

N. 04986/2014REG.PROV.COLL.
N. 09130/2013 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9130 del 2013, proposto da:

Italbeton S.r.l., Italmixer Srl, n persona dei rispettivi legali rappresentanti in carica, rappresentati e difesi dagli avv. Lorenzo Lentini, Antonio Melucci, con domicilio eletto presso Giuseppe Placidi in Roma, via Cosseria N. 2;

contro

Autostrada Brescia-Verona-Vicenza-Padova Spa, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dagli avv. Pierangelo Mori Bontempini, Giuseppe Biondaro, con domicilio eletto presso Salvatore Di Mattia in Roma, via F. Confalonieri 5;

nei confronti di

Ditta Gecchele, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dagli avv. ti Arturo Cancrini, Francesco Vagnucci,

con domicilio eletto presso Arturo Cancrini in Roma, via G. Mercalli, 13;

Vr Scavi Asfalti Srl, in persona del legale rappresentante in carica, non costituita in giudizio ;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. del Veneto – sede di Venezia - Sezione I n. 01092/2013, resa tra le parti, concernente affidamento servizio per lo svolgimento delle operazioni invernali di sgombero neve, caricamento e spargimento cloruri miscelati

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Autostrada Brescia-Verona-Vicenza-Padova Spa e di Ditta Gecchele;

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 17 giugno 2014 il Consigliere Fabio Taormina e uditi per le parti gli Avvocati Lentini, Biondaro e Vagnucci;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con la sentenza in epigrafe appellata, il Tribunale amministrativo regionale del Veneto – sede di Venezia – ha disatteso, dichiarandolo improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse, il ricorso di primo grado proposto dalla società odierna parte appellante Italbeton S.R.L., Italmixer S.R.L., volto ad ottenere l'annullamento del provvedimento

con cui l'Amministrazione aveva disposto l'aggiudicazione definitiva per l'affidamento del servizio per lo svolgimento delle operazioni invernali di sgombrò neve, caricamento e spargimento cloruri miscelati lungo le Autostrade A4 Brescia Padova e A31 della Valdastico comprese le pertinenze esterne - lotto 2 in favore della controinteressata; della nota prot. LEG 17-2012-G022 del 22.1.2012 di aggiudicazione definitiva alla controinteressata del servizio per le operazioni invernali di sgombrò neve, caricamento e spargimento cloruri miscelati; nonché di ogni atto annesso, connesso o presupposto. Erano state proposte sette macrocensure di violazione di legge ed eccesso di potere.

Il Tar ha tuttavia richiamato gli approdi di cui all'Adunanza Plenaria n. 4/2011 ed ha prioritariamente vagliato il ricorso incidentale proposto dalla ricorrente incidentale Gecchele Geom. Olindo, accogliendo i primi due motivi di ricorso incidentale, e dichiarando pertanto improcedibile il mezzo principale.

In particolare, nel ricorso incidentale di primo grado si era contestata la validità del contratto di avvalimento prodotto in gara dalla originaria ricorrente principale in quanto inadatto a realizzare il prestito del requisito del fatturato specifico ("aver effettuato nei trentasei mesi antecedenti la pubblicazione del bando, servizi esclusivamente pertinenti all'oggetto del bando" per un importo pari ad almeno 0,50 volte l'importo a base d'asta..."), così come di quello relativo alla disponibilità dei mezzi richiesti dall'art. 11 del Capitolato speciale.

Il Tar ha in proposito richiamato il disposto di cui all'art. 49 del d.Lgs. n. 163 del 2006 ove si prevedeva, al primo comma, che il concorrente,

singolo o consorziato o raggruppato, in relazione ad una specifica gara di lavori, servizi, forniture può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto (facendo presente che il secondo comma della stessa disposizione prevedeva che, "ai fini di quanto previsto nel comma 1", il concorrente allega, "oltre all'eventuale attestazione SOA propria e dell'impresa ausiliaria", tra l'altro:

- una sua dichiarazione, "attestante l'avvalimento dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara, con specifica indicazione dei requisiti stessi e dell'impresa ausiliaria" -lettera a;- "una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente" -lettera d- in originale o copia autentica il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto -lettera f).

La stessa disposizione prevedeva, al comma 4, che "il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto"..

Il primo giudice ha quindi in proposito rilevato che la norma in esame disciplinava un procedimento negoziale complesso composto dai negozi unilaterali del concorrente (lettera a) e dell'impresa ausiliaria (lettera d),

indirizzati alla stazione appaltante, nonché da un contratto tipico di avvalimento (lettera f) stipulato tra il concorrente e l'impresa ausiliaria.

L'esigenza di una puntuale individuazione dell'oggetto del contratto di avvalimento, oltre a discendere dalle norme generali in materia di invalidità contrattuale, per indeterminatezza (ed indeterminabilità) di un elemento essenziale dell'impegno negoziale (artt. 1325 e 1418 c.c.), risultava, sul piano funzionale, inscindibilmente connessa - nell'ambito delle procedure contrattuali del settore pubblico- alla necessità di non permettere agevoli aggiramenti del sistema dei requisiti di ingresso alle gare pubbliche.

Ad avviso del Tar, per le stesse ragioni, l'esigenza di determinazione dell'oggetto esisteva anche con riferimento alla dichiarazione unilaterale. come affermato da recente giurisprudenza (“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).

Ciò in quanto occorreva 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”

Ad avviso del Tar, dette condizioni non erano soddisfatte nella fattispecie in esame, in quanto la dichiarazione unilaterale resa dall'ausiliaria nei confronti della stazione appaltante, faceva esclusivo quanto generico riferimento all'obbligazione assunta espressamente nei confronti "dell'Ausiliato ATI Italcon s.r.l./Italmixer s.r.l." e di "Autostrada BS-VR-VI-PD", di "mettere a disposizione le risorse necessarie di cui è carente l'operatore economico concorrente per la tutta la durata dell'appalto".

Tale dichiarazione, quindi, non conteneva, gli elementi essenziali prescritti dalla legge, dal momento che in essa difettava sia l'indicazione della natura dei requisiti in concreto prestati, sia, soprattutto, della misura del prestito con riguardo a ciascuna delle società componenti l'ATI ausiliata.

Del pari, il contratto di avvalimento, dopo avere premesso genericamente che la costituenda Associazione Temporanea di Imprese (A.T.I.) tra Italcon s.r.l. e Italmixer s.r.l. (denominata "Ausiliata") "non è in possesso di parte" degli specifici requisiti richiesti dal bando con riferimento al fatturato e ai mezzi richiesti all' "art. 11 del Capitolato speciale", si limitava ad affermare che "l'Ausiliaria ... si impegna, anche nei confronti della stazione appaltante a mettere a disposizione dell'Ausiliata ... la disponibilità dei requisiti specificati in premessa, necessari per la partecipazione alla gara nonché le risorse necessarie, che si individuano in macchinari, attrezzature e personale occorrenti per l'esecuzione della commessa, al fine di consentire l'esecuzione del servizio di appalto di cui alle premesse".

Ad avviso del primo giudice, premesso che il raggruppamento di imprese non dà luogo a un'entità giuridica autonoma e separata dalle società che lo compongono e che, pertanto, ciascuna impresa di cui esso si compone deve essere in possesso dei requisiti prescritti dalla legge speciale di gara per la relativa partecipazione, il contratto di avvalimento in favore dell'ATI originaria ricorrente principale, ancorché sottoscritto sia da Italcon s.r.l. che da Italmixer s.r.l., non dava minimamente conto "in che misura" e "nei confronti di chi" operi il "prestito" del requisito e/o dei requisiti messi genericamente a disposizione del "raggruppamento costituendo". Sul detto "prestito" nondimeno, si fondavano entrambe le domande di partecipazione alla procedura selettiva in esame (riferibili alle predette società), per la dimostrazione del possesso sia del fatturato specifico, sia della disponibilità dei mezzi necessari per espletare il servizio, benché anch'esse prive di alcuna specificazione della misura di esso, in relazione al requisito, in tutto o solo in parte, mancante (cfr. doc. 3 e 4 della controinteressata ricorrente incidentale).

Né in contrario senso assumevano rilievo le argomentazioni difensive secondo le quali, tenuto conto del tenore dell'impegno a costituire l'RTI nel quale sarebbe espressamente indicata la percentuale di ripartizione tra i due componenti (ovvero 80% in capo alla capogruppo e 20% in capo alla mandante), risultava agevole comprendere che i requisiti messi a disposizione dell'ausiliaria in favore del costituendo RTI dovrebbero "essere imputati direttamente in capo al RTI ovvero in misura proporzionale alle quote di partecipazione".

Né la disciplina vigente né i principi generali in materia di determinazione/determinabilità dell'oggetto del contratto potevano consentire di integrare *per relationem* o *aliunde* l'omessa specificazione della misura dell'avvalimento in concreto operato nei confronti di ciascuna impresa che compone il raggruppamento .

E ciò, ha precisato il Tar, tantopiù in una fattispecie, come quella oggetto di scrutinio, in cui in alcuno dei documenti di gara risultavano individuati le risorse e i mezzi prestati a ciascuna impresa, posto che le imprese ausiliate avevano sostanzialmente omesso di rendere la dichiarazione prescritta dall'art. 49, comma 2, lettera a), limitandosi ad operare un mero rinvio alle dichiarazioni rilasciate dall'ausiliaria ("vedasi dich. rilasciata dall'ausiliaria") e ad indicare del tutto genericamente i requisiti necessari per la partecipazione alla gara ("vedi elenco mezzi - all.1 e dich. impresa ausiliaria"), senza alcuna specificazione in ordine alla misura così come all'oggetto concreto dell'avvalimento operato nei propri confronti (cfr. doc. 3 e 4 della controinteressata ricorrente incidentale).

La dichiarazione richiesta dalla lettera a) del comma 2 dell'art. 49 esprimeva precipuamente l'impegno, assunto dalla concorrente nei confronti della stazione appaltante, di ricorrere all'istituto dell'avvalimento: impegno che si connotava, nella previsione normativa, non quale generico riferimento all'utilizzo dell'istituto, ma come concreta specificazione dei suoi contenuti, riferiti ai requisiti oggetto di esso ed alla impresa ausiliaria.

Era quindi –ad avviso del Tar- un atto con il quale il concorrente si qualificava nei confronti della stazione appaltante e, quindi, un

documento essenziale di concreta “identificazione” del soggetto che intendeva contrattare con la p.a.: da tale natura e funzione della dichiarazione in esame discendeva la relativa verificabilità ai sensi dell’art. 48, il cui esito negativo comportava la sanzione espulsiva.

Considerata l’indeterminatezza sia del contratto di avvalimento sia delle dichiarazioni di cui all’art. 49, comma 2, lettera a), risultava definitivamente preclusa la possibilità di conoscere quali e quanti requisiti fossero stati in concreto presi a prestito partitamente da ciascuna delle imprese ricorrenti in via principale e, conseguentemente, la verificabilità stessa della loro qualificazione ai fini della partecipazione alla gara.

Tale impossibilità di evincere se la singola impresa componente dell’ATI avesse o meno i requisiti di ammissione (in misura corrispondente alla quota di partecipazione all’ATI medesima), a garanzia della stazione appaltante e del buon esito del programma contrattuale nella fase di esecuzione, determinava, secondo il primo giudice, l’inammissibilità dell’offerta contrattuale dell’ATI odierna appellante, con conseguente sua necessaria esclusione dalla partecipazione alla gara.

Accolto il mezzo incidentale, l’appello principale è stato dichiarato improcedibile.

Avverso tale decisione l’originaria ricorrente principale rimasta integralmente soccombente ha proposto un articolato appello.

Ivi ha criticato la decisione di primo grado, sia laddove ha accolto il mezzo incidentale che laddove ha ommesso di esaminare il ricorso principale.

Quanto al primo profilo, ad avviso dell'appellante il ricorso incidentale era infondato in quanto nessuna norma del bando, e men che meno assistita da sanzione espulsiva, onerava l'offerente a specificare i termini dell'avvalimento nel senso preteso dal Tar.

L'appellante ha poi riproposto le censure contenute nel mezzo principale erroneamente non esaminate chiedendo che, quantomeno, venisse tutelato il proprio strumentale interesse ad ottenere l'esclusione dell'affidataria.

L'amministrazione appellata ha depositato una articolata memoria chiedendo la reiezione dell'appello perché infondato.

L'aggiudicataria appellata ha depositato una articolata memoria chiedendo la declaratoria di inammissibilità dell'appello in quanto meramente riproduttivo della tesi dedotta in prime cure e, nel merito, la reiezione dell'appello perché infondato ed ha comunque riproposto gli ulteriori motivi del ricorso incidentale di primo grado non esaminati dal Tar perché assorbiti.

Ha inoltre confutato i riproposti motivi del mezzo principale, sostenendone la infondatezza.

All'adunanza camerale del 21 gennaio 2014 la Sezione con la ordinanza n. 00281/2014

ha preso atto della rinuncia alla domanda cautelare di sospensione della esecutività della impugnata decisione.

Tutte le parti processuali, in vista della odierna udienza pubblica, hanno depositato scritti difensivi tesi a puntualizzare le rispettive censure ed eccezioni.

Alla odierna pubblica udienza del 17 giugno 2014 la causa è stata posta in decisione dal Collegio

DIRITTO

1. L'appello è infondato e va respinto.
2. Come meglio si dimostrerà di seguito, la sentenza appare corretta sia in punto di perimetrazione delle questioni esaminabili che, nel merito, quanto alla statuizione accoglitiva del mezzo incidentale
3. Il primo argomento da scrutinare, in ordine logico, concerne la esattezza – o meno- della statuizione di primo grado accoglitiva del mezzo incidentale.

3.1. Essa, ad avviso del Collegio, resiste alle censure *ex adverso* avanzate.

3.2. Invero, va premesso che nessuna contestazione v'è in ordine alla ricostruzione fattuale della fattispecie resa dal Tar: ciò esonera il Collegio dal procedere ad una integrale rivisitazione della stessa, potendosi immediatamente esaminare la problematica giuridica sottesa alla statuizione demolitoria.

Stabilisce l'art. 49 del TU contratti pubblici quanto segue: “1. Il concorrente, singolo o consorziato o raggruppato ai sensi dell'articolo 34, in relazione ad una specifica gara di lavori, servizi, forniture può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto.

2. Ai fini di quanto previsto nel comma 1 il concorrente allega, oltre all'eventuale attestazione SOA propria e dell'impresa ausiliaria:

- a) 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;
- b) una sua dichiarazione circa il possesso da parte del concorrente medesimo dei requisiti generali di cui all'articolo 38;
- c) una dichiarazione sottoscritta da parte dell'impresa ausiliaria attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'articolo 38, nonché il possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento; (159)
- d) una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente;
- e) una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui questa attesta che non partecipa alla gara in proprio o associata o consorziata ai sensi dell'articolo 34; (158)
- f) in originale o copia autentica il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto;
- g) nel caso di avvalimento nei confronti di un'impresa che appartiene al medesimo gruppo in luogo del contratto di cui alla lettera f) l'impresa concorrente può presentare una dichiarazione sostitutiva attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo, dal quale discendono i medesimi obblighi previsti dal comma 5.

3. Nel caso di dichiarazioni mendaci, ferma restando l'applicazione dell'articolo 38, lettera h) nei confronti dei sottoscrittori, la stazione appaltante esclude il concorrente e escute la garanzia. Trasmette inoltre gli atti all'Autorità per le sanzioni di cui all'articolo 6, comma 11.

4. Il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto.

5. Gli obblighi previsti dalla normativa antimafia a carico del concorrente si applicano anche nei confronti del soggetto ausiliario, in ragione dell'importo dell'appalto posto a base di gara.

6. Per i lavori, il concorrente può avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria di qualificazione. Il bando di gara può ammettere l'avvalimento di più imprese ausiliarie in ragione dell'importo dell'appalto o della peculiarità delle prestazioni, fermo restando il divieto di utilizzo frazionato per il concorrente dei singoli requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi di cui all'articolo 40, comma 3, lettera b), che hanno consentito il rilascio dell'attestazione in quella categoria. (156)

7. omissis

8. In relazione a ciascuna gara non è consentito, a pena di esclusione, che della stessa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente, e che partecipino sia l'impresa ausiliaria che quella che si avvale dei requisiti.

