Pubblicato il 15/01/2018

N. 00187/2018REG.PROV.COLL.

N. 04838/2017 REG.RIC.

N. 04860/2017 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 Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4838 del 2017, proposto dalla Capital S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Vecchione, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Angela Gemma in Roma, via Sabotino, 22

contro

Ladisa S.p.a. in qualità di mandataria di un raggruppamento con la Pastore S.r.l., non costituita in giudizio;
Comune Valenzano, non costituito in giudizio

sul ricorso numero di registro generale 4860 del 2017, proposto dal Comune di Valenzano, in persona del Sindaco, legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Giovanni Caponio, con domicilio eletto presso lo studio A Placidi S.r.l. in Roma, via Barnaba Tortolini, 30

contro

Ladisa Spa in qualità di mandataria di un raggruppamento con la Pastore s.r.l., non costituita in giudizio;

nei confronti di

Capital S.r.l. non costituita in giudizio

per la riforma:

quanto al ricorso n. 4838 del 2017: della sentenza del T.A.R. della Puglia, Sezione I, n. 529/2017 e della del T.A.R. della Puglia, Sezione I, n. 1367/2016;

quanto al ricorso n. 4860 del 2017: della sentenza del T.A.R. della Puglia, Sezione I, n. 529/2017 e della sentenza del T.A.R. della Puglia, Sezione I, n. 1367/2016.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 dicembre 2017 il Cons. Claudio Contessa e uditi per le parti gli avvocati Vecchione e Caponio;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue

FATTO

Con ricorso proposto dinanzi al T.A.R. della Puglia e recante il n. 1072/2016 il R.T.I. Ladisa s.p.a., premesso di aver partecipato alla gara di appalto indetta dal Comune di Valenzano (BA) per l'aggiudicazione del servizio di mensa scolastica a ridotto impatto ambientale e di essersi classificata al secondo posto della graduatoria finale, impugnava e chiedeva l'annullamento: *i*) degli atti con cui la Capital s.r.l. era stata ammessa alla gara (dalla quale avrebbe invece dovuto essere esclusa); *ii*) del provvedimento di aggiudicazione disposto in favore della stessa Capital s.r.l. in data 20 settembre 2016.

Con sentenza non definitiva n. 1367/2016 (del 7 dicembre 2016) il Tribunale amministrativo adìto respingeva le eccezioni preliminari di inammissibilità dei ricorso, in quanto proposto congiuntamente avverso l'ammissione alla gara di un concorrente, nonché avverso l'aggiudicazione in suo favore (con conseguente violazione dell'articolo 120, comma 6-*bis* del cod. proc. amm.).

Con successiva sentenza n. 529/2017 (del 25 maggio 2017) il Tribunale amministrativo adìto accoglieva il ricorso introduttivo del R.T.I. Ladisa e per l'effetto disponeva l'annullamento dell'aggiudicazione già disposta in favore della Capital s.r.l. e il subentro nella gestione in favore della ricorrente, previa declaratoria di inefficacia del contratto già stipulato.

Le sentenze in questione sono state impugnate in appello dalla Capital s.r.l. (ricorso n. 4838/2017) la quale ne ha chiesto la riforma articolando i seguenti motivi:

I) Error in iudicando e in procedendo – Violazione e falsa applicazione dell'articolo 120, comma 6-bis del cod. proc. amm. – Travisamento dei fatti – Carenza di congrua istruttoria e motivazione alla base della decisione adottata;

II) Error in iudicando e in procedendo – Violazione e falsa applicazione degli articoli 83 e 89 del decreto legislativo n. 50 del 2016 – Non corretta interpretazione dell'articolo 3, lettera d) e dell'articolo 4 del Disciplinare di gara, difetto di congrua istruttoria e di motivazione della sentenza appellata;

III) Violazione e falsa applicazione degli articoli 83 e 89 del decreto legislativo n. 50 del 2016 – Non corretta interpretazione dell'articolo 3, lettera d) e dell'articolo 4 del Disciplinare di gara, difetto di congrua istruttoria e di motivazione della sentenza appellata.

