

N. 05040/2011REG.PROV.COLL.
N. 03771/2010 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

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 3771 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Global Service S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Bruno Mantovani, con domicilio eletto presso Bruno Mantovani in Roma, Piazzale Clodio, n. 14;

contro

Epula s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Massimo Amato e Francesco Giojelli, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Sara Vara, in Roma, via Cicerone, n. 28;

nei confronti di

Comune di Sant'Arpino, in persona del Sindaco pro tempore, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Campania – Napoli, Sezione I, n. 01204/2010, resa tra le parti, di accoglimento del ricorso proposto per l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione provvisoria alla Global Service s.r.l.

della gara finalizzata all'affidamento del servizio di refezione scolastica per gli alunni della scuola dell'infanzia (per gli anni scolastici 2008/2009, 2009/2010 e 2010/2011) e di note del responsabile del procedimento e di verbali di gara; nonché, a seguito di motivi aggiunti, per l'annullamento della determinazione dirigenziale n. 230 del 12.12.08, di aggiudicazione in via definitiva della gara alla ditta Global Service S.r.l. e del contratto di appalto per il servizio de quo. Infine per l'annullamento della sentenza nella parte in cui ha disposto anche la caducazione di detto contratto e la declaratoria di inammissibilità del ricorso incidentale e dei connessi motivi aggiunti proposti dalla Global Service s.r.l.

Visti il ricorso in appello ed i motivi aggiunti con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Epula s.r.l.;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visto il decreto presidenziale 7 maggio 2010 n. 2061;

Viste le proprie ordinanze 8 giugno 2010 n. 2622 e 16 dicembre 2010 n. 451;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore, nella udienza pubblica del 22.2.2011, il Consigliere Antonio Amicuzzi e udito per la parte appellante l'avv. Mantovani;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

La Epula s.r.l., che ha partecipato alla gara, bandita dal Comune di Sant'Arpino, per l'affidamento del servizio triennale di refezione scolastica per gli alunni della scuola dell'infanzia, collocandosi al secondo posto in graduatoria dopo la Global Service s.r.l., ha impugnato presso il T.A.R. Campania, Napoli, gli atti di aggiudicazione e di stipula del relativo contratto in favore della Global Service s.r.l., che ha a sua volta presentato ricorso incidentale integrato da motivi aggiunti.

Il citato T.A.R. con la sentenza in epigrafe indicata ha accolto il ricorso principale ed ha conseguentemente dichiarato la caducazione di detto contratto; inoltre ha dichiarato inammissibili il ricorso incidentale ed i motivi aggiunti proposti dalla Global Service s.r.l..

Con il ricorso in appello in esame la Global Service s.r.l. ha chiesto l'annullamento o la riforma di detta sentenza, deducendo i seguenti motivi:

1.- Erronea declaratoria di inammissibilità del ricorso incidentale di primo grado e dei connessi motivi aggiunti in quanto non è stato tenuto conto né della circostanza che le indicazioni contenute nella notificazione escludevano la possibilità di alcuna confusione, né della applicabilità alla fattispecie dell'art. 156 c.p.c., né del fatto che la violazione della regola di cui all'art. 37 del T.U. n. 1054/1924 non implica di per sé l'inesistenza della notifica, perché va interpretata comunque alla luce del principio di cui all'art. 160 del c.p.c., con sanatoria di ogni eventuale invalidità per effetto della costituzione in giudizio e dello svolgimento di attività difensiva in ordine alle censure spiegate.

2.- Sono stati anche riproposti i motivi formulati con detto ricorso incidentale e con i motivi aggiunti ad esso, deducendo le seguenti censure:

2.1.- Deposito di visura camerale in fotocopia, eccesso di potere, violazione dell'art. 5 del disciplinare di gara.

Pur prescrivendo l'art. 5 del disciplinare di gara che le ditte partecipanti alla stessa dovessero produrre, a pena di esclusione, anche la certificazione di iscrizione alla Camera di commercio per l'attività specifica del bando, la Epula s.r.l., a seguito di invito a produrre la necessaria documentazione amministrativa, ha presentato una semplice visura camerale, peraltro in copia.

