



**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 9648 del 2021, proposto (Omissis), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato F. M., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

contro

la (Omissis), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati G. A. e A. P., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

nei confronti

(Omissis), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato P. P., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Quinta) n. 6557/2021, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio (Omissis) e (Omissis);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 24 febbraio 2022, il Cons. Giulio Veltri e uditi per le parti gli avvocati come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1. Oggetto di causa è la procedura di gara bandita dalla (Omissis), relativa all'affidamento del servizio triennale di trasporto infermi in emergenza.

La procedura di gara, da aggiudicarsi secondo il criterio della offerta economicamente più vantaggiosa, è stata suddivisa in n. 6 lotti del valore complessivo di € 16.209.000,00 oltre IVA.

2. (Omissis). ha concorso per l'aggiudicazione del lotto n. 1, il cui importo posto a base d'asta era pari ad € 2.970.000,00 oltre IVA, ma ne è stata esclusa (una prima volta per inidoneità delle dichiarazioni relative al personale, nonché, a seguito di sentenza di annullamento del TAR, una seconda volta) per non idoneità del contratto di avvalimento a garantire la regolarità e continuità del servizio di emergenza oggetto di affidamento, in conformità alle esigenze e agli interessi dell'amministrazione espressi nella legge di gara, essendovi apposta una clausola sui casi di "forza maggiore" che, secondo la S.A., ne renderebbe affatto incerta l'esecuzione, proprio a fronte di situazioni emergenziali a cui il servizio deve far fronte e in cui occorre che siano disponibili i mezzi necessari per il suo corretto e puntuale espletamento.

3. L'associazione ha impugnato l'esclusione dinanzi al TAR Campania, ritenendo che detta clausola sarebbe espressione di un principio generale applicabile ai rapporti tra le parti e con la S.A. anche a prescindere dalla sua espressa previsione nel contratto. Ha poi dedotto la violazione dell'art. 21-

nonies della legge 7 agosto 1990, n. 241, avendo l'Amministrazione provveduto all'esclusione dopo 18 mesi dall'ammissione.

4. Il TAR ha respinto il ricorso.

4.1. Ha ritenuto, il primo giudice, che nella predetta clausola contrattuale *“la nozione comune di “forza maggiore” viene estesa a casi anche diversi da quelli - connotati anzitutto dalla oggettiva “straordinarietà”- cui normalmente è ricondotta, subordinandosi a valutazioni di convenienza sostanzialmente libera, che non appaiono garantire la messa a disposizione, in modo pieno ed incondizionato, del requisito di partecipazione mancante all'avvalente e che il contratto di avvalimento deve assicurare per la corretta e puntuale esecuzione del servizio, in ragione della diligenza qualificata che è richiesta agli operatori economici nell'esecuzione dei contratti di appalto (ex art. 1176, comma 2, c.c.), in quanto tenuti ad impiegare le energie e i mezzi obiettivamente necessari o utili in relazione alla natura dell'attività esercitata, ovvero garantendo una diligenza superiore a quella ordinaria richiamata dal contratto di avvalimento (e, per quanto precisato, riferibile all'art. 1176, comma 1, c.c.)”*.

4.2. In ordine al secondo motivo (violazione dei termini ex art. 21 nonies L. n. 241/1990) il TAR ha chiarito che la disposizione non si applica alle esclusioni, in quanto costituenti fisiologica evenienza della procedura concorsuale, del tutto eterogenea rispetto all'annullamento in autotutela.

5. (Omissis) ha proposto appello.

5.1. L'appellante insiste nel sostenere, in chiave critica rispetto alle statuizioni gravate, che l'articolo 5 del contratto di avvalimento ha carattere meramente riproduttivo dei principi generali in tema di adempimento delle obbligazioni contrattuali contenuti nel codice civile, comunque applicabili in forza del principio di eterointegrazione dei contratti di diritto ad opera della norma primaria. Dal tenore letterale della clausola citata emergerebbe che il riferimento all'imprevedibilità dell'evento è comunque riferita ad un evento costituente oggettivamente forza maggiore.

5.2. Quanto alla seconda questione – applicabilità dei termini di cui all'art. 21 nonies anche alle esclusioni – l'appellante sottolinea che la gara è stata bandita prima della approvazione del decreto *“Sblocca Cantieri”*, vale a dire in un momento storico in cui la legge prevedeva che la procedura di gara fosse scissa in due fasi distinte e autonome: quella delle ammissioni e quella della aggiudicazione, provvedimenti entrambi impugnabili. Nel caso di specie – osserva l'appellante - il provvedimento di ammissione dei concorrenti è stato adottato in data 2 novembre 2018, con determina del Direttore dell'U.O.C. Acquisizione di Beni e Servizi dell'ASL n. 6677, ed è stato rimosso, in via di autotutela, il successivo 18 febbraio 2021 per presunti vizi di legittimità, a distanza di due anni e tre mesi dalla sua adozione.

6. Nel giudizio si sono costituiti sia l'Amministrazione che la controinteressata, (Omissis). Entrambe hanno stigmatizzato la genericità del gravame e comunque concluso per la reiezione dello stesso. La controinteressata inoltre reitera le eccezioni formulate in primo grado (invalidità della procura, omessa individuazione degli atti impugnati, carenza di interesse) superate dal giudice in ragione della ritenuta infondatezza del gravame nel *“merito”*. Contesta altresì la liquidazione delle spese di lite fatta dal primo giudice, ritenendola non congrua.

7. La causa è stata chiamata all'udienza del 24 febbraio 2022, e all'esito trattenuta in decisione.

8. Ritiene il Collegio che l'eccezione di inammissibilità dell'appello a cagione della pretesa sua genericità debba essere respinta. L'appello, invero, contiene una serie di rilievi critici rispetto alla sentenza gravata, sufficienti a superare la soglia della genericità, non importa se coincidenti con le tesi sostenute in prime cure. Del resto l'insistere sulla tesi giuridica disattesa in prime cure, non può essere considerata, di per sé sola, sintomatica della mancata confutazione delle statuizioni del primo giudice, ove la tesi sia comunque esposta in chiave critica rispetto ai passaggi argomentativi della sentenza impugnata.

9. Il gravame è tuttavia infondato nel merito. Ciò consente di soprassedere dalle eccezioni di inammissibilità riproposte in sede appello (Omissis), come del resto già avvenuto in prime cure.

10. Con riferimento al primo motivo di appello, relativo alla valenza dell'articolo 5 del contratto di avvalimento, giova riportarne il testo: *“In qualunque caso di forza maggiore che le parti non siano*

*in grado di prevedere utilizzando l'ordinaria diligenza, sarà in facoltà delle stesse chiedere la sospensione e la ripresa dell'esecuzione del presente contratto, entro un termine da fissarsi di comune accordo. Costituiscono casi di forza maggiore guerre, rivoluzioni, incendi, calamità naturali ed ogni altro elemento non prevedibile con l'uso della normale diligenza".*

10.1. A fronte delle statuizioni del TAR che ritengono la nozione comune di "forza maggiore" in tal modo estesa "a casi anche diversi da quelli - connotati anzitutto dalla oggettiva "straordinarietà" - cui normalmente è ricondotta, subordinandosi a valutazioni di convenienza sostanzialmente libera", la tesi dell'appellante riposa sulla sostanziale natura tautologica della clausola rispetto alla disposizioni codicistiche comunque applicabili, e sulla correlazione che nella clausola si rinverrebbe tra il profilo soggettivo dell'imprevedibilità e l'evento che comunque rimarrebbe oggettivamente caratterizzato da forza maggiore.

10.2. Le tesi non è condivisa dal Collegio. L'avvalimento "operativo" è istituto che consente di avvalersi della capacità operativa di terzi non partecipanti alla gara. Esso notoriamente pone due questioni delicate: la prima è quella dell'effettività dei requisiti prestati, sicché sono stati ritenuti inidonei contratti generici (per tutte Consiglio di Stato, Sez. IV, 11 novembre 2020 n. 6932); la seconda è quella della certezza dei requisiti stessi. Entrambi i profili sono rilevanti sia sul versante della *par conditio* fra le imprese, consentendosi a una impresa di competere con le altre sfruttando capacità operative che non sono proprie, sia e soprattutto sul versante della stazione appaltante, essendo inaccettabile che l'avvalimento possa condurre ad un incremento del rischio di inadempimento del debitore della prestazione.

10.3. Nel caso di specie la clausola apposta al contratto di avvalimento compromette il criterio della certezza dell'ausilio. Essa, lungi dal riprodurre norme codicistiche, attribuisce specifico rilievo, sul versante soggettivo della prevedibilità dell'evento, alla diligenza "ordinaria" del debitore, e pur contenendo una descrizione esemplificativa degli eventi straordinari costituenti forza maggiore, ne aggiunge altri che sono qualificati tali, sol perché non prevedibili con l'uso della "normale" diligenza.

10.4. E' evidente tuttavia che ove ci si proponga di effettuare un servizio di trasporto infermi in emergenza, sia ragionevolmente esigibile un livello di diligenza qualificata che vada ben al di là di quella "ordinaria" o "normale" – dovendo essa contemplare la capacità professionale di prevedere gli eventi, prevenirli e predisporre piani di emergenza a livello aziendale che consentano di far fronte a tali eventi o di limitarne per quanto possibile le conseguenze e gli effetti paralizzanti sul servizio da svolgere.

10.5. Tale diligenza è richiesta anche in capo a chi si propone di prestare l'ausilio necessario a rendere pienamente operativo l'impegno dell'appaltante, posto che, se è pur vero che in tal caso si tratta solo del "prestito" di singole risorse e mezzi all'appaltante, che non coincidono con l'erogazione del servizio di trasporto infermi cui quest'ultimo si obbliga, nondimeno l'art. 89 del codice dei contratti pubblici prevede che: a) l'ausiliario si obbliga anche "verso la stazione appaltante" a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente; b) l'impresa ausiliaria è "responsabile in solido" nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto.

10.6. Indicazioni normative dalle quali traspare chiaramente che nonostante l'ausiliario non sia un concorrente, le sue obbligazioni mutuano il criterio di diligenza che caratterizza le obbligazioni del concorrente in relazione alla natura del contratto e delle prestazioni in esse dedotte.

11. Nel caso di specie, come innanzi anticipato, il limite della diligenza ordinaria che caratterizza la clausola in ordine alla prevedibilità dell'evento costituisce grave limitazione di responsabilità avuto riguardo alle prestazioni dedotte nel contratto, incide sul requisito di certezza che deve caratterizzare l'avvalimento e per questa via sull'integrità e attendibilità dell'impegno che l'appellante assume relativamente al tanto delicato servizio oggetto d'appalto.

12. Quanto al secondo motivo di appello – applicabilità dei termini di cui all'art. 21 *nonies* anche alle esclusioni – deve chiarirsi che la previgente disciplina di cui all'articolo 120, comma 2-*bis*, c.p.a. in tema di onere di immediata impugnazione dei "provvedimenti" di ammissione o esclusione dalle

procedure di affidamento, ha rivestito valenza meramente processuale senza attribuire autonomia procedimentale alla fase della procedura culminante nelle ammissioni ed esclusioni dei concorrenti in gara. Basti in proposito considerare che il legislatore non è intervenuto sulle norme del codice degli appalti (ad es. l'articolo 32 del d.lgs. 16 aprile 2016, n. 50, che individua le “*fasi*” delle procedure di affidamento) le quali configuravano – e continuano a configurare – la procedura selettiva in modo unitario, come unico procedimento amministrativo che si avvia con la determina a contrarre e si conclude con l'aggiudicazione definitiva.

12.1. Quanto sopra non è contraddetto dal fatto che il citato comma 2-*bis* dell'articolo 120 c.p.a. impiegasse il termine “*provvedimenti*”, con ciò volendo il legislatore semplicemente rimarcare la natura immediatamente lesiva dell'esclusione, in quanto atto di arresto procedimentale per il concorrente interessato (assunto pacifico in giurisprudenza anche anteriormente all'introduzione della disposizione *de qua*, e che è rimasto tale anche dopo la sua abrogazione). Conseguentemente è del tutto inconferente il richiamo di parte appellante all'articolo 21-*nonies* della legge 7 agosto 1990, n. 241.

13. In conclusione l'appello è da respingere.

14. La novità e peculiarità della questione giustifica la compensazione delle spese del grado.

15. Da ultimo, quanto all'istanza di riforma del capo sulle spese di primo grado formulata (Omissis), se ne rileva l'inammissibilità, non avendo la medesima gravato *in parte qua* la sentenza di primo grado con appello incidentale e non potendo tale riforma essere chiesta, come avvenuto nella specie, con semplice memoria non notificata alle altre parti del giudizio.

#### **P.Q.M.**

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

Spese del grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 febbraio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Greco, Presidente

Giulio Veltri, Consigliere, Estensore

Massimiliano Nocelli, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere

Antonio Massimo Marra, Consigliere

L'ESTENSORE

Giulio Veltri

IL PRESIDENTE

Raffaele Greco

IL SEGRETARIO