Le sentenze in questione sono altresì state impugnate in appello dal Comune di Valenzano (ricorso n. 4860/2017) il quale ne ha chiesto la riforma articolando i seguenti motivi:

1) Error in iudicando e in procedendo per erronea valutazione e decisione, ai sensi dell'art. 35, comma 1, lettera b), cod. proc. amm., dell'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado;
2) Errori in iudicando per violazione ed erronea applicazione degli artt. 83, 86 e 89 del decreto legislativo n. 50 del 2016 (e dell'allegato XVII del medesimo decreto legislativo n. 50 del 2016) e dell'articolo 3, lettera d) del disciplinare di gara, nonché per erronea valutazione dei profili di eccesso di potere e di illegittimità diretta e derivata dedotti dal R.T.I. *Ladisa / Pastore s.r.l.*
Alla pubblica udienza del 14 dicembre 2017 i due ricorsi sono stati trattenuti in decisione.

DIRITTO

1. Giunge alla decisione del Collegio il ricorso in appello n. 4838/2017 proposto dalla Capital s.r.l. (la quale aveva partecipato a una gara di appalto indetta dal Comune di Valenzano per l'aggiudicazione per sette anni del servizio comunale di mensa scolastica ed era rimasta aggiudicataria dell'appalto) avverso le sentenze del T.A.R. della Puglia con cui, previa reiezione delle eccezioni di rito formulate dal Comune, è stato accolto il ricorso proposto dal raggruppamento secondo classificato e, per l'effetto, è stata annullata l'aggiudicazione disposta in suo favore ed è stata dichiarata l'inefficacia del contratto medio tempore stipulato.
Giunge altresì alla decisione del Collegio il ricorso in appello n. 4860/2017 proposto avverso le medesime sentenze dalla stazione appaltante (Comune di Valenzano).
2. In primo luogo il Collegio deve disporre la riunione dei ricorsi in questione per evidenti ragioni di connessione oggettiva e soggettiva, nonché per avere le due impugnative in epigrafe ad oggetto le medesime sentenze (articolo 96 del cod. proc. amm.).
3. Il Collegio ritiene che si possa prescindere, ai fini della presente decisione, dall'esaminare funditus la questione (obiettivamente complessa e delicata) relativa all'ammissibilità di un ricorso (quale quello proposto dal R.T.I. Ladisa in primo

grado) avente ad oggetto l'impugnativa sia del provvedimento di ammissione alla gara di un concorrente, sia dell'aggiudicazione della gara in suo favore.

In particolare, il Collegio può esimersi dall'esaminare la questione appena evidenziata (in relazione alla quale il primo Giudice si è consapevolmente e motivatamente discostato dalla posizione assunta da questa Sezione con l'ordinanza 14 marzo 2017, n. 1059). Ciò in quanto, per le ragioni che fra breve si esporranno, il ricorso proposto in primo grado dalla Ladisa risultava comunque infondato nel merito (e, sotto questo aspetto, l'impugnata sentenza n. 529/2017 certamente meritevole di riforma).

4. Con il secondo motivo di appello la Capital lamenta che erroneamente il primo Giudice abbia accolto il motivo con cui l'appellata Ladisa aveva lamentato che l'ausiliaria dell'aggiudicataria (Cot soc. coop.) fosse carente del requisito di capacità tecnica rappresentato dall'avere svolto, negli ultimi tre anni precedenti la gara per cui è causa, servizi di mensa scolastica per un importo complessivo pari a quello messo a gara.

4.1. Il motivo è infondato.

4.1.1. In punto di fato giova richiamare la previsione (di cui la ricorrente in primo grado aveva lamentato la violazione) dell'articolo 3, lettera d) del CSA, secondo cui le imprese concorrenti avrebbero dovuto dimostrare di aver prestato "*negli ultimi tre anni precedenti servizi di mensa scolastica per un importo complessivo non inferiore a quello dell'appalto (€ 1.316.000,00)*" (analoga previsione era contenuta nell'articolo 4 del Disciplinare di gara).

