

ato il 30/09/2019

N. 04641/2019 REG.PROV.COLL.

N. 04479/2018 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Settima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4479 del 2018, integrato da motivi aggiunti, proposto da Cieffeppi S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Ciro Sito e Alfonso Capotorto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico in Napoli al Centro Direzionale Is. E/2;

contro

Comune di Torre Annunziata, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Alfonso Greco, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; Centrale Unica di Committenza Torre Annunziata - Boscotrecase - Gragnano, non costituita in giudizio;

nei confronti

Ditta Individuale Esposito Italo, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Alberto Vitale, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

della nota prot. 1018/SUAP del 4 ottobre 2018, recante comunicazione di aggiudicazione in favore della ditta Esposito Italo della gara per l'affidamento in locazione di un'area del Palazzo di Giustizia da adibire a bar;

della determina del Comune di Torre Annunziata prot. n. 1232 del 30 agosto 2018, recante presa d'atto dell'efficacia dell'aggiudicazione della predetta gara in favore della ditta Esposito Italo;

della determina del Comune di Torre Annunziata n. 571 del 19 aprile 2018, recante aggiudicazione provvisoria in favore della ditta Esposito Italo;

degli avvisi dell'esito delle sedute di gara del 13 dicembre 2016, del 4 maggio 2017 e del 18 gennaio 2017;

del verbale di gara del 18 gennaio 2017, successivamente pubblicato, recante scioglimento della riserva sull'ammissione della ditta Esposito Italo con esito positivo e ammissione di tutti i concorrenti alla fase successiva all'esito della verifica dell'offerta tecnica organizzativa di cui alla busta B;

del verbale di gara del 27 dicembre 2016, successivamente pubblicato, recante ammissione alla fase successiva di tutti i partecipanti alla gara con esclusione della ditta Esposito Italo, su cui si riservava l'approfondimento della regolarità della costituzione della cauzione;

del verbale di gara del 13 dicembre 2016, recante individuazione degli offerenti ed esame preliminare delle buste delle offerte;

di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente con riserva di proporre motivi aggiunti all'atto della loro comunicazione o esibizione in giudizio; nonché

per la declaratoria di nullità dell'art. 14.22 del disciplinare;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Torre Annunziata e della ditta Individuale Esposito Italo;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 luglio 2019 la dott.ssa Valeria Ianniello e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue;

FATTO e DIRITTO

Il presente giudizio ha ad oggetto l'aggiudicazione, in favore della ditta Esposito Italo, della *«procedura aperta per la concessione in locazione degli spazi siti nel Palazzo di Giustizia del Tribunale di Torre Annunziata da adibire a bar»*, tramite Centrale Unica di Committenza, indetta con determinazione dirigenziale n. 1500 del 30 settembre 2016 ai sensi dell'art. 60 del d.lgs. n. 50/2016, con aggiudicazione all'offerta economica più vantaggiosa di cui al successivo art. 95, co. 3.

La fattispecie deve essere sussunta nella previsione di cui all'art. 3, co. 1, lett. vv), del d.lgs. n. 50/2016, che definisce «concessione di servizi» il «contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano a uno o più operatori economici la fornitura e la gestione di servizi diversi dall'esecuzione di lavori di cui alla lettera ll) riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione dei servizi».

Nella sostanza, infatti, l'oggetto della procedura a evidenza pubblica deve essere rinvenuto nell'affidamento in concessione del servizio di gestione del bar presso il Palazzo di Giustizia, il "canone di locazione annuo" costituendo un elemento dell'offerta da parte delle società interessate (cfr. Cons. di Stato, III, sent. n. 2317/2018).

Al riguardo, l'art. 164 del d.lgs. n. 50/2016 (nel testo applicabile *ratione temporis*) stabilisce che «2. Alle procedure di aggiudicazione di contratti di concessione di lavori pubblici o di servizi si applicano, per quanto compatibili, le disposizioni contenute nella parte I e nella parte II, del presente codice, relativamente ai principi generali, alle esclusioni, alle modalità e alle procedure di affidamento, alle modalità di pubblicazione e redazione dei bandi e degli avvisi, ai requisiti generali e speciali e ai motivi di esclusione, ai criteri di aggiudicazione, alle modalità di comunicazione ai candidati e agli offerenti, ai requisiti di qualificazione degli operatori economici, ai termini di ricezione delle domande di partecipazione alla concessione e delle offerte, alle modalità di esecuzione».

Coerentemente con tale ricostruzione, nel disciplinare è previsto che: «L'appalto è aggiudicato in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 95, comma 2, del D.Lgs n. 50/2016, tenuto conto della qualità del progetto di gestione del servizio proposto, dell'esperienza professionale del concorrente, nonché del progetto di allestimento dello spazio da adibire a bar presentato (offerta tecnica), oltre che del rialzo percentuale offerto sul canone d'uso dello spazio messo a base di gara (offerta economica) ...

Per quanto concerne la valutazione degli elementi qualitativi, la commissione procederà all'assegnazione dei coefficienti variabili tra zero e uno relativi ai criteri e sub-criteri di cui al paragrafo 15.1» (art. 18), vale a dire: sistema organizzativo e proposta di gestione del servizio di bar (e.g. eventuali servizi aggiuntivi); sostegno allo sviluppo dell'economia della località tramite l'impiego di manodopera locale nella gestione dell'attività; esperienze e curriculum del concorrente; proposta tecnica di allestimento dello spazio da adibire a bar (usi previsti per ciascuno spazio, arredi etc.).

Con ordinanza n. 448 del 15 marzo 2019, la Sezione ha accolto l'istanza di sospensione cautelare.

All'udienza pubblica del 9 luglio 2019, la causa è stata trattenuta in decisione.

Deve in primo luogo essere respinta l'eccezione di irricevibilità del ricorso (e l'istanza istruttoria connessa, in quanto superflua), sollevata dalla controinteressata ditta Esposito, per asserita violazione del termine d'impugnazione di cui all'art. 120, co. 2-bis, cod. proc. amm., atteso che:

- la stessa controinteressata riferisce che il Comune non ha dato seguito agli adempimenti previsti dall'art. 29, co. 1, del d.lgs. n. 50/2016, ai fini del decorso del termine d'impugnazione (a pag. 4 della memoria del 3 dicembre 2018 si legge che «a partire dal 5 maggio 2017 la società ricorrente aveva la piena consapevolezza, pur in difetto della pubblicazione prescritta dall'art. 29, co. 1, C.P.A., dell'esito definitivo sulle ammissioni degli altri concorrenti, stante la idoneità del mezzo

utilizzato [PEC] ... per notificare il verbale del 4.5.2017 contenente peraltro anche la graduatoria finale delle offerte»); al riguardo, la Corte di Giustizia dell'U.E. ha finalmente chiarito che «la direttiva 89/665/CEE del Consiglio ... non osta ad una normativa nazionale ... che prevede che i ricorsi avverso i provvedimenti delle amministrazioni aggiudicatrici recanti ammissione o esclusione dalla partecipazione alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici debbano essere proposti, a pena di decadenza, entro un termine di 30 giorni a decorrere dalla loro comunicazione agli interessati, a condizione che i provvedimenti in tal modo comunicati siano accompagnati da una relazione dei motivi pertinenti tale da garantire che detti interessati siano venuti o potessero venire a conoscenza della violazione del diritto dell'Unione dagli stessi lamentata» (C.G.U.E., sez. IV, ord. 14 febbraio 2019, C-54-18);

- in ogni caso, l'interesse della Cieffeppi al presente ricorso nasce – non dalla formazione della graduatoria di cui al verbale della seduta di gara del 4 maggio 2017 (che la vedeva quarta dopo “ATI La Torre-Bar Santa Lucia”, “800 Napoletano” e “ditta Esposito Italo”), bensì – solo a seguito della trasmissione con nota prot. n. 1018/SUAP del 4 ottobre 2018 della comunicazione di aggiudicazione in favore della ditta Esposito (all'esito del secondo scorrimento della graduatoria dovuto alla mancata presentazione, da parte delle prime due classificate, della documentazione necessaria ai fini della stipulazione del contratto); non si può cioè ritenere che l'onere d'immediata impugnazione connesso con la comunicazione dell'ammissione delle altre concorrenti (che per svolgere la propria funzione deflativa del contenzioso dovrebbe essere precoce) operi anche quando tale comunicazione sia contestuale alla trasmissione di una graduatoria finale che vede l'interessata collocata solo in quarta posizione.

Tutto ciò premesso, occorre rilevare che – per quanto d'interesse in questa sede – la *lex specialis* della gara così disponeva:

1. «Modalità presentazione offerte: a pena di esclusione, secondo quanto previsto nel disciplinare di gara» (punto 11 del bando di gara);

2. «12.1 I concorrenti, a pena di esclusione, devono essere in possesso dei seguenti requisiti o adempiere a quanto previsto nei commi seguenti: ... 2 fatturato globale d'impresa riferito agli ultimi tre esercizi pari ad almeno € 300.000,00, (euro trecentomila/00), I.V.A. esclusa, da intendersi quale cifra complessiva nel periodo. Per le imprese che abbiano iniziato l'attività da meno di tre anni, i requisiti di fatturato devono essere rapportati al periodo di attività secondo la seguente formula: (fatturato richiesto/3) x anni di attività; 3 almeno una idonea referenza bancaria rilasciata da istituti bancari o intermediari autorizzati ai sensi del d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 attestanti la correttezza e la puntualità nell'adempimento degli impegni assunti con l'istituto o intermediario, l'assenza di situazioni passive con lo stesso o con altri soggetti e la disponibilità di mezzi finanziari congrui per l'esecuzione dell'appalto; ...

12.3 Disporre, al momento della presentazione dell'offerta, della seguente dotazione minima di personale per la gestione dei servizi:

n. 1 soggetto specializzato a cui affidare la direzione tecnica della gestione, inserito nell'organico dell'impresa, in possesso di diploma di scuola media superiore e di esperienza gestionale di almeno un biennio in almeno uno degli ambiti oggetto del servizio, con impegno a garantire lo standard minimo della sua presenza nei luoghi di svolgimento dei servizi oggetto di gara per almeno dieci ore settimanali, distribuite su almeno tre giornate delle sei settimanali;

n. 2 operatori da assegnare alle diverse attività di cui si compone il servizio, per un minimo di sei ore al giorno, per sei giorni la settimana e, comunque, in numero tale da garantire gli standard minimi indicati nel CS; ...» (art. 12 del disciplinare);

3. *«In caso di prestazione della cauzione provvisoria in contanti dovrà essere presentata anche una dichiarazione di un istituto bancario o assicurativo o altro soggetto di cui ai commi 3 e 8 dell'art. 93 del Codice, contenente l'impegno verso il concorrente a rilasciare, qualora l'offerente risultasse aggiudicatario, garanzia fideiussoria relativa alla cauzione definitiva in favore della stazione appaltante, valida fino alla data di emissione del certificato di verifica di conformità»* (art. 10.3 del disciplinare);

4. Nella busta "A - Documentazione amministrativa" devono essere contenuti i seguenti documenti: ... *«documento attestante la cauzione provvisoria di cui il paragrafo 10, con allegata la dichiarazione, di cui all'art. 93, comma 8, del Codice, concernente l'impegno a rilasciare la cauzione definitiva»* (art. 14.7 del disciplinare).

Con il primo motivo di ricorso, la Cieffeppi si duole del fatto che, nella seduta del 13 dicembre 2016, in sede di esame della documentazione amministrativa della ditta Esposito Italo la Commissione di gara – rilevata la mancata dichiarazione di cui all'art. 93, co. 8, del d.lgs. n. 50/2016 – ha concesso alla concorrente il soccorso istruttorio senza penalità, ai sensi dell'art. 83 del d.lgs. n. 50/2016 (cfr. avviso esito prima seduta di gara del 13 dicembre 2016: *«Ditta Esposito Italo: ...b) soccorso istruttorio, senza penalità, per attestazione di cui al punto 14.7 del disciplinare e dichiarazione "Protocollo di legalità"»*).

Il motivo è fondato.

Il soccorso istruttorio è previsto, in via generale, dall'art. 83, co. 9, del d.lgs. n. 50/2016 (nel testo applicabile *ratione temporis*): *«le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio ... la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere ... Nei casi di irregolarità formali, ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non essenziali, la stazione appaltante ne richiede comunque la regolarizzazione con la procedura di cui al periodo precedente, ma non applica alcuna sanzione. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa»*.

Nella disciplina di gara, il soccorso istruttorio era previsto dall'art. 14.22 del disciplinare: *«La mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità delle attestazioni, dichiarazioni ed elementi di cui al paragrafo 14 [ivi incluso, dunque, il documento attestante la cauzione provvisoria di cui al paragrafo 10 con allegata la dichiarazione di cui all'art. 93, co. 8, del Codice, concernente l'impegno a rilasciare la cauzione definitiva, come richiesto dal punto 14.7] potranno essere sanate ai sensi dell'art. 83, comma 9, del Codice, purché i requisiti dichiarati siano sussistenti al momento della presentazione della domanda e dietro pagamento in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria prevista al paragrafo 6.5 del presente disciplinare.*

In caso di mancata sanatoria la Stazione Appaltante procederà all'esclusione del concorrente dalla procedura di gara».

Al riguardo, il Collegio ritiene che il rimedio non si sarebbe potuto applicare in caso di mancata dichiarazione di cui all'art. 93, co. 8, del d.lgs. n. 50/2016 («L'offerta è altresì corredata, a pena di esclusione, dall'impegno di un fideiussore, anche diverso da quello che ha rilasciato la garanzia provvisoria, a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, di cui agli articoli 103 e 104, qualora l'offerente risultasse affidatario»), trattandosi – non di un requisito in tesi posseduto e tuttavia non tempestivamente dimostrato, bensì – di una manifestazione di volontà che, una volta decorso il termine di presentazione dell'istanza di partecipazione, si rivela definitivamente tardiva e la cui mancanza è espressamente sanzionata, dalla legge come dalla *lex specialis*, con l'esclusione.

Sul punto, il Consiglio di Stato ha affermato che «*indipendentemente da come sia stata costituita la garanzia provvisoria, occorre sempre l'intervento di un fideiussore che si impegni al rilascio della cauzione definitiva.*

La tesi dell'appellante secondo cui l'impegno del fideiussore a costituire la garanzia definitiva occorrerebbe solo nel caso in cui la garanzia provvisoria sia stata rilasciata mediante fideiussione non trova, quindi, riscontro nelle norme di gara e di legge.

Né la mancata allegazione all'offerta dell'impegno a costituire la garanzia definitiva può ritenersi sanata dal rilascio di quest'ultima intervenuto a valle dell'aggiudicazione, trattandosi di adempimento pacificamente occorrente ai fini della partecipazione alla gara.

Alle esposte considerazioni giova soggiungere che, diversamente da quanto la stazione appaltante mostra di ritenere, il versamento in contanti della garanzia provvisoria, non è idoneo a soddisfare le esigenze di tutela a cui è preordinata la costituzione della garanzia definitiva (ovvero, ex art. 93, comma 8, del D.Lgs n. 50/2016, la corretta esecuzione del contratto).