2.2.- Deposito di visura attestante l'attivazione dell'oggetto sociale in data successiva alla scadenza del bando, eccesso di potere, irragionevolezza, violazione delle prescrizioni poste a carico della Epula s.r.l. nei verbali di

gara, violazione del disciplinare di gara.

A seguito dell'invito da parte della Commissione di gara alla Epula s.r.l. ad esibire idonea documentazione comprovante il titolo all'esercizio della attività oggetto della gara, è stato presentato un documento camerale da cui risulta che la denuncia dell'oggetto sociale era stata effettuata dopo il termine di presentazione delle offerte.

2.3.- Contratto di avvalimento prodotto successivamente alla scadenza del bando senza data certa. Irricevibilità della documentazione. Violazione di legge, art. 49, lettera f), del d. lgs. n. 163/2006.

Il contratto di avvalimento doveva esistere al termine di presentazione delle offerte, mentre, nel caso di specie, dalla documentazione depositata originariamente dalla Epula s.r.l. si evince che il contratto con la Rica s.r.l. "sarebbe stato" stipulato, il che lascia intendere che all'epoca il contratto non fosse stato posto in essere.

Con atto notificato il 28.4.2010 e depositato il 6.5.2010 la Global Service s.r.l., premesso che l'appello era stato notificato presso la Segreteria del T.A.R. Campania e presso la sede della Epula s.r.l. in quanto l'avv. Maria Pia Franzino, presso il quale in primo grado aveva eletto domicilio, era sconosciuta all'indirizzo indicato, ha presentato motivi aggiunti al ricorso in appello deducendo le seguenti censure:

1.- Revocazione della sentenza di primo grado: errore di fatto risultante dai documenti di causa, dolo revocatorio ex art. 395, n. 1, del c.p.c..

La inammissibilità del ricorso incidentale e dei motivi aggiunti dichiarata in primo grado è viziata dalla circostanza che comunque la notifica non avrebbe comunque potuto perfezionarsi, qualunque fosse stata la formula usata dal notificante, perché il domicilio speciale era stato eletto da Epula s.r.l. presso un avvocato non risultante iscritto all'Albo degli avvocati.

La indicazione nel ricorso principale e nei motivi aggiunti di un domiciliatario non identificabile e sconosciuto costituisce dolo rilevante ex

art. 395, n. 1 del c.p.c..

2.- Sussistenza dell'errore scusabile a causa dell'equivoco in cui è incorso l'ufficiale giudiziario nell'effettuare le notifiche.

La circostanza che l'Ufficiale giudiziario ha certificato la consegna del ricorso incidentale e dei motivi aggiunti presso il domicilio con essi eletto al sig. Orazio Di Fenza e che ivi risulta domiciliata l'avv. Maria di Fenza, denota che la mancata certificazione della impossibilità della notifica all'inesistente avv. Maria Pia Franzino ha comportato la impossibilità di ripetere la notifica presso la Segreteria del T.A.R..

3.- Applicabilità dei principi di cui agli artt. 160 e 157 del c.p.c..

Anche se l'art. 160 del c.p.c. prevede la declaratoria della nullità della notificazione in caso di mancato rispetto delle disposizioni circa la persona cui deve essere consegnata la copia, erroneamente non è stato applicato alla fattispecie l'art. 157 del c.p.c..

Con memoria depositata il 7.5.2010 si è costituita in giudizio la Epula s.r.l., che ha dedotto la infondatezza dell'appello, nonché la inammissibilità e la infondatezza del ricorso incidentale spiegato in primo grado. Ha quindi concluso per la declaratoria di inammissibilità, o di improcedibilità o di infondatezza dell'appello e dei motivi aggiunti ad esso.

Con decreto presidenziale 7 maggio 2010 n. 2061 è stata respinta la istanza di adozione di misure cautelari provvisorie.

Con memoria difensiva depositata il 25.3.2010 la Global Service s.r.l., premesso che il difensori della Epula s.r.l. non sarebbero abilitati al patrocinio presso le giurisdizioni superiori (con inefficacia o nullità degli atti processuali compiuti e conseguente impossibilità di costituzione nel presente giudizio, di firma degli atti difensivi e di autenticazione del mandato), ha contestato le avverse deduzioni ed ha ribadito tesi e richieste.