Nel rendere la propria dichiarazione di avvalimento ai fini del 'prestito' del requisito in parola la Cot soc. coop. aveva fatto riferimento al fatturato maturato nei tre esercizi finanziari precedenti e non anche (come preteso dalla ricorrente in primo grado, con deduzione condivisa dal T.A.R.) nei trentasei mesi anteriori alla pubblicazione del bando.

4.1.2. Al riguardo si osserva che, quand'anche fosse condivisibile (il che non è peraltro pacifico) la tesi secondo cui

- ai fini della dimostrazione dei requisiti di capacità economico/finanziaria il termine triennale dovrebbe essere riferito ai tre esercizi finanziari anteriori, mentre
- ai fini della dimostrazione dei requisiti di capacità tecnica il medesimo termine andrebbe parametrato sui trentasei mesi anteriori alla pubblicazione del bando,

in ogni caso non se ne dovrebbe dedurre l'insussistenza del prescritto requisito in capo all'aggiudicataria Capital.

Va infatti sottolineato che la dedotta interpretazione (pur autorevolmente condivisa) non emerge in modo sufficientemente univoco dalle previsioni dell'articolo 86 e dell'allegato XVII al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (nuovo 'Codice dei contratti').

Del resto (a prescindere dalla formulazione non del tutto perspicua del dato normativo di riferimento), non emerge una persuasiva ragione a sostegno della scelta di differenziare il periodo temporale di riferimento a fronte di requisiti che dovrebbero invece presentare una base temporale di riferimento omogenea.

Oltretutto, laddove si aderisse alla tesi condivisa dal primo Giudice, non scaturirebbe solo una a-sistematica divaricazione dei periodi temporali di riferimento, ma anche una oggettiva difficoltà nell'individuare in modo univoco il termine al quale ancorare 'a ritroso' il computo dei trentasei mesi. Al riguardo, infatti, non risulterebbe chiaro il termine per il computo del richiamato periodo, che potrebbe decorrere: *i*) dal momento della pubblicazione del bando; *ii*) dal termine per la presentazione delle offerte, ovvero *iii*) dal momento in cui la dichiarazione viene resa dal concorrente, laddove l'incertezza circa l'effettiva individuazione del termine temporale di riferimento adduce evidenti argomenti contrari alla tesi seguita dal primo Giudice,

4.1.3. Si osserva comunque che, anche a voler aderire alla tesi proposta dalla Ladisa (e condivisa dal primo Giudice), non ne conseguirebbe in modo diretto e – per così dire – 'automatico' l'inadeguatezza della dichiarazione di avvalimento formulata dalla COT soc. coop. (e quindi, la carenza di requisito in capo all'aggiudicataria Capital).

Ciò in quanto, per come formulata, la richiamata previsione del CSA non è pacificamente riferibile ai requisiti di capacità tecnica, ma appare piuttosto riferibile ai requisiti di capacità economica e finanziaria (*i.e.*: a requisiti per i quali è pacificamente ammessa una dichiarazione riferita agli ultimi tre esercizi finanziari).

Ed infatti, stante la formulazione testuale della richiamata prescrizione della *lex specialis*, essa poteva essere agevolmente riconducibile al *genus* dei requisiti di fatturato specifico (*i.e.*: "*[al] fatturato del settore di attività oggetto dell'appalto*", secondo la dicitura di cui all'allegato XVII, Parte I, lettera c), che è appunto riferito ai requisiti di capacità economica e finanziaria.

4.1.4. Si osserva in ogni caso che, dovendosi necessariamente riconoscere quanto meno un margine di opinabilità nell'interpretazione ed applicazione della richiamata clausola della legge di gara, l'applicazione del generale canone del *favor partecipationis* avrebbe comunque imposto – nel dubbio interpretativo – di evitare l'adesione a un'opzione il cui effetto fosse quello di comportare l'esclusione del concorrente dalla gara (e non la sua ammissione).