Ed invero, ai sensi, dell'art. 93, comma 6, del citato D.Lgs. la garanzia provvisoria “è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto” ... Pertanto, una volta stipulato il contratto, la stazione appaltante non avrebbe più titolo per trattenere la somma versata a titolo di garanzia provvisoria.

Quest'ultima, inoltre, è pari al due per cento dell'importo a base d'asta, mentre la definitiva ammonta al dieci per cento del valore economico del contratto, per cui, comunque, non essendo le due entità corrispondenti, non ci sarebbe certezza che la somma versata a titolo di garanzia provvisoria sia sufficiente a coprire quanto dovuto per quella definitiva. ...

Al riguardo è sufficiente rilevare che il soccorso istruttorio non è utilizzabile per sanare l'inosservanza di adempimenti procedurali o l'omessa produzione di documenti richiesti ai fini della partecipazione alla gara.

L'art. 83, comma 9, del D.Lgs. n. 50/2016 limita, infatti, il ricorso all'istituto in questione alle ipotesi di carenze riguardanti “qualsiasi elemento formale della domanda”» (sez. V, sent. n. 721/2018).

Ritiene, altresì, il Collegio che l'art. 14.22 del disciplinare – nel prevedere il soccorso istruttorio, peraltro dietro pagamento della sanzione pecuniaria – non si ponga in contrasto con la richiamata disciplina legislativa, laddove coerentemente con la stessa esige che “*i requisiti dichiarati siano sussistenti al momento della presentazione della domanda*”.

Con il secondo motivo, la ricorrente censura l'avvenuta costituzione di garanzia mediante assegno bancario, in quanto mezzo inidoneo a garantire l'esistenza della provvista.

Con nota del 21 dicembre 2016, la controinteressata – a seguito dell'attivazione del soccorso istruttorio per la produzione dell'attestazione d'impegno a rilasciare cauzione definitiva ai sensi dell'art. 93, co. 8, del d.lgs. n. 50/2016 – ha rappresentato che il fatto di essersi dovuta avvalere del requisito della capacità finanziaria di un'impresa ausiliaria *«non le ha consentito di ottenere, in fase di presentazione della propria domanda di partecipazione, polizza fideiussoria provvisoria con impegno a versare la cauzione definitiva in caso di aggiudicazione, proprio perché in assenza di redditi pregressi, nessuna Compagnia assicurativa si è resa disponibile a rilasciarla»*, sicché ha proceduto a *«versare sin d'ora cauzione definitiva attraverso emissione di assegno bancario»*, autorizzando il Comune di Torre Annunziata a incassarlo in caso di aggiudicazione.

Al riguardo, la giurisprudenza è concorde nel ritenere che solo l'assegno circolare – e non anche quello bancario – costituisce un ordinario strumento di pagamento delle obbligazioni pecuniarie, in tutto e per tutto equivalente al versamento in contanti delle somme dovute, sicché *«in sede di gara per l'aggiudicazione di lavori pubblici, la presentazione delle cauzioni mediante assegno circolare deve ritenersi ritualmente effettuata rispetto alla previsione del bando che faccia riferimento al versamento per numerario o in titoli di Stato o garantiti dallo Stato»* (Cons. di Stato, V, sent. n. 3398/2013; in termini, Cons. di Stato, V, sent. n. 5554/2015), in quanto solo l'assegno circolare garantisce al prenditore la percezione del denaro contante, attesa la sicura solvibilità della banca emittente. Ciò non si applica all'assegno bancario, che non è un mezzo idoneo a garantire l'esistenza della relativa provvista presso la banca obbligata al pagamento (a nulla valendo la prospettiva, indicata dalla Commissione di gara ma non comprovata, che l'Ente avrebbe proceduto a incassare l'assegno bancario presentato dalla ditta concorrente).

A ciò si aggiunga che l'ammontare dell'assegno versato risulta parametrato all'importo posto a base di gara e non all'*«importo contrattuale»*, in violazione dell'art. 103, co. 1, del d.lgs. n. 50/2016.