9. Il bando può prevedere che, in relazione alla natura dell'appalto, qualora sussistano requisiti tecnici connessi con il possesso di particolari attrezzature possedute da un ristrettissimo ambito di imprese operanti sul mercato, queste possano prestare l'avvalimento nei confronti di più

di un concorrente, sino ad un massimo indicato nel bando stesso, impegnandosi a fornire la particolare attrezzatura tecnica, alle medesime condizioni, all'aggiudicatario.

10. Il contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione, e l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati.

11. In relazione a ciascuna gara, la stazione appaltante trasmette all'Autorità tutte le dichiarazioni di avvalimento, indicando altresì l'aggiudicatario, per l'esercizio della vigilanza, e per la pubblicità sul sito informatico presso l'Osservatorio.”.

3.2.1. Ad avviso del Tar, premesso genericamente che la costituenda A.T.I. non era in possesso di parte degli specifici requisiti richiesti dal bando con riferimento al fatturato e ai mezzi richiesti dal Capitolato speciale, essa si era limitata ad affermare che l'ausiliaria si impegnava, anche nei confronti della stazione appaltante a mettere a disposizione dell'ausiliata la disponibilità dei requisiti specificati in premessa, necessari per la partecipazione alla gara nonché le risorse necessarie, che si individuano in macchinari, attrezzature e personale occorrenti per l'esecuzione della commessa, al fine di consentire l'esecuzione del servizio di appalto.

Tale dichiarazione, però non dava minimamente conto delle circostanze relative alla misura e nei confronti di chi operasse il prestito del requisito e/o dei requisiti messi genericamente a disposizione del raggruppamento costituendo: né la disciplina vigente (art. 49, d.lg. n. 163 del 2006) né i principi generali in materia di

determinazione/determinabilità dell'oggetto del contratto consentono di integrare *per relationem* o *aliunde* l'omessa specificazione della misura dell'avvalimento in concreto operato nei confronti di ciascuna impresa che componeva il raggruppamento.

3.2.2. Il Collegio concorda pienamente con tale argomentare.

Esso ha una portata logica inattaccabile, discendendo quale precipitato del costante convincimento della giurisprudenza secondo il quale “il raggruppamento di imprese non dà luogo ad una entità giuridica autonoma che escluda la soggettività delle singole imprese che la compongono” (*ex aliis* T.A.R. Roma sez. I 03/05/2012, n.3926).

Se tale punto cardine è incontestabile, altrettanto appare essere il corollario che da esso si è fatto discendere circa la assoluta genericità ed insufficienza di una dichiarazione resa dalla impresa “ausiliatrice” tale da non rendere intellegibile a quale delle singole imprese componenti il RTI essa intendesse apprestare i requisiti non posseduti dal raggruppamento, ed in che misura.

Il *favor participationis* non può colmare tale assoluta incertezza: la necessità della precisa indicazione delle attività assegnate a ciascun componente di un raggruppamento temporaneo di imprese sta proprio nell'esigenza di verificare se tale ripartizione è coerente con le qualificazioni di ciascuna e con il possesso dei requisiti per eseguire quella parte di attività.

La dichiarazione di avvalimento “segue” tale necessità e ne mutua i caratteri e la *ratio* giustificativa della richiesta specificazione che, altrimenti, verrebbe nella sostanza elusa.

Del tutto condivisibilmente, quindi, il Tar ha riscontrato nella fattispecie *de qua* una non colmabile lacuna, ed è bene ribadire che recente e rigorosa giurisprudenza estende ulteriormente i principi affermati nella gravata decisione, essendo pervenuta al convincimento per cui (T.A.R. Napoli sez. II 28/06/2013 n.3349) “anche in caso di avvalimento "interno" - riguardante due imprese partecipanti in raggruppamento temporaneo alla medesima gara-, la dichiarazione di ausilio non può essere generica, sia perché la normativa comunitaria e statale di riferimento non reca alcuna distinzione in tal senso -e non consente alcuna deroga al riguardo-, sia perché le esigenze di tutela della stazione appaltante e della *par condicio* dei partecipanti alla gara permangono appieno anche in tale riferita specifica fattispecie, non essendo ipotizzabile che un soggetto imprenditoriale possa partecipare ad una gara senza essere fornito dei requisiti minimi richiesti -o senza avere fornito adeguata dimostrazione di esserne in possesso, in via esclusiva o pro quota, a seconda della prescelta modalità di partecipazione-, né potendo ai contrari fini acquisire rilievo la natura solidale della responsabilità dell'impresa ausiliaria -che potrebbe eventualmente valere sul versante risarcitorio, ma non su quello della esecuzione del contratto-.”.

3.3. Conclusivamente, quale che sia l'angolo prospettico prescelto per esaminare la censura, essa pare del tutto infondata e va pertanto disattesa.

3.3.1. Di più: anche laddove non fossero state applicabili alla fattispecie le suindicate disposizioni “speciali” in materia di contratti pubblici, la assoluta genericità delle indicazioni contenute nel contratto di

avvalimento, non sarebbe stata in alcun modo colmabile, e la situazione concretamente riscontrabile sarebbe stata quella di un negozio ad oggetto indeterminato e comunque indeterminabile, se non assolutamente mancante. La *ratio* dell'istituto dell'avvalimento diretta a favorire la più ampia partecipazione delle imprese alla gare, non potrebbe essere spinta sino a dequotare detti principi generali: ed è sintomatico evidenziare che neppure in grado di appello tale lacuna è stata in qualche modo integrata, tanto che è rimasto del tutto oscuro in cosa effettivamente consistesse il “prestito” degli elementi volto a soddisfare i requisiti di capacità che costituisce il *proprium* dell'avvalimento.

3.4. La statuizione espulsiva resa dal Tar, in accoglimento del mezzo incidentale di primo grado merita convinta conferma.

4. Così risolta la prima problematica, ciò non consente di ritenere esaurito il compito demandato al Collegio, dovendosi vagliare la ulteriore censura “metodologica” secondo cui il Tar avrebbe dovuto scrutinare anche il ricorso principale teso a soddisfare lo strumentale interesse dell'odierna appellante principale di ottenere l'esclusione dell'aggiudicataria.

4.1. Il Collegio non concorda con tale tesi appellatoria.

4.2. Come è noto, anche sulla spinta di qualificata giurisprudenza di merito (*ex aliis* T.A.R. Milano sez. IV 15/11/2013 n. 2540) che, in tema di rapporto fra ricorso principale ed incidentale, riteneva non condivisibile e recessivo il principio illustrato dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n.4/2011 laddove si era affermata la necessità e sufficienza del preventivo esame del c.d.

“ricorso incidentale escludente”, la problematica è stata *funditus* riesaminata dalle sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nn. 9 e 10 del 2014.

Tenuto conto anche dei recenti orientamenti giurisprudenziali di matrice comunitaria tendenti ad evitare di dare indebita prevalenza al ricorso incidentale paralizzante rispetto al ricorso principale (in questo senso si era espressa la Corte di Giustizia che, con sentenza del 4 luglio 2013, aveva chiarito che l'art. 1 par. 3, direttiva 89/665 deve essere interpretato nel senso che se, in un procedimento di ricorso, l'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto e proposto ricorso incidentale solleva un'eccezione di inammissibilità fondata sul difetto di legittimazione a ricorrere dell'offerente che ha proposto il ricorso, con la motivazione che l'offerta da questi presentata avrebbe dovuto essere esclusa dall'autorità aggiudicatrice per non conformità alle specifiche tecniche indicate nel piano di fabbisogni, tale disposizione osta al fatto che il suddetto ricorso sia dichiarato inammissibile in conseguenza dell'esame preliminare di tale eccezione di inammissibilità senza pronunciarsi sulla compatibilità con le suddette specifiche tecniche sia dell'offerta dell'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto, sia di quella dell'offerente che ha proposto il ricorso principale) la materia è stata quindi oggetto di rimeditazione pervenendosi tuttavia a conclusioni difformi da quelle prospettate dall'odierna appellante.

L'approdo cui è giunta tale rivisitazione, consente immediatamente di enunciare un primo punto fermo: il Tar non è incorso in alcun errore allorchè ha scrutinato per primo il ricorso incidentale di primo grado (vedasi Ad. Plen. n. 9/2014: “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 censura valutazioni ed operazioni di gara svolte dall'amministrazione nel presupposto della regolare partecipazione alla procedura del ricorrente principale>>).

Il ricorso incidentale, posto che prospettava la inammissibilità dell'offerta proposta dal ricorrente principale doveva essere esaminato per primo.

4.3. Venendo all'esame del secondo profilo della questione, occorre invece chiedersi se la sentenza abbia errato a non esaminare (anche) il mezzo principale, pur avendo dichiarato la fondatezza dell'incidentale.

4.4. Il Collegio non concorda con tale assunto.

L'interesse a ricorrere dell'impugnante principale sussiste, e si giustifica, allorchè questi possa ipotizzare che, ove giudicato il detto mezzo fondato, egli debba aggiudicarsi la gara; ovvero in subordine che la gara debba essere ripetuta (interesse strumentale).

L'interesse strumentale tutelabile non è quello di "ottenere l'esclusione dell'aggiudicatario" *tout court*: è semmai quello di ottenere che, attraverso detto "passaggio", l'amministrazione riediti il potere, bandisca una nuova gara, e sia così soddisfatta la futura chance partecipativa del ricorrente principale.

Non un interesse "emulativo", quindi, ma un interesse diretto patrimoniale, seppur futuro.

Il condivisibile esame dell'Adunanza Plenaria è stato dedicato a tale verifica e, in via antecedente, a chiarire se risultasse confermato, alla stregua della novità rappresentata dalle note pronunce della Corte di

Giustizia sul punto, che l'interesse del ricorrente principale non aggiudicatario escluso a che vengano vagliati i propri motivi di ricorso avverso l'aggiudicataria, possa dirsi sussistente unicamente laddove finalizzato ad ottenere l'annullamento dell'intera gara.

Pare al Collegio che l'approdo dell'Adunanza Plenaria sia univoco in tal senso; e pare altresì che, sebbene il caso ivi escluso contemplasse la fattispecie in cui erano rimaste in gara soltanto due imprese (la non aggiudicataria ricorrente principale che è stata/doveva essere esclusa e l'aggiudicataria ricorrente incidentale della cui doverosa esclusione si controverteva) esso sia traslabile anche alla ipotesi in cui siano presenti più graduate.

E d'altro canto a tale approdo è giunta di recente anche qualificata giurisprudenza di primo grado (T.A.R. Campania Napoli Sez. I, Sent., 06-03-2014, n. 1353: i principi espressi dalla decisione della Corte di giustizia dell'UE, Sez. X, 4 luglio 2013, C-100/12 Fastweb, sono "astrattamente riferibili non solo al caso di due sole imprese in gara - ciascuna delle quali miri ad impugnare l'atto di ammissione dell'altra - ma anche laddove vi siano più di due imprese in gara e le impugnazioni, principali e incidentali, mirino a contestare la partecipazione di tutte le concorrenti").

Ciò che si vuol dire, in sostanza, è che, in relazione ad una gara cui abbiano partecipato più imprese, ed in relazione alla quale la stazione appaltante ha la possibilità di procedere scorrendo la graduatoria, in teoria la non aggiudicataria ricorrente principale (che è stata/doveva essere esclusa) potrebbe introdurre nel procedimento giurisdizionale

motivi volti alla coltivazione del proprio strumentale interesse alla riedizione della procedura.

Ma la non aggiudicataria esclusa, potrebbe avere un concreto interesse a far ciò (*rectius* potrebbe coltivare il proprio strumentale interesse di rinnovo della procedura) unicamente introducendo censure (ovviamente insistenti sulla medesima fase procedimentale nei termini descritti dalle decisioni nn. 7 e 9 dell'Adunanza Plenaria) che attingessero (non già unicamente la posizione dell'aggiudicataria ma, anche) la posizione delle altre graduate rimaste in gara.

Ove non faccia ciò, e si limiti a sostenere che la aggiudicataria doveva essere esclusa, manca l'interesse a coltivare le dette doglianze ed il mezzo principale deve essere dichiarato improcedibile.

In simile caso, infatti, nessun concreto interesse residua in capo all'impugnante escluso ad ottenere l'esclusione (soltanto) dell'aggiudicatario ricorrente incidentale.

Non quello di ottenere l'aggiudicazione "diretta" perché si è ritenuto che l'originario ricorrente principale dovesse essere escluso dalla gara e, quindi, egli giammai avrebbe potuto aggiudicarsela; non quella riposante nello strumentale interesse alla reiterazione della procedura evidenziale perché - se anche in accoglimento del mezzo principale l'aggiudicatario ricorrente incidentale venisse escluso - avendo partecipato alla gara altre ditte, l'Amministrazione dovrebbe aggiudicare la medesima alle altre graduate.

Nel caso di specie, la originaria ricorrente principale ed odierna appellante principale non ha proposto alcun motivo di censura, né in primo grado, né in appello, volto a sostenere che anche le altre

partecipanti alla gara dovessero essere escluse: ove anche - per ipotesi - ottenesse l'esclusione dell'aggiudicataria, financo il proprio interesse strumentale rimarrebbe frustrato dallo scorrimento della graduatoria.

La situazione venutasi a creare, a ben guardare, è identica (non in fase genetica, ma a seguito della disposta esclusione dalla gara, per via giudiziale, dell'appellante principale) a quella scolpita nella decisione dell'Adunanza Plenaria n. 8/2014, secondo cui "e' inammissibile per difetto di interesse il ricorso dell'impresa terza classificata nella graduatoria finale di una gara d'appalto, qualora essa abbia lamentato l'anomalia soltanto dell'offerta dell'aggiudicataria e non anche dell'offerta dell'impresa collocatasi al secondo posto in graduatoria .

E l'approdo cui è giunta l'Adunanza Plenaria, non è certo "nuovo", ma recepisce a propria volta autorevoli indicazioni della giurisprudenza di merito dirette a normare la fattispecie in cui due ditte meglio graduate tali resterebbero anche a seguito dell'accoglimento del mezzo (*ex aliis*: Cons. Stato Sez. V, 15-10-2012, n. 5276 " la verifica della c.d. prova di resistenza, con riferimento alla posizione della parte ricorrente rispetto alla procedura selettiva -quale una gara pubblica di appalto - le cui operazioni sono prospettate come illegittime, comporta che è inammissibile, per carenza di interesse, il ricorso contro un provvedimento qualora, dall'esperimento di tale prova, in esito a una verifica a priori, risulti con certezza che il ricorrente non avrebbe comunque ottenuto il bene della vita perseguito nel caso di accoglimento del ricorso. Occorre avere riguardo, cioè, alla possibilità concreta di vedere soddisfatta la pretesa sostanziale fatta valere" –si veda anche T.A.R. Lombardia Milano Sez. III, 28-03-2013, n. 815).

Nel caso di specie – lo si ripete - l'appellante alcuna censura muove alle offerte delle altre ditte partecipanti: essa non avrebbe alcuna possibilità di tutelare financo l'interesse strumentale alla ripetizione della gara.

Peraltro, la giurisprudenza ha chiarito che, di norma, la stazione appaltante non ha un obbligo di tal fatta neanche in presenza dell'annullamento di tutti gli atti della procedura, sicché l'interesse alla ripetizione della gara si rivela come una mera speranza al riesercizio, futuro ed eventuale, del potere amministrativo, inidonea a configurare l'interesse ad agire.

Pertanto, correttamente il Tar (scrutinata la fondatezza del ricorso incidentale e sancita la doverosa esclusione della originaria ricorrente principale) ha dichiarato improcedibile il mezzo di primo grado.

5. Conclusivamente, l'appello è integralmente infondato e va respinto, il che implica l'improcedibilità dell'appello incidentale, con conseguente integrale conferma della gravata decisione.

6. Le spese del grado, tuttavia, possono essere integralmente compensate dalle parti, in relazione alla complessità fattuale e giuridica della controversia.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese processuali compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 giugno
2014 con l'intervento dei magistrati:

Riccardo Virgilio, Presidente

Fabio Taormina, Consigliere, Estensore

Raffaele Potenza, Consigliere

Andrea Migliozi, Consigliere

Umberto Realfonzo, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/10/2014

IL SEGRETARIO

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