Con ordinanza 8 giugno 2010 n. 2622 la Sezione ha respinto la istanza di sospensione della sentenza impugnata.

Con memoria depositata il 22.10.2010 la Epula s.r.l. ha sostanzialmente ribadito tesi e richieste.

Con ordinanza 16 dicembre 2010 n. 451 la Sezione ha rilevato che il vizio formale della notifica del ricorso e dei motivi aggiunti non appariva insanabile alla luce del disposto dell'art. 156, comma 3, del c.p.c. ed ha disposto adempimenti istruttori.

Alla pubblica udienza del 22.2.2011 il ricorso in appello è stato trattenuto in decisione alla presenza dell'avvocato della parte appellante, come da verbale di causa agli atti del giudizio.

DIRITTO

1.- Con il ricorso in appello in esame la Global Service s.r.l. ha chiesto l'annullamento o la riforma della sentenza, in epigrafe indicata, di accoglimento del ricorso, integrato da motivi aggiunti, proposti per l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione provvisoria alla Global Service s.r.l. della gara finalizzata all'affidamento del servizio di refezione scolastica per gli alunni della scuola dell'infanzia (per gli anni scolastici 2008/2009, 2009/2010 e 2010/2011) e di note del responsabile del procedimento e di verbali di gara, nonché della determinazione dirigenziale di aggiudicazione in via definitiva della gara alla ditta Global Service S.r.l. e del contratto di appalto per il servizio de quo. Inoltre ha chiesto l'annullamento della sentenza nella parte in cui ha disposto anche la caducazione di detto contratto e la declaratoria di inammissibilità del ricorso incidentale e dei connessi motivi aggiunti proposti dalla Global Service s.r.l..

2.- Innanzi tutto la Sezione deve esaminare la fondatezza della eccezione formulata dalla Global Service s.r.l., in ordine alla circostanza che, dall'esame degli elenchi degli iscritti ai Consigli dell'Ordine degli avvocati ed accessibili via "internet", risulterebbe che i difensori della Epula s.r.l. non sarebbero abilitati al patrocinio presso le giurisdizioni superiori (con

inefficacia o nullità degli atti processuali compiuti e conseguente impossibilità di costituzione nel presente giudizio, di firma degli atti difensivi e di autenticazione del mandato).

Va rilevato in proposito che, ai sensi dell'art. 35, comma 1, del R. d. n. 1054/1924, ed attualmente ex 22 comma 2, c.p.a., per i giudizi davanti al Consiglio di Stato è obbligatorio il ministero di avvocato ammesso al patrocinio innanzi alle giurisdizioni superiori, con conseguente nullità dell'atto difensivo prodotto da soggetto sfornito dello "jus postulandi" dinanzi al Consiglio di Stato.

E' tuttavia idonea ad evitare la declaratoria di inammissibilità dell'atto prodotto nel corso del giudizio di secondo grado la circostanza che esso contenga, nell'epigrafe ed in calce, l'indicazione nominativa di altro legale abilitato al patrocinio dinanzi alle giurisdizioni superiori, qualora esso atto risulti sottoscritto anche da esso legale e non soltanto dall'avvocato privo dello "jus postulandi" e, di conseguenza, la paternità dello stesso non possa ascriversi esclusivamente a quest'ultimo difensore (Consiglio Stato, sez. V, 16 marzo 2011, n. 1626).

Va invero al riguardo fatta applicazione sia del principio di conservazione dell'atto per il raggiungimento dello scopo, a norma dell'art. 156, ultimo comma, c.p.c., che delle norme civilistiche sul mandato (Consiglio Stato, sez. V, 25 novembre 2010, n. 8235).

Nel caso che occupa l'atto di costituzione in appello della Epula s.r.l. risulta recare a margine il mandato a rappresentarla ed a difenderla agli avvocati Massimo Amato e Francesco Giojelli, che hanno autenticato la firma apposta in calce al mandato ed hanno sottoscritto detto atto.

L'avv. Massimo Amato risulta, dalla stessa fonte indicata nella memoria recante la eccezione in esame, abilitato al patrocinio presso le giurisdizioni superiori dal 26.9.2008 e quindi già all'epoca del deposito dell'atto di costituzione in giudizio, sicché la paternità dell'atto può ascriversi anche ad

esso e detto atto, per i principi in precedenza esposti, deve ritenersi pienamente ammissibile.

La eccezione in esame va quindi respinta.

2.- Con il primo motivo di appello la Global Service s.r.l. ha dedotto che la inammissibilità del ricorso incidentale di primo grado e dei connessi motivi aggiunti sarebbe stata dichiarata con la impugnata sentenza nell'erroneo assunto che essi, pur recapitati presso il domicilio eletto, risultavano notificati personalmente alla ricorrente "e al suo difensore", in violazione degli artt. 22, comma 1, della l. n. 1034/1971 e 37, commi 2 e 5, del r.d. n. 1054/1924.

Ma la notificazione di essi atti era stata effettuata indirizzandoli al domicilio eletto nel giudizio dal difensore della Epula s.r.l., con espressa indicazione, sul frontespizio del ricorso, che essa società era rappresentata e difesa dall'avv. Francesco Giojelli, che eleggeva domicilio in Napoli, presso l'avv. Maria Pia Franzino, con impossibilità di alcuna confusione, stante il collegamento tra società, difensore e domicilio eletto.

Comunque la declaratoria di inammissibilità sarebbe avvenuta in violazione dell'art. 156 c.p.c., in ogni caso applicabile, avendo l'atto raggiunto lo scopo. Peraltro la notifica effettuata alla parte e per essa al procuratore costituito era da considerare valida anche perché, se è vero che destinatario delle notifiche e comunicazioni è il procuratore costituito, è vero anche che esso non è tale jure proprio, ma in quanto rappresentante della parte.

È infine da considerare che la violazione della regola di cui all'art. 37 del T.U. n. 1054/1924, secondo la quale il ricorso incidentale va notificato presso il domicilio eletto all'avvocato costituito (che è peculiare del giudizio amministrativo), non implica di per sé l'inesistenza della notifica, perché andrebbe interpretata comunque alla luce del principio di cui all'art. 160 del c.p.c., che impone l'osservanza di un criterio esegetico sostanziale in tema di sanabilità degli atti processuali nulli.

Pertanto ogni eventuale invalidità dovrebbe nel caso di specie ritenersi sanata per effetto della costituzione in giudizio e dello svolgimento di attività difensiva in ordine alle censure spiegate.

Con il terzo motivo aggiunto all'appello la Global Service s.r.l. ha ulteriormente dedotto che, anche se l'art. 160 del c.p.c. prevede la declaratoria della nullità della notificazione in caso di mancato rispetto delle disposizioni circa la persona cui deve essere consegnata la copia, l'art. 157 del c.p.c. stabilisce che qualunque nullità processuale non può essere pronunciata a favore di chi vi abbia dato causa, sicché, essendo dovuto l'eventuale vizio della notificazione alla errata domiciliazione della Epula s.r.l., erroneamente non sarebbe stato applicato il principio di cui alla norma da ultimo citata.

2.1.- Osserva in proposito il Collegio che il T.A.R. ha dichiarato l'inammissibilità del ricorso incidentale e dei connessi motivi aggiunti perché "notificati personalmente alla ricorrente e non al suo difensore", richiamando la decisione del Consiglio di Stato, Sez. IV, 6 settembre 2005 n. 4560, con la quale, premesso che l'articolo 37 del R.D. n. 1054 del 1924, al secondo comma, dispone che *"la notificazione del ricorso incidentale sarà fatta nei modi prescritti per il ricorso principale, presso il domicilio eletto, all'avvocato che ha firmato il ricorso"*, è stato asserito che *"Detta disposizione riguarda esclusivamente l'ipotesi del ricorso incidentale proposto dall'intimato - resistente e del tutto logicamente viene previsto che la notifica debba essere fatta al difensore del ricorrente..."*.