Con il terzo motivo, la ricorrente rileva la mancata presentazione, da parte dell'aggiudicataria, della dichiarazione relativa alla dotazione minima di personale richiesta dal disciplinare di gara, come sopra riportato.

Il motivo è fondato, atteso che nell'offerta presentata (all. B1) la controinteressata si è limitata a rappresentare in modo generico che *«saranno complessivamente tre le unità previste di manodopera locale, oltre il Titolare ... due dei tre dipendenti saranno addetti alla preparazione ed alla somministrazione dei prodotti al banco. Il terzo dipendente sarà addetto alla cura dell'area ristoro ... inoltre sarà addetto alla consegna dei prodotti ...»*.

Con motivi aggiunti depositati il 14 gennaio 2019, infine, la ricorrente si duole delle seguenti ulteriori illegittimità dei provvedimenti impugnati:

- violazione del punto 2.6 del disciplinare di gara sul divieto di avvalimento; violazione dell'art. 89 del d.lgs. n. 50/2016; inidoneità del contratto di avvalimento per genericità e indeterminatezza e per la presenza di una condizione sospensiva;
- violazione degli artt. 12.1, co. 3, e 14.4 del disciplinare;
- violazione dell'art. 95, co. 10, del d.lgs. n. 50/2016.

L'art. 2.6 del disciplinare stabiliva effettivamente che *«per la partecipazione alla presente procedura, non trovano applicazione le norme di cui all'art. 89 del “Codice” in materia di avvalimento»*. La disposizione non è stata impugnata dalla controinteressata, la quale tuttavia ne fa oggetto di “eccezione” nella memoria del 22 giugno 2019, altresì rilevando che la nullità della clausola sarebbe rilevabile d'ufficio ai sensi dell'art. 31, co. 4, cod. proc. amm. (*«La domanda volta all'accertamento delle nullità previste dalla legge si propone entro il termine di decadenza di centottanta giorni. La nullità dell'atto può sempre essere opposta dalla parte resistente o essere rilevata d'ufficio dal giudice ...»*).

Al riguardo, il Consiglio di Stato ha affermato che *«per il tramite della norma processuale, il legislatore:*

- per un verso, ha assoggettato la declaratoria di nullità dell'atto amministrativo alla proposizione della relativa domanda al giudice da parte di chi vi abbia interesse, entro il termine di centottanta giorni, da intendersi come decorrente dalla piena conoscenza dell'atto medesimo;

- per altro verso, ha affermato – come per i contratti anche per l'atto amministrativo - sia la opponibilità “in perpetuum” della nullità ad opera della parte resistente, sia la rilevabilità di ufficio della medesima, da parte del giudice ...

Ne consegue che il giudice amministrativo può di ufficio procedere a dichiarare la nullità di atti amministrativi (ovviamente in un giudizio diverso da quello ex art. 31, co. 4 Cpa), solo se tale declaratoria risulta funzionale alla pronuncia sulla domanda introdotta in giudizio (e quindi, nel giudizio impugnatorio, alla declaratoria di illegittimità dell'atto impugnato e al suo conseguente annullamento, ovvero, al contrario, al rigetto della domanda di annullamento).

Allo stesso modo, anche la “opponibilità” della nullità ad opera della parte resistente deve essere fondata su un interesse concreto ed attuale, il medesimo che, più in generale, costituisce il presupposto dello jus excipiendi in iudicio; interesse che va tenuto distinto da quello che legittimerebbe la parte all'azione di accertamento della nullità, anche nel caso in cui tale parte sia rappresentata da una Pubblica Amministrazione (e fermo il potere di quest'ultima, ove ne sia titolare, di agire in autotutela sull'atto nullo: Cons. Stato, sez. IV, n. 5799/2011 cit.).

Ciò che, in tal modo, la parte persegue non è la declaratoria della nullità dell'atto amministrativo (per il quale occorre la domanda entro il termine decadenziale), ma la paralisi dell'argomento della parte avversaria comunque fondato sull'atto nullo ...

Ma se tale è l'interesse della parte opponente la nullità, non di meno ciò non esclude che il giudice, ove concordi con l'eccezione, possa procedere alla declaratoria di nullità dell'atto ritenuto nullo, potendo egli valutare – in ragione del caso concreto sottoposto al suo giudizio – se limitarsi ad accogliere l'eccezione di nullità, sufficiente a soddisfare la posizione dell'opponente, ovvero procedere alla declaratoria della nullità, in tal modo producendo l'effetto della scomparsa dell'atto amministrativo dal mondo giuridico (e non già la semplice “non consistenza” dello stesso nel singolo giudizio).

In sostanza, la asimmetria presente nella disciplina della nullità del provvedimento amministrativo – laddove alla “temporaneità” dell'azione dichiarativa di nullità soggetta a termine di decadenza corrisponde la “perpetuità” della rilevabilità di ufficio della medesima, e non già la perpetuità in ambedue le ipotesi – comporta anche una diversa articolazione dei poteri del giudice; e ciò nonostante l'inammissibilità dell'azione dichiarativa della nullità da parte del ricorrente che ha fatto spirare il termine decadenziale» (sez. IV, sent. n. 28/2018).

Nel merito, «l'art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016, innovando l'art. 49 del previgente codice, garantisce la più ampia partecipazione delle imprese alle gare pubbliche, in conformità all'orientamento della giurisprudenza amministrativa consolidatasi in seguito alla decisione dell'A.P. 4 novembre 2016, n. 23, secondo cui l'avvalimento è stato introdotto nell'ordinamento nazionale "in attuazione di puntuali prescrizioni dell'ordinamento UE", al fine di consentire "l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile", secondo quanto chiarito dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE (da ultimo: Corte di Giustizia, sentenza 7 aprile 2016 in causa C-324/14 – Partner Apelski Dariusz), anche con riferimento all'impossibilità di fissare a priori limiti specifici alla possibilità di avvalimento, anche frazionato, delle capacità di soggetti terzi (cfr. Corte Giust. UE, Sez. VI, 2 giugno 2016, C-27/15, punto 33) ...

La facoltà di ricorrere all'avvalimento, sancito agli articoli 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3 della citata direttiva, tenuto conto dell'importanza che esso riveste nell'ambito della normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici, pone una regola generale di cui le Amministrazioni aggiudicatrici devono tenere conto allorché esercitano le loro competenze di verifica dell'idoneità dell'offerente ad eseguire un determinato appalto (cfr. Corte Giust. UE, Sez. I, 7 aprile 2016, C-324/14, punto 35).

Pertanto, l'art. 89, comma 4, del Codice, che consente che la *lex specialis* disponga che taluni compiti essenziali siano svolti direttamente dall'offerente, non può venire in rilievo nel caso di specie, poiché non viene vietato l'avvalimento in relazione ad attività e a compiti specifici (ancorché essenziali), riferendosi in generale ad un requisito esperienziale [nel caso in esame, finanziario] ricadente in pieno nella regola generale dell'avvalimento» (sez. V, sent. n. 4440/2018).

Ciò premesso, in ordine al contratto di avvalimento prodotto dall'aggiudicataria, la ricorrente muove le censure di genericità e indeterminatezza.

Il motivo è infondato.

Per consolidato orientamento, ai fini della validità del contratto di avvalimento, è necessario che l'impegno assunto dall'ausiliaria non si limiti a dichiarazioni di carattere meramente "cartolare e astratto", bensì consista nella concreta messa a disposizione delle necessarie risorse (e, ove necessario, dell'apparato organizzativo; cfr. Ad. Plen. n. 23/2016; Cons. di Stato, V, sent. n. 275/2015 e sent. n. 5244/2014).

Con riguardo agli specifici contenuti dell'accordo oggetto di contestazione e agli impegni ivi contenuti, deve concludersi nel senso della complessiva conformità del contratto di avvalimento intercorso fra la ditta Esposito Italo e l'ausiliaria rispetto al pertinente paradigma normativo e giurisprudenziale: «è stato condivisibilmente stabilito al riguardo che in caso di avvalimento *cd. di garanzia*, avente cioè ad oggetto il requisito di capacità economica finanziaria, rappresentato dal fatturato sia globale che specifico, l'indagine circa l'efficacia del contratto allegato al fine di attestare il possesso dei relativi titoli partecipativi deve essere svolta in concreto, avuto riguardo, cioè, al tenore testuale dell'atto ed alla sua idoneità ad assolvere la precipua funzione di garanzia assegnata all'istituto di cui all'articolo 49 del previgente 'Codice dei contratti' – e in seguito dall'articolo 89 del nuovo 'Codice dei contratti pubblici' – (in tal senso: Cons. Stato, III, 3 maggio 2017, n. 2022).

E' stato altresì chiarito che nelle gare pubbliche, allorché un'impresa intenda avvalersi, mediante stipula di un *c.d. contratto di avvalimento dei requisiti finanziari di un'altra (c.d. avvalimento di garanzia)*, la prestazione oggetto specifico dell'obbligazione è costituita non già

dalla messa a disposizione da parte dell'impresa ausiliaria di strutture organizzative e mezzi materiali, ma dal suo impegno a garantire con le proprie complessive risorse economiche, il cui indice è costituito dal fatturato, l'impresa ausiliata munendola, così, di un requisito che altrimenti non avrebbe e consentendole di accedere alla gara nel rispetto delle condizioni poste dal bando (in tal senso: Cons. Stato, V, 15 marzo 2016, n. 1032)» (Cons. di Stato, V, sent. n. 187/2018).

Impostati in tal modo i termini generali della questione, deve rilevarsi che il richiamato contratto di avvalimento (in atti) fosse in effetti idoneo a soddisfare in modo adeguato la propria funzione di garanzia, dal momento che esso chiariva la messa a disposizione, per tutta la durata della concessione, delle «risorse necessarie di cui è carente la concorrente».

Né la richiamata previsione, in caso di aggiudicazione, dell'obbligazione assunta dall'impresa ausiliata di versare un importo pari al 6% del canone posto a base d'asta può definirsi – come vorrebbe la ricorrente – una “condizione sospensiva di effettività della garanzia prestata”, definendo la stessa piuttosto il corrispettivo («a titolo di ristoro per la concessione dell'utilizzo del requisito della capacità economica finanziaria») cui l'ausiliata s'impegna verso l'ausiliaria.

Nulla viene detto dall'Amministrazione resistente e dalla controinteressata in relazione alle ultime censure – relative alla mancata presentazione di una idonea referenza bancaria e alla mancata indicazione, nell'offerta economica, degli oneri di sicurezza aziendali (di cui all'art. 95, co. 10, del d.lgs. n. 50/2016) – che, in quanto non smentite in fatto né giustificate in punto di diritto, devono parimenti ritenersi fondate.

Il ricorso deve pertanto essere accolto, nei sensi sopra illustrati, con conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Settima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto (n. 4479/2018), lo accoglie, nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Condanna il Comune di Torre Annunziata e la ditta individuale Esposito Italo, nella misura di euro 2.000,00 (duemila/00) ciascuno, al pagamento delle spese del presente giudizio, oltre accessori come per legge e rimborso del contributo unificato, in parti uguali e in solido, con attribuzione ai difensori della ricorrente, che ne hanno fatto richiesta.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 9 luglio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Rosalia Maria Rita Messina, Presidente

Guglielmo Passarelli Di Napoli, Consigliere

Valeria Ianniello, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Valeria Ianniello

IL PRESIDENTE
Rosalia Maria Rita Messina

IL SEGRETARIO