 2012 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccharini, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/08/2012

IL SEGRETARIO

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