La Sezione, con ordinanza 16 dicembre 2010 n. 451 ha rilevato al riguardo che nel caso di specie il riscontrato vizio formale della notifica del ricorso incidentale e dei connessi motivi aggiunti (così come effettuata personalmente alla parte e non al suo difensore ma comunque ricevuta nel domicilio eletto presso quest'ultimo) non appare allo stato degli atti di causa assolutamente insanabile e quindi dirimente soprattutto alla luce del generale principio di cui all'art.156, III comma, del c.p.c., espressamente

invocato dalla società appellante.

Va aggiunto, al riguardo, che il principio sancito dall'art. 156, comma 3, del c.p.c., per il quale il conseguimento dello scopo cui l'atto è preordinato ne sana la nullità, trova, invero, piena applicazione nel processo amministrativo sia per la mancanza di disposizioni contrarie speciali, sia perché, al pari di ogni altro processo di parti, quello amministrativo richiede un corretto funzionamento degli istituti processuali volti a garantire la conservazione degli atti ed il raggiungimento dello scopo e tali esigenze sono compatibili con il "proprium" del processo amministrativo rappresentato dal controllo sull'esercizio della funzione pubblica (Consiglio Stato, sez. V, 07 settembre 2009, n. 5238).

La notifica del ricorso giurisdizionale è quindi da ritenere inesistente solo quando essa manchi del tutto, ovvero sia stata effettuata con riguardo a soggetto che non abbia alcun riferimento con il destinatario necessario della notificazione stessa, mentre è affetta da nullità, sanabile con effetto "ex tunc" ai sensi dell'art. 156 comma 3 c.p.c., quando, pur eseguita mediante consegna a persona o in luogo diversi da quelli stabiliti dalla legge, un collegamento risulti tuttavia ravvisabile, così da rendere possibile che l'atto, pervenuto a persona non del tutto estranea al processo, giunga a conoscenza del destinatario.

Se è vero che, dopo la costituzione in giudizio, destinatario delle notifiche e comunicazioni è il procuratore costituito, è altrettanto vero che lo stesso non è tale iure proprio, ma in quanto rappresentante della parte, deve conseguentemente ritenersi che nel caso che occupa il contraddittorio sia stato comunque instaurato, in quanto il difensore della Epula s.r.l. è stato comunque posto in grado di conoscere il contenuto degli atti recanti il ricorso incidentale ed i motivi aggiunti, dei quali era stata predisposta la notifica, anche se indirizzata alla parte, presso il domicilio ed il legale eletto dal difensore.

Pertanto il presunto vizio deve ritenersi sanato, ex art. 156, comma 3, del c.p.c., recante un principio generale applicabile anche al processo amministrativo nonostante la specialità dell'art. 37 del R.D. n. 1054 del 1924, non contrastando con la ratio di detta norma, per raggiungimento dello scopo dell'atto, anche in assenza di successiva concreta attività difensiva.

A nulla vale che, come risulta dai motivi aggiunti all'appello, detti atti siano stati concretamente notificati al sig. Orazio Di Fenza, nel domicilio eletto corrispondente a quello dell'avv. Maria Di Fenza, e non all'inesistente avv. Maria Pia Franzino, erroneamente indicata dal ricorrente in primo grado quale procuratore domiciliatario, ma in realtà inesistente, perché, come dedotto con il terzo motivo aggiunto all'appello, era applicabile alla fattispecie anche il principio generale di cui all'art. 157 del c.p.c., che stabilisce che qualunque nullità processuale non può essere pronunciata a favore di chi vi abbia dato causa, sicché, essendo dovuto l'eventuale vizio della notificazione ad errore nella domiciliazione della Epula s.r.l., non può essa valersi della nullità che ha causato.

2.3.- L'accoglimento di detto motivo di gravame comporta l'assorbimento delle ulteriori censure formulate al riguardo con i motivi aggiunti all'appello.

3.- La fondatezza del motivo di appello in esame, con la riforma in rito della impugnata sentenza, comporta il riesame del merito della controversia

Nel caso che occupa, essendo stata impugnata la sentenza di primo grado non nel capo in cui ha ritenuto fondato il ricorso principale proposto da Epula s.r.l., ma soltanto nel capo in cui ha dichiarato inammissibili il ricorso incidentale ed i connessi motivi aggiunti, questi soltanto devono essere esaminati nel merito.

3.1.- Con la prima censura del ricorso incidentale era stato dedotto che, pur

prescrivendo l'art. 5 del disciplinare di gara che le ditte partecipanti dovessero produrre, a pena di esclusione, anche la certificazione di iscrizione alla Camera di commercio per l'attività specifica del bando, la Epula s.r.l. (a seguito di invito, come da verbale di gara del 17.9.2008, a produrre la necessaria documentazione amministrativa) aveva presentato una semplice visura camerale, peraltro in copia, e non la prevista certificazione.

3.1.1.- Osserva al riguardo la Sezione che le prescrizioni contenute nella "lex specialis" della gara sono dirette ad assicurare la trasparenza e l'imparzialità dell'Amministrazione, nonché la parità di condizioni tra i concorrenti, e devono rispondere al comune canone di ragionevolezza, in stretta relazione con i richiamati principi.

Le clausole previste a pena di esclusione vanno quindi interpretate seguendo il criterio della stretta interpretazione, per non ledere il contrapposto interesse alla più ampia partecipazione dei concorrenti alla procedura di gara.

Pertanto, di esse clausole va evitata un'applicazione meccanica che contraddica, alla luce delle specifiche circostanze del caso concreto, la fondamentale ed immanente esigenza di ragionevolezza dell'attività amministrativa, finendo così per porsi in contrasto con le stesse finalità di tutela cui sono preordinati i generali canoni applicativi delle regole della contrattualistica pubblica.

Solo l'omessa allegazione di un documento o di una dichiarazione previsti a pena di esclusione può dunque considerarsi alla stregua di un'irregolarità insanabile e, quindi, non ne è permessa l'integrazione o la regolarizzazione postuma; pertanto, alla stazione appaltante è precluso sopperire, con l'integrazione, alla totale mancanza di un documento, mentre, ai sensi dell'art. 46, d.lgs. n. 163/2006, deve ritenersi consentita l'integrazione documentale riguardante semplici chiarimenti di un documento incompleto.

Nel caso che occupa la Epula s.r.l., come risulta da verbale di gara del 17.9.2008, aveva prodotto la certificazione camerale, la cui allegazione era prevista a pena di esclusione dall'art. 6 del disciplinare, dalla quale tuttavia non risultava se e quando, tra le attività statutarie della offerente, quella oggetto di gara fosse divenuta operativa; la Epula s.r.l. è stata quindi invitata ad esibire "idonea documentazione comprovante il titolo all'esercizio della attività in questione" alla data di scadenza di presentazione delle offerte.

A seguito di detta legittima richiesta, come risulta da atto prot. n. CEW/16622/2008/CCE0054 del 18.9.2008 acquisito agli atti del giudizio a seguito di ordinanza istruttoria della Sezione, è stata prodotta una certificazione camerale e non una visura, sicché la censura è da valutare indivisibile, dovendosi ritenere adeguatamente assolto l'incombente volto alla sanatoria della mera irregolarità posta in essere.

3.2.- Con la seconda di dette censure è stato dedotto che, dopo che la Commissione di gara aveva invitato la Epula s.r.l. ad esibire idonea documentazione comprovante il titolo all'esercizio della attività oggetto della gara (perché dalla certificazione camerale esibita non si evinceva se e quando, tra le attività statutarie della offerente, quella oggetto di gara fosse divenuta operativa), la Epula s.r.l. ha presentato un documento camerale da cui risulta che la denuncia dell'oggetto sociale in Camera di commercio era stata effettuata dopo il termine di presentazione delle offerte del 16.9.2008. Alla data di scadenza del bando detta società non aveva quindi provveduto alla attivazione dell'oggetto sociale, che era propedeutica per l'affidamento del servizio.

3.2.1.- Osserva in proposito la Sezione che da detta certificazione camerale si evince che l'attività oggetto del bando di gara era stata in effetti denunciata in data 18.8.2008, quindi prima della data del 16.9.2008 di scadenza della presentazione delle offerte prevista dal bando.

La censura in esame non è quindi positivamente valutabile.

3.3.- Con la terza delle riproposte censure è stato dedotto che il contratto di avvalimento era stato prodotto successivamente alla scadenza del bando senza data certa, con irricevibilità della documentazione e violazione dell'art. 49, lettera f), del d. lgs. n. 163/2006. Esso contratto doveva esistere al termine di presentazione delle offerte e se depositato successivamente era necessaria la verifica della sua esistenza a detta data.

Nel caso di specie dalla documentazione depositata originariamente dalla Epula s.r.l. si evinceva che il contratto con la Rica s.r.l. "sarebbe stato" stipulato, il che lascerebbe intendere che all'epoca il contratto non fosse stato posto in essere. Tanto comporterebbe la decurtazione dal punteggio attribuito alla Epula s.r.l. e le assegnazioni di punti fondate sulla valida presenza di contratto di avvalimento.

3.3.1.- Al riguardo va osservato che una interpretazione finalistica e teleologica delle disposizioni in tema di requisiti di partecipazione alla gara, di cui è espressione anche il principio di avvalimento, porta a ritenere che, in sede di gara, possa essere fornita la dimostrazione in ordine al possesso, certo ed incondizionato, al momento della stipula del contratto e della successiva esecuzione, dei requisiti e dei mezzi all'uopo necessari.

Non è quindi necessario che i mezzi siano già disponibili all'epoca della procedura, mentre è invece necessario che nel corso della procedura si dimostri che essi saranno disponibili al momento dell'assunzione e dell'esecuzione degli impegni negoziali.

Una diversa interpretazione che preveda l'anticipazione al momento della procedura del possesso dei mezzi, non è da considerare effettuabile perché imporrebbe la dispendiosa acquisizione di dotazioni funzionali alla sola esecuzione dell'appalto prima ancora che vi sia certezza in ordine all'aggiudicazione, mentre l'interesse dell'Amministrazione a non prendere in considerazione offerte prive del crisma della necessaria serietà deve

ritenersi soddisfatto dalla piena dimostrazione che detti requisiti saranno certamente disponibili al tempo all'uopo rilevante, ossia al momento dell'effettiva contrazione del vincolo negoziale (Consiglio Stato, sez. VI, 23 dicembre 2005, n. 7376).

Nel caso che occupa la Epula s.r.l e la Rica s.r.l. avevano già allegato agli atti dichiarazioni di avvalimento con cui si impegnavano tra di loro e nei confronti della Amministrazione ad adempiere agli obblighi di cui all'art. 49 del d. lgs. n. 163/2006 e tale manifestazione concorde di volontà, ex art. 1326 del c.c., deve ritenersi che fosse già sufficiente ad ottemperare al disposto di detto art. 49, sicché, per i principi in precedenza esposti, è irrilevante che il documento contrattuale riproduttivo sia poi stato sottoscritto e prodotto in data 8.9.2008, come da copia depositata in atti a seguito di ordinanza istruttoria della Sezione, successiva al termine ultimo di presentazione delle offerte.

La censura in esame è quindi infondata.

4.- In conclusione, in riforma della impugnata sentenza, il ricorso incidentale proposto in primo grado dalla Global Service s.r.l. ed i connessi motivi aggiunti vanno dichiarati ammissibili, ma devono, tuttavia, essere respinti e resta confermata per il resto la decisione di primo grado, nella parte non oggetto di impugnazione.

5.- La complessità delle questioni trattate, nonché la peculiarità, la novità del caso e la reciproca soccombenza, denotano la sussistenza delle circostanze di cui all'art. 92, II c., del c.p.c., come modificato dall'art. 45, XI c., della L. n. 69 del 2009, che costituiscono ragione sufficiente per compensare fra la parti le spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente decidendo, in riforma della sentenza di primo grado, dichiara il ricorso incidentale ed i motivi aggiunti proposti dalla Global

Service s.r.l. dinanzi al T.A.R. ammissibili e li respinge nel merito, confermando nel resto la gravata sentenza.

Compensa integralmente le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 febbraio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccharini, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Eugenio Mele, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/09/2011

IL SEGRETARIO

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