

Accesso libero	Abbonamenti Standard	Abbonamenti Premium	Contatti	Abbonamenti
----------------	----------------------	---------------------	----------	-------------



CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III - sentenza 17 giugno 2014 n. 3058 - Pres. Romeo, Est. Noccelli - La Pultra di Tirelli Augusto s.a.s. (Avv. Martinelli) c. Regione Lazio (Avv. Ricci), Policlinico Umberto I (Avv. Baglio), Teamservice Società Consortile a r.l. (Avv. Presutti), Manutencoop Facility Management s.p.a. (Avv.ti Baccolini e Rizzo), Cascina Global Service s.r.l. (Avv. Brugnoletti) e Co.Lo.Coop. Consorzio Lombardo Cooperative (Avv.ti Gentile, Lentini e Galli) - (conferma T.A.R. Lazio - Roma, Sezione III Qua, n. 10231 del 2013).

1. Giustizia amministrativa - Poteri del giudice - *Ordo quaestionum* - Nel caso di concorrenza del ricorso principale e ricorso incidentale - Esame prioritario del ricorso incidentale c.d. "escludente" - Necessità - Sussiste - Eccezioni a tale regola - Individuazione.

2. Contratti della P.A. - Gara - Avvalimento per il fatturato o l'esperienza pregressa - Ammissibilità - Condizioni - Individuazione.

3. Contratti della P.A. - Gara - Avvalimento di garanzia - Per il requisito del fatturato - Messa a disposizione del solo requisito soggettivo quale mero valore astratto - Insufficienza - Indicazione di tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità - Necessità - Fattispecie.

1. 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; a tale principio si fa eccezione nei casi in cui: *a)* il ricorso principale sia 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 abbia natura escludente, perché censura valutazioni ed operazioni di gara svolte dall'amministrazione nel presupposto della regolare partecipazione alla procedura del ricorrente principale; *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) (1).

2. Nelle gare di appalto, 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](#) (2). L'avvalimento deve essere tuttavia, anche in questa ipotesi, sufficientemente determinato da assicurare la serietà e l'affidabilità dell'offerta tecnica.

3. Pur dovendosi ammettere nelle gare di appalto il c.d. avvalimento di garanzia per il requisito del fatturato, tuttavia 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); debbono conseguentemente ritenersi nulli i contratti di avvalimento che difettano dei necessari elementi per comprendere esattamente contenuto, limiti e condizioni dello stesso avvalimento (3).

(1) Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., sentenza 25 febbraio 2014, n. 9, in *LexItalia.it*, pag. http://www.lexitalia.it/p/14/cdsap_2014-02-25-1.htm

(2) Cfr. Cons. Stato, sez. V, 14 febbraio 2013, n. 911, in *LexItalia.it*, pag. http://www.lexitalia.it/p/13/cds_2013-02-14.htm

(3) Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 13 giugno 2013, n. 7755 e Cons. Stato, sez. III, 18 aprile 2011, n. 2344, in *LexItalia.it*, pag. http://www.lexitalia.it/p/11/cds3_2011-04-18-2.htm

Ha evidenziato la sentenza in rassegna che, con riferimento al contratto di avvalimento, 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. Stato, sez. VI, 8 maggio 2014, n. 2365, in *LexItalia.it*, pag. http://www.lexitalia.it/p/14/cds_2014-05-08-1.htm).

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, sez. V, 6 agosto 2012, n. 4510, in *LexItalia.it*, pag. http://www.lexitalia.it/p/12/cds_2012-08-06-1.htm, Cons. Stato, sez. III, 3 settembre 2013, n. 4386).

Nella specie, invece, i due contratti di avvalimento difettavano dei necessari elementi per comprendere esattamente contenuto, limiti e condizioni dello stesso avvalimento, con conseguente loro nullità.

Tale conclusione, del resto, è conforme anche all'ormai consolidata e più recente giurisprudenza della Sezione III, 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.

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. Stato, sez. III, 18 aprile 2011, n. 2344, in *LexItalia.it*, pag. http://www.lexitalia.it/p/11/cds3_2011-04-18-2.htm; cfr. anche, nello stesso senso, Cons. Stato, sez. V, 6 agosto 2012, n. 4510, in *LexItalia.it*, pag.

http://www.lexitalia.it/p/12/cds_2012-08-06-1.htm).

N. 03058/2014REG.PROV.COLL.

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 Società 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 *1bis*, 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 frustrare 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

DEPOSITATA IN SEGRETERIA il 17/06/2014.



*** Inizio pagina**