E' qui appena il caso di richiamare il consolidato (e condiviso) principio secondo cui a fronte di più possibili interpretazioni di una clausola della *lexspecialis* di gara (una avente quale effetto l'esclusione dalla gara e l'altra tale da consentire la permanenza del concorrente), non può legittimamente aderirsi all'opzione che, ove condivisa, comporterebbe l'esclusione dalla gara, dovendo essere favorita l'ammissione del più elevato numero di concorrenti, in nome del principio del *favor partecipationis* e dell'interesse pubblico al più ampio confronto concorrenziale (in tal

senso – ex multis -: Cons. Stato, V, 5 ottobre 2017, n. 4644; *id.*, V, 5 luglio 2017, n. 3302; *id.*, V, 12 maggio 2017, n. 2232).

5. Con il terzo motivo di appello la Capital s.r.l. lamenta che erroneamente il primo Giudice abbia accolto il motivo di ricorso con cui la Ladisa aveva lamentato l'invalidità del contratto di avvalimento prodotto in gara dall'aggiudicataria Capital, stante il carattere del tutto generico della dichiarazione di avvalimento espressa dall'ausiliaria COT soc. coop.

5.1. Il motivo è meritevole di accoglimento.

5.1.1. Va in primo luogo precisato che non viene qui posto in alcun dubbio il consolidato orientamento (puntualmente richiamato dal primo Giudice) secondo cui, 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", ma debba necessariamente risolversi nella concreta messa a disposizione delle necessarie risorse e dell'apparato organizzativo (in tal senso – *ex multis* -: Cons. Stato, Ad. Plen., 4 novembre 2016, n. 23; *id.*, V, 22 gennaio 2015, n. 275; *id.*, V, 23 ottobre 2014, n. 5244).

Si tratta, del resto, di contenuti la cui pregnanza e vincolatività vengono oggi confermati dall'articolo 89, comma 1 del nuovo 'Codice dei contratti', secondo cui "*il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dell'impresa ausiliaria*".

5.1.2. Ma il punto è che, riguardando nel concreto gli specifici contenuti del contratto in parola e gli impegni ivi contenuti, deve concludersi nel senso della complessiva conformità del contratto di avvalimento intercorso fra la Capital e l'impresa ausiliaria COT soc. coop. rispetto al pertinente paradigma normativo e giurisprudenziale.

5.1.3. Si osserva al riguardo (richiamando quanto già rilevato *retro*, *sub* 4.1.3.) che la previsione dell'articolo 3, lettera d) del CSA - e quella analoga di cui all'articolo 4

del Disciplinare – faceva riferimento a un requisito di fatturato specifico e che, pertanto, a tale requisito di fatturato doveva riferirsi il contratto di avvalimento (il quale, non a caso, richiamava in modo espresso tale previsione della legge di gara).
Se questa dunque era la corretta configurazione del requisito di capacità economico-finanziaria delineato dall'offerta di gara, deve conseguentemente condividersi la tesi del Comune di Valenzano secondo cui il contratto intercorso fra l'aggiudicataria e la COT soc. coop. fosse qualificabile come '*avvalimento di garanzia*' (ossia come contratto con il quale l'ausiliaria mette a disposizione la propria solidità economico-finanziaria al servizio del concorrente, con lo scopo principale di ampliare lo spettro di responsabilità per la corretta esecuzione dell'appalto – in tal senso: Cons. Stato, III, 22 gennaio 2014, n. 594 -).
E' 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, allorquando 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).

Ebbene, 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 in più punti la messa a disposizione delle "risorse" e dei "mezzi" (*scil.*: in primo luogo finanziari) necessari alla concorrente ai fini della partecipazione e altresì necessari a garantire la stazione appaltante circa l'adeguata disponibilità degli stessi da parte della concorrente.

6. In conclusione i due appelli in epigrafe (che devono essere riuniti per le ragioni dinanzi richiamate sub 2) devono essere accolti e conseguentemente, in riforma della sentenza appellata, deve essere respinto il ricorso di primo grado.

Il Collegio ritiene che sussistano giusti ed eccezionali motivi per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli in epigrafe, previa riunione li accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso di primo grado.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 dicembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere, Estensore

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

L'ESTENSORE
Claudio Contessa

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO