

N. 09577/2010 REG.SEN.  
N. 01795/2010 REG.RIC.  
N. 02033/2010 REG.RIC.



**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sui ricorsi:

1) n. 1795 del 2010, proposto da Cofely Italia s.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Ernesto Sticchi Damiani, con domicilio eletto presso Ernesto Sticchi Damiani, in Roma, V. Bocca di Leone, n. 78;

*contro*

Siram s.p.a. in proprio e quale mandataria di ati con Intini Source s.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati Gennaro Notarnicola e Federico Tedeschini, con domicilio eletto presso Federico Tedeschini, in Roma, largo Messico, n. 7;

Aeroporti di Puglia s.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati Loredana Papa e Emilio Toma, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi, in Roma, via Cosseria, n. 2;

2) n. 2033 del 2010, proposto da Aeroporti di Puglia s.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati Loredana Papa e Emilio Toma, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi, in Roma, via Cosseria, n. 2;

*contro*

Siram s.p.a. in proprio e quale mandataria di a.t.i. con Intini Source s.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati Gennaro Notarnicola e Federico Tedeschini, con domicilio eletto presso Federico Tedeschini, in Roma, largo Messico, n. 7;

Cofely Italia s.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Ernesto Sticchi Damiani, con domicilio eletto presso il medesimo, in Roma, via Bocca di Leone, n. 78;

*entrambi per la riforma*

della sentenza del T.a.r. Puglia – Bari, sezione I, n. 268/2010, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO MANUTENZIONE DEGLI IMPIANTI DEGLI AEROPORTI PUGLIESI

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio come da epigrafe;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 novembre 2010 il Cons. Rosanna De Nictolis e uditi per le parti gli avvocati Sticchi Damiani, Notarnicola, Tedeschini e Toma;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1. Va anzitutto disposta la riunione dei due appelli, perché proposti contro la medesima sentenza.

2. Con bando inviato alla G.U.U.E. il 15 luglio 2008 e pubblicato sulla G.U.R.I. il 21 luglio 2008, Aeroporti di Puglia s.p.a. ha indetto una procedura aperta per l'affidamento triennale del servizio di conduzione, gestione e manutenzione degli impianti, infrastrutture ed edifici degli aeroporti pugliesi (Bari, Brindisi, Foggia e Grottaglie), di importo a base di

gara pari ad euro 5.198.646, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Prima classificata ed aggiudicataria è risultata la Cofatech Servizi s.p.a., che ha conseguito il punteggio totale di 84 punti; le società Siram e s.p.a. e Intini Source s.p.a. (già Intini Multiservizi tecnologici s.p.a.), riunite in a.t.i. costituenda, sono risultate seconde classificate con il punteggio di 82,402 punti.

3. Con il ricorso di primo grado le società della costituenda a.t.i. hanno impugnato l'aggiudicazione e tutti gli atti di gara, affidandosi a sette motivi di ricorso.

L'aggiudicataria Cofathec Servizi s.p.a., nel giudizio di primo grado ha ricorso incidentale teso a dimostrare l'illegittima ammissione alla gara dell'a.t.i. ricorrente.

4. Il Tribunale amministrativo adito, con la sentenza in epigrafe:

- 1) ha esaminato per primo il ricorso incidentale e lo ha respinto;
- 2) ha accolto il primo, il quinto e il sesto motivo del ricorso di primo grado e per l'effetto ha annullato tutti gli atti di gara;
- 3) ha respinto, il secondo, terzo, quarto e settimo motivo del ricorso di primo grado;
- 4) per l'effetto ha ritenuto di annullare non la sola aggiudicazione in favore di Cofely Italia s.p.a., ma l'intera fase di valutazione delle offerte;
- 5) ha condannato la stazione appaltante e l'aggiudicataria al pagamento delle spese di lite nella misura di euro 5.000 ciascuna.

5. Hanno proposto separati appelli principali Aeroporti di Puglia s.p.a. e Cofely Italia s.p.a. (già Cofathec Servizi s.p.a.).

Aeroporti di Puglia s.p.a. si limita a contestare i capi di sentenza che hanno accolto il ricorso principale di Siram s.p.a. e Intini Source s.p.a.

Cofely Italia s.p.a. oltre a contestare i capi di sentenza che hanno accolto il ricorso principale di Siram s.p.a. e Intini Source s.p.a., contesta anche quelli

che hanno respinto il suo ricorso incidentale.

In relazione ad entrambi gli appelli principali hanno proposto appello incidentale autonomo Siram s.p.a. e Intini Source s.p.a. con cui contestano alcuni dei capi di sentenza rispetto ai quali sono soccombenti, e segnatamente la portata dell'annullamento disposto dal Tar, esteso a tutta la fase di valutazione delle offerte anziché, come chiesto dall'a.t.i., alla sola aggiudicazione in favore di Cofely Italia s.p.a.

6. Nell'ordine logico delle questioni occorre muovere dall'esame dell'appello di Cofely Italia s.p.a., nella parte in cui contesta il rigetto del proprio ricorso incidentale di primo grado.

Non può essere invece condiviso l'assunto dell'a.t.i. appellata, secondo cui andrebbero esaminate prima le censure da essa sollevate con il ricorso di primo grado, e, per l'effetto, il proprio appello incidentale e gli appelli principali nella parte in cui contestano i capi di sentenza che hanno accolto il ricorso principale di primo grado.

L'assunto dell'appellante incidentale si fonda sulla tesi secondo cui nel rapporto tra ricorso principale e incidentale andrebbe esaminato per primo quello che mira all'annullamento integrale degli atti di gara piuttosto che quello che mira all'annullamento di singoli atti, ovvero quello che mira all'annullamento di atti di gara che si pongono nella fase iniziale del procedimento piuttosto che in quella finale.

Nel caso di specie, il ricorso incidentale di primo grado mira a conseguire l'esclusione dell'a.t.i. odierna appellata per mancata dimostrazione di requisiti generali e speciali, e dunque mira ad incidere sulla fase di ammissione dei concorrenti. Invece il ricorso principale di primo grado mira a conseguire l'esclusione dell'aggiudicataria per vizi afferenti all'offerta tecnica, e dunque mira ad ottenere la caducazione di atti (la valutazione delle offerte da parte della commissione di gara) che nella sequenza procedimentale si collocano dopo la fase di ammissione dei concorrenti.

Posto dunque che nella sequenza di gara la fase di ammissione dei concorrenti precede la fase di ammissione e valutazione delle offerte, nell'ordine di esame di ricorso principale e incidentale occorre dare la precedenza al ricorso che attacca la fase di ammissione dei concorrenti.

Nel caso di specie, va perciò data la precedenza all'esame del ricorso incidentale di primo grado e, per l'effetto, all'appello principale di Cofely Italia nella parte in cui attacca i capi di sentenza che hanno respinto il ricorso incidentale di primo grado.

7. Con il primo motivo dell'appello di Cofely Italia s.p.a. viene riproposto il primo motivo del ricorso incidentale di primo grado.

7.1. Con tale motivo si deduceva violazione dell'art. III.2.1 del bando di gara e del punto III – § A del disciplinare di gara, violazione dell'art. 73, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163: l'a.t.i. ricorrente avrebbe dovuto essere esclusa, in quanto la mandante e la mandataria hanno presentato due domande distinte, ciascuna firmata dal legale rappresentante di una sola di esse, e inoltre solo la mandataria ha reso la dichiarazione relativa al subappalto.

7.2. Il Tribunale amministrativo ha respinto la censura, osservando che era sufficiente che ciascuna impresa sottoscrivesse la domanda di partecipazione, e che trattandosi di a.t.i. orizzontale sarebbe stato possibile rendere diverse dichiarazioni ai fini del subappalto.

7.3. Parte appellante critica tale capo di sentenza osservando che il bando e il disciplinare prevedevano la sottoscrizione della domanda di partecipazione a pena di esclusione, e che le prescrizioni di gara andrebbero intese nel senso che era necessaria la sottoscrizione congiunta della stessa domanda di partecipazione.

Parte appellante lamenta inoltre che le due domande di partecipazione contenevano contrastanti dichiarazioni relativamente al subappalto.

7.4. Il primo motivo di appello è infondato.

In base al punto III.2.1) del bando di gara e al punto III.A.1) del

disciplinare di gara, la domanda di partecipazione alla gara, in caso di a.t.i. “dovrà essere sottoscritta dal legale rappresentante di ciascuna impresa associata”.

La prescrizione del bando va intesa nel senso della necessità di sottoscrizione da parte di tutte le imprese associate, e non anche nel senso che la sottoscrizione deve essere apposta sul medesimo modulo, ben potendosi ammettere che siano presentate domande di partecipazione formalmente distinte, una per ciascuna impresa associata, purché in ciascuna domanda siano indicate le altre imprese costituenti il raggruppamento.

Nella specie, poi, la presentazione di due separate domande di partecipazione si giustifica ove si consideri che si trattava di a.t.i. costituenda, e non di a.t.i. già costituita.

Quanto alla questione della dichiarazione relativa al subappalto, fatta solo dalla mandataria Siram e non anche dalla mandante ITM, giova ricordare che secondo la giurisprudenza:

- a) i vizi delle dichiarazioni relative al subappalto non determinano esclusione dalla gara, ma semmai impossibilità di ricorrere al subappalto (Cons. St., IV, 6 giugno 2008, n. 2683);
- b) in caso di raggruppamento temporaneo, la legittimazione alla stipula dei contratti di subappalto spetta solo alla capogruppo/mandataria (Cons. St., V, 21 novembre 2007, n. 5906).

Se compete solo alla mandataria stipulare i contratti di subappalto, a monte può ritenersi sufficiente che in sede di gara la dichiarazione relativa al subappalto sia fatta solo dalla mandataria.

In ogni caso, l'eventuale vizio della dichiarazione relativa al subappalto al più determinerebbe l'impossibilità del suo utilizzo, ma non anche l'esclusione dalla gara.

8. Con il secondo e terzo motivo dell'appello di Cofely vengono riproposti

il secondo e terzo motivo del ricorso incidentale in primo grado.

8.1. Con il secondo motivo del ricorso incidentale di primo grado si lamentava violazione del punto II.3 del disciplinare di gara, violazione degli artt. 49 e 233 d.lgs. n. 163 del 2006: l'a.t.i. ricorrente avrebbe dovuto essere esclusa, in quanto la mandante Intini Multiservizi Tecnologici s.p.a. sarebbe totalmente carente del requisito di capacità tecnica richiesto dalla *lex specialis* e, a tal fine, non sarebbe validamente utilizzabile lo strumento dell'avvalimento, poiché la società ausiliaria di diritto francese Dalkia s.a.s. altro non sarebbe che la mandataria Siram s.p.a., direttamente controllata attraverso la Dalkia International s.a. (titolare del 100% del capitale sociale di Siram s.p.a.), nell'ambito del "gruppo Dalkia" di cui la Siram s.p.a. costituirebbe semplicemente la filiale italiana. Tanto darebbe luogo ad un sostanziale "prestito indiretto" del requisito di capacità tecnica, all'interno dell'a.t.i., da parte della stessa mandataria Siram s.p.a., in elusione delle prescrizioni del bando di gara e della ratio dell'istituto dell'avvalimento. Per la stessa ragione, inoltre, la dichiarazione solenne prodotta dall'ausiliaria Dalkia s.a.s. ai sensi dell'art. 49 del codice dei contratti pubblici recherebbe la falsa attestazione di "...non trovarsi in situazione di controllo di cui all'art. 34, comma 2, con una delle altre imprese che partecipano alla gara", smentita dalla circostanza pacifica che la mandataria Siram s.p.a. è in realtà totalmente controllata dall'ausiliaria Dalkia s.a.s.

Con il terzo motivo del ricorso di primo grado si lamentava l'incompletezza e l'irritualità delle dichiarazioni offerte dal legale rappresentante della Dalkia s.a.s., ausiliaria dell'a.t.i. ricorrente principale.

8.2. Il Tribunale amministrativo ha disatteso tali censure osservando che:

- uno dei caratteri fondamentali dell'istituto dell'avvalimento, quale ricavabile dalla sua genesi comunitaria, è quello dell'assoluta irrilevanza ed indifferenza per la stazione appaltante rispetto ai rapporti sottostanti esistenti fra il concorrente e l'impresa ausiliaria, essendo indispensabile

unicamente che il primo dimostri di poter disporre dei mezzi della seconda; va escluso che sussista nell'ordinamento un principio che vieti il ricorso all'avvalimento nell'ambito dell'associazione temporanea d'impresе, benché non ancora costituita;

- l'art. 49, comma 8, del Codice dei contratti pubblici (secondo cui non è consentito, a pena di esclusione, che partecipino alla gara sia l'impresa ausiliaria che quella che si avvale dei requisiti) andrebbe interpretato alla stregua della normativa comunitaria di riferimento (artt. 47 e 48, direttiva 2004/18/CE, per i settori ordinari; artt. 53 e 54, direttiva 2004/17/CE, per i settori speciali), ove viene espressamente stabilito che un gruppo di operatori economici può fare valere le capacità dei partecipanti al gruppo ovvero di altri soggetti esterni. Il divieto posto dal citato art. 49 andrebbe perciò inteso nel senso che è vietata la partecipazione dell'avvalente e dell'ausiliaria alla medesima gara, allorché tali imprese siano in concorrenza l'una con l'altra, non quando esse facciano capo ad un medesimo centro d'interessi; ciò comporta l'ammissibilità dell'avvalimento anche per i soggetti membri di un raggruppamento temporaneo non costituito, non solo nei confronti dei soggetti esterni all'a.t.i., ma anche nei confronti degli stessi partecipanti al raggruppamento o, come nel caso in esame, nei confronti della società controllante della mandataria;

- la dichiarazione solenne resa dall'ausiliaria Dalkia s.a.s. dovrebbe intendersi nel senso di escludere che la stessa abbia formulato un'offerta in competizione con quella del raggruppamento a cui presta i propri requisiti di capacità tecnica;

- quanto, poi, alla asserita violazione del punto II.3 del disciplinare di gara, andrebbe in contrario osservato che esso preclude l'avvalimento per i soli requisiti di cui alle lettere b) e d), vale a dire per la presentazione di referenze bancarie e per il possesso della certificazione ISO 9001 ed ISO 14001. La clausola successiva, secondo cui "...In caso di a.t.i., i requisiti di cui



ai punti a), c) ed e) dovranno essere dichiarati e posseduti per almeno il 40% dall'impresa capogruppo e per la restante percentuale cumulativamente dalla/e mandante/i in misura non inferiore per ciascuna mandante al 10%" non potrebbe essere interpretata nel senso di impedire alla mandante di procurarsi mediante avvalimento il fatturato specifico di cui sarebbe priva, nella misura del 10%, poiché lo stesso disciplinare di gara, come si è visto, ha esplicitamente regolato e circoscritto le ipotesi per le quali l'avvalimento è vietato (referenze bancarie e certificazione di qualità aziendale), così ammettendo per implicito l'utilizzo dell'istituto in relazione ai restanti requisiti soggettivi di qualificazione;

- non sarebbe dubbio che la dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà avente ad oggetto l'insussistenza delle condizioni di cui all'art. 38, del Codice dei contratti pubblici sia stata resa, dal legale rappresentante della Dalkia s.a.s., nelle forme previste dal d.P.R. n. 445 del 2000; tale adempimento non sarebbe invece stato necessario per la dichiarazione che l'impresa ausiliaria doveva rendere ai sensi dell'art. 49, codice. La sottoscrizione quivi apposta dal legale rappresentante di Dalkia s.a.s. non è accompagnata dalla copia del documento d'identità e non è resa nelle forme rituali della dichiarazione sostitutiva di atto notorio, ma riporta l'autenticazione del notaio francese che l'ha ricevuta in data 2 settembre 2008. Tale formalità rispetterebbe l'Allegato A) al disciplinare di gara a tenore del quale *"...Per il concorrente appartenente ad altro Stato membro UE, quanto il concorrente italiano dichiara ai sensi del d.P.R. n. 445/2000 va reso a titolo di unica 'dichiarazione solenne' come tale da effettuarsi dinanzi ad un'autorità giudiziaria o amministrativa competente, un notaio o un organismo professionale qualificato"*, con ciò riproducendo la generale previsione dell'art. 38, comma 5, del Codice dei contratti pubblici ed autorizzando, tra le altre forme, quella dell'atto notarile;

sarebbe da escludere che le dichiarazioni alla quali è onerata l'impresa

ausiliaria, ai sensi dell'art. 49, comma 2 – lettere d) ed e), codice, debbano essere necessariamente rese nelle forme disciplinate dal d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, diversamente da quanto invece vale per la dichiarazione che l'ausiliaria deve produrre in ordine ai requisiti soggettivi di cui all'art. 38; neppure potrebbe applicarsi in tale ipotesi la previsione dell'art. 42, comma 4, del Codice, che non è richiamata dall'art. 49 in relazione alla dichiarazione cui è tenuta l'ausiliaria e resterebbe perciò applicabile alle sole dichiarazioni dei concorrenti sulle proprie capacità tecniche; neppure costituirebbe motivo di esclusione la circostanza che la Dalkia s.a.s. abbia attestato di essere in regola con la legislazione francese in materia di diritto al lavoro dei disabili e di non aver riportato sospensioni o revoche delle certificazioni di capacità all'esecuzione dei lavori secondo la normativa francese, ai sensi, rispettivamente, delle lettere l) e m-bis) del comma 1 del citato art. 38. Per le imprese operanti in altri Stati comunitari, infatti, secondo quanto disposto dall'art. 47, comma 2, codice dei contratti pubblici, sarebbe necessaria e sufficiente la dimostrazione del possesso dei requisiti di qualificazione e di partecipazione, in conformità alle normative vigenti nei rispettivi paesi. Nella fattispecie, dunque, la Dalkia s.a.s. avrebbe correttamente dichiarato il rispetto delle leggi francesi vigenti, anziché di quelle italiane; infine, non costituirebbe vizio dell'offerta la mancata giustificazione dei poteri di rappresentanza da parte del sig. Didier Roux-Dessarps, direttore commerciale della Dalkia s.a.s., nell'ambito del contratto di avvalimento stipulato in data 2 settembre 2008 con la mandante Intini Multiservizi Tecnologici s.p.a.; il bando di gara non richiedeva che tale indicazione espressa fosse inclusa nel contratto di avvalimento a pena d'esclusione e, d'altronde, l'art. 49, comma 2, lettera f), codice dei contratti pubblici richiede soltanto che il concorrente allegghi, in originale o copia autentica, il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga a fornire i requisiti

e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto, restando ogni ulteriore indicazione eventualmente suscettibile di richiesta di integrazione da parte dell'amministrazione procedente, prima della stipula del contratto con l'aggiudicataria.

8.3. Parte appellante critica tali capi di sentenza osservando quanto segue.

In base all'art. 233, comma 5, del Codice dei contratti pubblici, nei settori speciali l'avvalimento di cui all'art. 49 è applicabile nei limiti di compatibilità. Spetterebbe ai bandi la possibilità di fissare limiti di compatibilità dell'istituto, pur senza poterlo vietare. Nel caso di specie il punto II.3 del disciplinare fisserebbe limiti all'avvalimento in caso di a.t.i., laddove stabilisce che i requisiti inerenti al fatturato, ai contratti analoghi e al personale devono essere posseduti dalle mandanti dell'a.t.i. in misura non inferiore al 10% per ciascuna mandante.

Pertanto nella specie la mandante non avrebbe potuto ricorrere all'avvalimento ma avrebbe dovuto possedere in proprio i predetti requisiti nella misura minima del 10%.

Inoltre l'impresa ausiliaria che ha prestato i requisiti alla mandante Intini sarebbe nella specie la società madre della mandataria Siram, dunque di fatto il prestito dei requisiti sarebbe avvenuto da parte della mandataria in favore della mandante della medesima a.t.i.

Inoltre sarebbe viziata la dichiarazione resa dall'ausiliaria Dalkia s.a.s. laddove afferma di non essere in rapporto di controllo con altre imprese, dichiarazione non rispondente al vero perché vi era un rapporto di controllo con Siram.

Ad avviso dell'appellante l'impresa ausiliaria dovrebbe rendere la dichiarazione non solo in relazione alle imprese in concorrenza con quella a cui presta i requisiti, ma anche in relazione alle imprese che fanno parte dello stesso raggruppamento con quella a cui presta i requisiti.

Quanto alle modalità della dichiarazione resa dall'impresa ausiliaria, dato

che questa sostituisce l'ausiliaria, deve rispettare le forme che questa sarebbe tenuta a rispettare, e in particolare dovrebbe rendere la dichiarazione con le forme del d.P.R. n. 445 del 2000. Anche l'impresa ausiliaria, per dimostrare la propria capacità che dà in prestito all'ausiliata, dovrebbe o produrre i documenti dimostrativi, o rendere dichiarazione sostitutiva ai sensi del citato d.P.R.

Sarebbe irrilevante che la dichiarazione sia stata ricevuta da notaio francese, perché non conterrebbe una formale assunzione di responsabilità.

Inoltre la Dalkia avrebbe dovuto essere in regola con la legislazione italiana, e non solo con quella francese, per quanto attiene al rispetto del diritto al lavoro dei disabili e per quanto riguarda il requisito di cui alla lett. *m-bis*) dell'art. 38, del Codice dei contratti pubblici.

Errerebbe il Tribunale amministrativo a ritenere applicabile l'art. 47, del Codice dei contratti pubblici, che consentirebbe di dimostrare i requisiti secondo la legge dello Stato di appartenenza solo per i requisiti di qualificazione nel settore dei lavori pubblici, e comunque solo per i requisiti di qualificazione, e non anche per i requisiti di partecipazione di cui all'art. 38, del Codice dei contratti pubblici.

Inoltre l'art. 47 del Codice atterrebbe alla sola prova del requisito, che può essere data secondo la legge straniera, ma non anche al contenuto del requisito, che deve rispettare la legge italiana.

Errerebbe inoltre il Tribunale amministrativo a ritenere valido il contratto di avvalimento, perché non vi sarebbe prova che per conto di Dalkia sia stato sottoscritto da soggetto munito del potere di rappresentanza. Lo stesso varrebbe per le altre dichiarazioni rese dall'impresa ausiliaria.

Sarebbe onere dell'impresa ausiliaria fornire la prova del potere di rappresentanza di chi sottoscrive il contratto di avvalimento e rende le altre dichiarazioni di cui all'art. 49, del Codice dei contratti pubblici.

9. Il secondo motivo di appello è infondato.

9.1. L'istituto dell'avvalimento è stato introdotto nell'ordinamento italiano in attuazione delle direttive CEE 2004/17/CE e 2004/18/CE.

L'istituto dell'avvalimento è disciplinato dall'art. 49, del Codice dei contratti pubblici, per i settori ordinari, e richiamato dall'art. 233, comma 6, medesimo codice, per i settori speciali, nei limiti della compatibilità.

Lo scopo dell'istituto dell'avvalimento, perseguito dal legislatore comunitario, è stato quello di consentire la massima partecipazione alle gare, consentendo ai concorrenti di utilizzare i requisiti di capacità tecnico-professionale e economico-finanziaria di soggetti terzi, indipendentemente dalla natura giuridica dei legami con tali soggetti.

Il legislatore italiano ha ritenuto di imporre maggiori limiti all'istituto dell'avvalimento, al fine di evitare turbative delle gare, ma tali limiti sono di stretta interpretazione, pena la violazione del diritto comunitario.

Occorre anzitutto chiarire l'ambito dell'avvalimento nei settori speciali.

Per essi infatti l'art. 233, comma 6, del Codice dei contratti pubblici, richiama l'art. 49, ma nei limiti di compatibilità.

Ad avviso dell'appellante, sarebbe possibile per la legge di gara fissare ulteriori limiti all'avvalimento nei settori speciali.

Tale lettura travisa completamente la portata testuale e lo spirito della norma.

E' infatti noto che la disciplina comunitaria degli appalti nei settori speciali si ispira a criteri di minor rigore e maggiore libertà di forme rispetto alla disciplina comunitaria degli appalti nei settori ordinari.

Sia nei settori ordinari che nei settori speciali rispettivamente la direttiva 2004/18/CE e la direttiva 2004/17/CE nel prevedere l'avvalimento sia per i requisiti di capacità economico finanziaria che per quelli tecnico professionali, dispone che un operatore economico può per un determinato appalto fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi; in tal caso deve

dimostrare alla stazione appaltante che disporrà dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno a tal fine di questi soggetti (art. 47, par. 2 e art. 48, par. 3, direttiva 2004/18/CE; art. 54, par. 5, direttiva 2004/17).

Entrambe le direttive aggiungono che alle medesime condizioni, un gruppo di operatori economici può far valere le capacità *dei partecipanti al gruppo o di altri soggetti* (art. 54, par. 5, direttiva 2004/17/CE, art. 47, par. 3 e art. 48, pr. 4, direttiva 2004/17/CE).

Alla luce di tale quadro normativo, è chiaro che laddove l'art. 233, comma 6, del Codice dei contratti pubblici, richiama l'art. 49, nei limiti di compatibilità, non intende affatto consentire che nei settori speciali la legge di gara fissi una disciplina più rigorosa dell'avvalimento, ma al contrario intende evitare che ai settori speciali siano estese norme di eccessivo rigore incompatibili con il dettato comunitario.

9.2. Tanto premesso, né nei settori ordinari, né nei settori speciali, la legge di gara potrebbe dettare regole più rigorose per l'avvalimento nell'ambito di un raggruppamento temporaneo.

La legislazione vigente (art. 37, Codice; art. 95, d.P.R. n 554 del 1999; art. 92, emanando regolamento di attuazione del codice dei contratti pubblici) fissa in tema di a.t.i. i requisiti minimi percentuali di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale che deve essere posseduta da ciascun componente dell'a.t.i.; ma tale disciplina non può essere intesa come limite all'avvalimento, perché così interpretata essa sarebbe contraria al diritto comunitario che non pone limitazioni quantitative né qualitative all'avvalimento, e che lo consente espressamente anche nell'ambito dei raggruppamenti di imprese, e in tal caso sia mediante avvalimento interno che mediante avvalimento esterno.

Pertanto la disciplina nazionale va intesa non solo nel senso che anche nell'ambito di un'a.t.i. è ammesso l'utilizzo dell'avvalimento, ma anche nel

senso che persino la quota minima di requisiti che ciascun componente di un'a.t.i. deve possedere può essere dimostrata mediante ricorso all'avvalimento.

Nell'ambito di un'a.t.i. non vi sono pertanto limiti legali quantitativi al ricorso all'avvalimento, potendo lo stesso essere utilizzato anche per le percentuali di capacità minima richiesti dalla legge per ciascun singolo mandante.

9.3. Inoltre non vi sono limiti di tipo soggettivo in ordine all'impresa ausiliaria e al tipo di legami tra essa e l'impresa ausiliata o altra impresa facente parte del medesimo raggruppamento con l'impresa ausiliata.

Infatti le previsioni comunitarie in tema di avvalimento, che prescindono dalla natura giuridica dei legami tra impresa ausiliaria e impresa ausiliata, e che nel caso di raggruppamenti consentono l'avvalimento sia interno che esterno al gruppo, inducono a ritenere che:

- impresa ausiliaria può essere anche una società facente parte del medesimo gruppo dell'impresa ausiliata, vuoi come controllante, vuoi come controllata, vuoi entrambe come controllate dalla medesima controllante;
- nel caso in cui il concorrente in gara sia un raggruppamento, e una delle imprese del raggruppamento utilizzi l'avvalimento, impresa ausiliaria può anche essere la controllante o la controllata di altra impresa del medesimo raggruppamento.

Peraltro nel caso di specie va sottolineato che l'impresa ausiliaria, che prestava i requisiti alla mandante Intini e che faceva parte dello stesso gruppo della mandataria Siram, era comunque un soggetto giuridico diverso sia da Siram che da Intini, e che pertanto forniva una responsabilità patrimoniale aggiuntiva rispetto a quella di Intini e di Siram.

9.4. Quanto alla dichiarazione formale che deve rendere l'impresa ausiliaria ai sensi dell'art. 49, comma 2, lett. e), del Codice dei contratti pubblici, di non trovarsi in una situazione di controllo "con una delle altre imprese che

partecipano alla gara”, essa va correttamente interpretata alla luce delle direttive comunitarie secondo cui l’avvalimento è ammesso a prescindere dalla natura giuridica dei legami tra impresa ausiliaria e impresa ausiliata.

Pertanto, un eventuale rapporto di controllo tra ausiliaria e ausiliata è giuridicamente irrilevante e non deve essere dichiarato.

Lo stesso è a dirsi nel caso in cui il rapporto di controllo non si ponga tra ausiliaria e ausiliata, ma tra ausiliaria e altra impresa dello stesso raggruppamento dell’ausiliata.

Infatti in tal caso più imprese dello stesso raggruppamento costituiscono un medesimo concorrente, e sono irrilevanti i rapporti interni di controllo riferiti al medesimo concorrente.

Pertanto la previsione normativa va intesa nel senso che l’ausiliaria deve dichiarare di non essere in rapporto di controllo con uno degli altri concorrenti, diverso da quello ausiliato, che partecipano alla medesima gara. Tal ricostruzione è coerente con la previsione generale in tema di rapporti di controllo (art. 38, comma 1, lett. *m-quater*), d.lgs. n. 163 del 2006), che dà rilevanza alle relazioni di controllo tra diversi partecipanti (concorrenti) alla medesima procedura, e non alle relazioni di controllo interne al medesimo concorrente plurisoggettivo.

10. Anche il terzo motivo di appello è infondato.

10.1. Non è sostenibile che l’impresa ausiliaria avente sede all’estero sia tenuta a rendere la dichiarazione sul possesso dei requisiti di capacità con le forme previste per le imprese italiane (vale a dire o esibendo i documenti probatori, o rendendo dichiarazione sostitutiva), in quanto l’art. 47, del Codice dei contratti pubblici, dispone che gli operatori economici stabiliti in altri Paesi dell’Unione europea si qualificano nella singola gara che si svolge in Italia producendo documentazione conforme alla normativa vigente nel Paese di appartenenza, idonea a dimostrare il possesso dei requisiti prescritti per la qualificazione e la partecipazione degli operatori



economici italiani alle gare.

Tale regola, dettata per i partecipanti alla gara, non può non essere estesa alle imprese ausiliarie.

Inoltre nel caso specifico la legge di gara dispone che da parte dell'operatore economico appartenente *ad altro Stato membro UE, quanto il concorrente italiano dichiara ai sensi del d.P.R. n. 445/2000 va reso a titolo di unica 'dichiarazione solenne' come tale da effettuarsi dinanzi ad un'autorità giudiziaria o amministrativa competente, un notaio o un organismo professionale qualificato.*

Pertanto, nella specie, l'impresa ausiliaria avente sede in Francia, correttamente ha reso la dichiarazione sul possesso dei requisiti mediante ricevuta da notaio francese.

La dichiarazione in questione è una dichiarazione "solenne" con cui l'impresa si impegna a prestare il requisito e dichiara di possederlo in proprio.

Non è chiara la portata della censura di parte appellante secondo cui tale dichiarazione non sarebbe rituale perché non conterrebbe assunzione di responsabilità. Piuttosto, parte appellante avrebbe dovuto dimostrare, ma non lo ha fatto, che tale dichiarazione, ricevuta da notaio, sarebbe inidonea per il diritto francese e per la legge di gara a impegnare e responsabilizzare il dichiarante.

10.2. Neppure va condivisa la censura di parte appellante secondo cui in relazione ai requisiti di cui all'art. 38, lett. l) ed m-bis), Codice dei contratti pubblici, la Dalkia doveva dichiarare di essere in regola con la legge italiana e non con la legge francese. Trattandosi, infatti, di impresa francese avente sede in Francia, non si comprende come avrebbe potuto essere in regola con la legge italiana sul diritto al lavoro dei disabili, e come avrebbe potuto incorrere in sanzione di decadenza dall'attestazione SOA, ove si consideri che le imprese straniere non sono tenute a conseguire la qualificazione SOA per partecipare alle gare di appalto in Italia.

Correttamente, per tali requisiti, la società ha dichiarato di essere in regola con la legge italiana, non essendovi la giuridica possibilità di essere in posizione regolare o irregolare rispetto alla legge italiana.

Né parte appellante ha dedotto che la Dalkia, ancorché abbia sede in Francia, abbia operato o operi in Italia, sì che possa esigersi da essa il rispetto della legislazione italiana sul lavoro dei disabili o il conseguimento dell'attestazione SOA.

*10.3.* Infine, ai sensi dell'art. 49, del Codice dei contratti pubblici, ai fini dell'avvalimento deve essere prodotto originale o copia autentica del contratto di avvalimento, nonché una serie di dichiarazioni firmate dall'impresa ausiliaria, non è anche richiesto che sia contestualmente fornita la prova che il contratto sia sottoscritto, o la dichiarazione sia resa, per conto dell'impresa ausiliaria, da soggetto munito del relativo potere di rappresentanza. Ove sorgano dubbi in proposito la stazione appaltante potrà chiedere chiarimenti, ma non può certo escludere la concorrente e/o l'avvalimento per il solo fatto che il contratto di avvalimento o le dichiarazioni rese dall'impresa ausiliaria non sono corredate dalla prova del potere di rappresentanza del sottoscrittore.

*11.* Con il quarto motivo di appello viene riproposto il quarto motivo del ricorso incidentale di primo grado.

*11.1.* Con tale motivo si deduceva violazione del punto II.3 del disciplinare di gara, violazione dell'art. 54, direttiva 2004/17/CE e dell'art. 81 del Trattato CE, violazione dell'art. 2, d.lgs. n. 163/2006 e dei principi di apertura del mercato e di tutela della concorrenza: l'a.t.i. ricorrente avrebbe dovuto essere esclusa, in quanto "non necessaria", dal momento che la capogruppo Siram s.p.a. possiede da sola tutti i requisiti tecnici ed economici richiesti dal bando.

*11.2.* Il primo giudice ha disatteso tale censura osservando che la normativa vigente non prevede un divieto di costituirsi in a.t.i. per le imprese già

individualmente qualificate ed in possesso dei requisiti tecnico-economici di partecipazione e che peraltro nel caso di specie se è vero che la mandataria Siram s.p.a. non aveva necessità di associarsi ad altre imprese per il raggiungimento dei requisiti di capacità tecnica ed economica richiesti dalla *lex specialis*, al contrario la mandante Intini Multiservizi Tecnologici s.p.a. si presenta alla stregua di un operatore di piccole dimensioni, provvisto di un modesto fatturato pregresso (tanto da dover ricorrere finanche all'avvalimento interno al raggruppamento, come si è visto), talché la presentazione in a.t.i. risponde, almeno per la società mandante, proprio alla ratio ed alle finalità tipiche dell'istituto.

11.3. Parte appellante critica tale capo di sentenza osservando che dal punto II.3 del disciplinare di gara si desumerebbe un divieto di partecipazione in a.t.i. di un'impresa che da sola è in possesso di tutti i requisiti, e che solo le a.t.i. "necessarie" sarebbero consentite.

Anche dall'art. 54, direttiva 2004/17/CE si desumerebbe che sono consentite solo le a.t.i. necessarie.

La stessa AGCM ha più volte evidenziato come il raggruppamento temporaneo di imprese potrebbe essere facilmente piegato ad un uso distorto e segnatamente ad una restrizione della concorrenza.

11.4. Il mezzo è infondato.

Il Collegio non intende discostarsi dall'orientamento della sezione (espresso da Cons. St., VI, 20 febbraio 2008, n. 588), secondo cui è ammissibile la riunione in a.t.i. di imprese che anche da sole sono in possesso dei requisiti, non vigendo alcun espresso divieto legale in tal senso.

La Sezione ha ritenuto in proposito irrilevante il parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato 7 febbraio 2003 n. AS251, ove si sottolinea il rischio che il modello del raggruppamento possa evolvere a strumento di collaborazione restrittivo della concorrenza, attuale o potenziale, in quanto detto parere è finalizzato a suggerire alle stazioni

appaltanti, “pur nel silenzio della legge”, di “limitare la possibilità di associarsi in RTI da parte di due o più imprese, che singolarmente sarebbero in grado di soddisfare i requisiti finanziari e tecnici per poter partecipare alla gara”.

Peraltro, non può non rilevarsi come nel diritto comunitario il raggruppamento temporaneo di imprese sia considerato uno strumento pro-competitivo, il cui utilizzo non è limitato alle imprese prive dei requisiti individuali di qualificazione.

La questione rientra piuttosto nella discrezionalità del legislatore per decidere se sia opportuno introdurre un divieto di a.t.i. per imprese che individualmente sono in possesso dei requisiti, divieto che non è stato finora introdotto.

Inoltre nel caso specifico, come correttamente ha rilevato il Tribunale amministrativo, se l'a.t.i. si presentava non necessaria per la Siram, già da sola in possesso dei requisiti, l'a.t.i. era invece necessaria per la Intini, che da sola non avrebbe potuto concorrere.

Pertanto non può sostenersi che nella specie l'a.t.i. sia stata utilizzata in danno della concorrenza, perché tale evenienza postula come condizione necessaria (anche se non sufficiente) che si associno in a.t.i. due o più imprese tutte singolarmente in possesso dei requisiti (è questo il caso esaminato dal citato precedente Cons. St., VI, n. 588/2008).

In definitiva, la c.d. a.t.i. non necessaria ricorre quando tutte le associate siano singolarmente in possesso dei requisiti e non anche quando, come nella specie, almeno una delle associate non sarebbe in grado di concorrere se non in associazione.

Va aggiunto che secondo la giurisprudenza della Sezione, le stazioni appaltanti hanno facoltà, in ossequio al citato parere dell'AGCM, di prevedere nei bandi una limitazione alla possibilità di associarsi in ATI per le imprese che singolarmente sarebbero in grado di partecipare alla gara

(Cons. St., sez. VI, 19 giugno 2009, n. 4145).

Tuttavia, contrariamente a quanto sostiene parte appellante, una siffatta limitazione non era contenuta nel caso di specie nella legge di gara.

Essa non può desumersi dal punto II.3 del disciplinare, laddove prescrive, per le a.t.i., che i requisiti di qualificazione siano posseduti per almeno il 40% dalla mandataria e per la restante percentuale dalle mandanti ciascuna per almeno il 10%.

Infatti tale clausola di gara ripete la regola legale (dettata dal d.P.R. n. 554 del 1999 specificamente per i lavori pubblici nei settori ordinari), e si limita a chiedere che la mandataria posseda almeno il 40% dei requisiti, ma non intende escludere una mandataria che posseda più del 40%, e in ipotesi il 100% dei requisiti, purché ciascuna mandante a sua volta posseda almeno il 10% dei requisiti (anche se del caso mediante avalimento).

In definitiva, da un lato, in punto di diritto, né la legislazione comunitaria e statale vigenti, né la legge di gara, vietano un'a.t.i. non necessaria (costituita tra imprese tutte singolarmente in possesso dei requisiti), e dall'altro lato, in punto di fatto, nel caso di specie non si era in presenza di un'a.t.i. non necessaria, perché la mandante non era da sola in possesso dei requisiti.

12. In conclusione, vanno respinte tutte le censure relative ai capi di sentenza che hanno respinto il ricorso incidentale proposto in primo grado.

13. Passando all'esame dei motivi di appello avverso i capi di sentenza che hanno accolto alcuni motivi del ricorso principale di primo grado, il Collegio rileva che con il quinto motivo dell'appello di Cofely (da pag. 48 a pag. 66 dell'atto di appello) viene censurato il capo di sentenza che ha accolto il primo motivo del ricorso principale di primo grado.

Parimenti, tale capo di sentenza è gravato con il primo motivo dell'appello proposto da Aeroporti di Puglia s.p.a.

13.1. I due appelli principali *in parte qua* possono essere esaminati congiuntamente.

13.2. Con il primo motivo del ricorso di primo grado si deduceva violazione dell'art. 46, d.lgs. n. 163 del 2006 e del bando di gara, violazione del principio di *par condicio* ed eccesso di potere per erronea presupposizione, carenza di istruttoria, illogicità, ingiustizia manifesta: la commissione di gara avrebbe illegittimamente consentito a Cofathec Servizi s.p.a. di specificare ed integrare la propria offerta tecnica.

13.3. Il Tribunale amministrativo ha accolto tale censura osservando che:

- secondo principi ripetutamente affermati dalla giurisprudenza in tema di gare pubbliche, la possibilità che i concorrenti regolarizzino ovvero integrino la documentazione allegata alla domanda incontra, tra gli altri, il limite della immodificabilità dell'offerta, della perentorietà del termine per la sua presentazione e, più in generale, non può tradursi in una lesione della fondamentale regola della *par condicio* che informa tutte le procedure di confronto competitivo;
- ne discende il divieto di modificare o precisare, attraverso la produzione di documenti e chiarimenti, gli elementi costitutivi dell'offerta sui quali si effettua la valutazione e si attribuisce il punteggio;
- l'integrazione postuma può riguardare la sola documentazione necessaria a dimostrare il possesso dei requisiti di partecipazione, non già il contenuto negoziale dell'offerta tecnica. Così, qualora il progetto presentato dalla concorrente sia carente di uno o più elementi non essenziali, la stazione appaltante non deve disporre l'esclusione, ma è invero tenuta a non considerare gli elementi omessi o non concordanti, e deve effettuare la valutazione attenendosi alle allegazioni ed ai dati forniti dalla concorrente, se del caso sanzionando con un punteggio più basso l'incertezza o l'ambiguità in ordine a taluni aspetti progettuali;
- nella fattispecie in esame la commissione di gara avrebbe deliberato di richiedere chiarimenti (*rectius*: vere e proprie integrazioni) all'aggiudicataria Cofathec Servizi s.p.a., ammettendo apertamente che il proprio giudizio si

sarebbe determinato in funzione dei dati e delle tabelle forniti in riscontro all'invito rivolto alla concorrente;

- una simile condotta del seggio di gara sarebbe di per sé oggettivamente idonea a menomare il principio della *par condicio* ed il regolare svolgimento della procedura, che si fonda sull'applicazione tassativa di regole di trasparenza poste a salvaguardia dell'obiettività di giudizio, senza che sia necessario stabilire se, ad esempio, la Cofathec Servizi s.p.a. in quella occasione abbia perfino aumentato la consistenza del personale addetto ai servizi (da 26 a 27) oppure ne abbia modificato la distribuzione tra i quattro aeroporti, come sostenuto dall'a.t.i. ricorrente in sede di motivi aggiunti e recisamente negato dalle controparti;

- la stessa commissione di gara avrebbe riconosciuto l'incidenza dei chiarimenti offerti dalla controinteressata sulla valutazione espressa, nella seduta del 15 gennaio 2009, in ordine al parametro "organizzazione di commessa". E la stessa commissione avrebbe espressamente dato atto che taluni dati tecnici relativi al servizio presso la *control room* dell'Aeroporto di Bari, forniti dalla società in risposta alla nota del responsabile del procedimento, costituiscono aggiunte "...a quanto indicato nel volume 3";

- l'illegittimità dell'operato della commissione sarebbe perciò manifesta e prescinderebbe dalla questione se i chiarimenti così forniti fossero o meno già insiti, o quantomeno ricavabili, nell'originario progetto tecnico: se anche l'integrazione concessa a Cofathec Servizi s.p.a. fosse stata meramente ricognitiva ed avesse soltanto agevolato la comprensione del progetto da parte della commissione di gara, senza l'aggiunta di elementi tecnici innovativi, tanto sarebbe stato sufficiente ad inficiare la legittimità dell'istruttoria, a causa dell'insanabile *vulnus* arrecato al principio di parità di trattamento.

13.2. Sia l'appello di Aeroporti di Puglia che quello di Cofely criticano la sentenza osservando che il c.d. potere di soccorso della stazione appaltante

è espressione di un principio generale e può essere esercitato anche per conseguire chiarimenti in relazione all'offerta, anche alla luce dell'art. 6, l. n. 241 del 1990, purché non sia violata la *par condicio* e non si consentano modifiche dell'offerta originaria.

Nella specie l'offerta era completa quanto a organigramma, qualifiche del personale, numero di addetti per ciascun turno e ciascun aeroporto, e la commissione di gara ha solo chiesto un chiarimento in ordine alle qualifiche del personale per ciascun turno.

In particolare l'accorpamento grafico fornito dall'aggiudicataria in sede di chiarimenti non significherebbe che è stato ridotto il personale.

Inoltre non sarebbe un elemento nuovo, fornito in sede di chiarimenti, l'indicazione del presidio *control room*, trattandosi di funzione afferente la struttura operativa descritta nell'offerta tecnica modulo 3; né i responsabili di aeroporto sarebbero stati sostituiti dagli operatori di *control room*.

14. Il motivo è infondato.

14.1. L'art. 46, del Codice dei contratti pubblici, nel configurare il poterdovere di soccorso della stazione appaltante nei confronti dei concorrenti, dispone che le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati.

Tale possibilità di richiesta di integrazioni o chiarimenti è peraltro sancita nei limiti previsti dai precedenti articoli da 38 a 45, che riguardano i requisiti di partecipazione e di qualificazione, ossia i requisiti soggettivi del concorrente.

Si pone pertanto la questione se la stazione appaltante abbia o meno il potere di chiedere chiarimenti in relazione alle offerte, senza con ciò violare la *par condicio*, nella fase di valutazione delle offerte medesime.

Va senz'altro escluso che la richiesta di chiarimenti o integrazioni possa servire a completare l'offerta che sia carente di elementi essenziali o



accessori, perché si violerebbe la *par condicio* tra i concorrenti se con l'integrazione e/o chiarimento si rendesse ammissibile un'offerta che sarebbe altrimenti inammissibile o anche solo si rendesse l'offerta degna di maggior punteggio in virtù dell'integrazione.

14.2. Ma più in radice occorre interrogarsi se sia possibile chiedere chiarimenti o integrazioni relativamente alle offerte, al solo fine di meglio comprenderne la portata.

Tale possibilità non è espressamente contemplata dal codice dei contratti pubblici.

Infatti i chiarimenti sulle offerte possono essere chiesti solo nel subprocedimento di verifica di anomalia, ossia dopo che è stata stilata una graduatoria delle offerte, e in relazione alla migliore classificata occorre accertare se essa sia o meno attendibile.

Inoltre, i chiarimenti e persino le integrazioni delle offerte possono essere chiesti in specifiche procedure quale il dialogo competitivo e la procedura negoziata, dove vi è un dialogo tra stazione appaltante e concorrenti, e i chiarimenti e integrazioni vengono chiesti a tutti i concorrenti, ma al di fuori di tali ipotesi non è prevista un'interlocuzione tra stazione appaltante e concorrenti nella fase di valutazione delle offerte.

Vero è che ai sensi dell'art. 6, l. n. 241 del 1990, il responsabile del procedimento può chiedere il rilascio di dichiarazioni e ordinare esibizioni documentali, ma tale potere va esercitato con assoluta cautela nelle procedure concorsuali, perché si risolverebbe in un danno attuale o potenziale della *par condicio*.

Una richiesta di chiarimenti nei confronti di un solo offerente tendenzialmente pone questo in posizione di vantaggio rispetto agli altri offerenti, in violazione della *par condicio*.

Pertanto, nelle procedure aperte non sono in linea di principio ammissibili da parte della stazione appaltante richieste di chiarimenti sull'offerta

tecnica, rivolte ad un solo concorrente, nella fase di valutazione delle offerte, prima che sia stilata una graduatoria, ove si consideri che il codice dei contratti consente le richieste dei chiarimenti o sui requisiti soggettivi, o sull'offerta nella sola fase della valutazione di anomalia, o in specifiche procedure che prevedono un'interlocuzione con i concorrenti.

14.3. Nei procedimenti concorsuali l'esercizio di poteri ufficiosi in ossequio ai principi di efficienza e efficacia va coniugato con l'esigenza di tutela della *par condicio*.

Il giusto punto di equilibrio tra salvaguardia dell'efficacia e celerità dell'azione amministrativa e salvaguardia della *par condicio* va rinvenuto nella possibilità di chiedere chiarimenti quando la mancata richiesta potrebbe determinare, da parte della stazione appaltante, una decisione erronea o illegittima che si esporrebbe a impugnazione, e dunque la richiesta mira a scongiurare il rischio di errore da parte della stazione appaltante. In particolare, il punto di equilibrio si snoda attraverso le seguenti coordinate:

- non può essere esercitato da parte dell'amministrazione un potere di soccorso per consentire all'offerente di sanare invalidità o irregolarità;
- non può essere esercitato da parte dell'amministrazione un potere di soccorso per consentire all'offerente di chiarire aspetti dell'offerta che si presentano oscuri per colpa dell'offerente, vale a dire perché l'offerente, pur potendo essere chiaro, non lo è stato;
- può essere esercitato da parte dell'amministrazione un potere di soccorso per consentire all'offerente di chiarire aspetti dell'offerta già in sé completa e valida, quando l'oscurità o lacuna non è imputabile all'offerente, ma ad una non chiara formulazione della legge di gara;
- in nessun caso può consentirsi una modifica dell'originaria offerta, che si tradurrebbe in una nuova manifestazione di volontà negoziale.

14.4. La giurisprudenza di questo Consesso ha già ritenuto che il dovere di soccorso con richiesta di chiarimenti possa essere esercitato non solo in

relazione ai requisiti di partecipazione e qualificazione, ma anche in relazione alle offerte, purché nel rispetto di rigorose condizioni. In particolare, il dovere di soccorso, che si impone alle amministrazioni appaltanti in una visione non meramente formalistica degli oneri e degli obblighi che sono imposti ai soggetti partecipanti ai procedimenti ad evidenza pubblica e che si concretizza nell'invito ad essi rivolto a completare o fornire chiarimenti circa il contenuto della documentazione presentata e dell'offerta, deve essere correttamente intesa ed interpretata coerentemente con i principi di imparzialità e di buon andamento, predicati dall'art. 97 Cost., e presuppongono quindi un'offerta valida, seria, affidabile e completa nei suoi elementi essenziali. L'integrazione dell'offerta è da considerarsi ammissibile solo se, attraverso essa, non si apporti alla originaria offerta una variazione essenziale e non già quando attraverso la surrettizia forma della integrazione, dei chiarimenti o della specificazione di elementi costitutivi dell'offerta stessa, mancanti o gravemente incompleti, si pervenga ad una modificazione dell'originaria offerta attraverso una nuova manifestazione di volontà negoziale, del tutto autonoma ed indipendente quanto al suo concreto contenuto rispetto a quella originaria (Cons. St., sez. V, 12 giugno 2009, n. 3750).

Ancora, si è affermato che nel rispetto della efficienza e della economicità dell'azione amministrativa, la stazione appaltante può avvalersi del c.d. potere di soccorso nei confronti delle offerte non conformi alla *lex specialis* della gara, potendo domandare chiarimenti in ordine alla dichiarazione presentata, ove sia del tutto evidente la sua mera erroneità materiale ed il possesso del requisito sia comunque individuabile dagli atti depositati e occorra soltanto un chiarimento ovvero un aggiornamento (Cons. St., sez. I, 18 marzo 2009 n. 701/09).

14.5. Nel caso di specie, dalla disamina comparata della legge di gara, dell'offerta originaria, della richiesta di chiarimenti e dei chiarimenti forniti,

si evince che:

- la legge di gara era chiara in ordine alle modalità di redazione dell'offerta quanto all'organizzazione del personale;
- l'offerta originaria indicava l'organigramma, le qualifiche del personale, il numero di addetti in ciascun aeroporto nell'ambito dei turni quotidiani prescritti dalla legge di gara;
- l'offerta pur indicando il numero di addetti per aeroporto e per turni quotidiani, non indicava anche le qualifiche per ciascun turno;
- la richiesta di chiarimenti mirava a conoscere le qualifiche degli addetti per ciascun turno, ossia chiedeva una correlazione tra qualifiche del personale e turni.

Tale elemento poteva essere indicato sin dall'originaria offerta, perché trattandosi di organizzare un servizio di conduzione, gestione e manutenzione di impianti, articolato su turni giornalieri, era generica la sola indicazione del numero di addetti per turno giornaliero, senza specificarsi le relative qualifiche, perché in tal modo rimaneva in ombra un elemento essenziale, ossia il tipo di personale che sarebbe stato presente in aeroporto per le esigenze quotidiane.

Pertanto, se anche l'offerta non era invalida, essa presentava tuttavia un'incompletezza che incideva negativamente sul punteggio.

14.6. Fermo restando che nella specie non era ammissibile una richiesta di chiarimenti sull'offerta tecnica, per completezza il Collegio osserva che in concreto il chiarimento fornito si è tradotto in una modifica dell'offerta.

Nell'originaria offerta tecnica, quanto alla voce organizzazione di commessa, era indicato il numero di addetti dedicati in ciascun aeroporto in ciascun turno quotidiano, e il loro numero complessivo di 27, mentre non vi era correlazione tra qualifica e singoli turni.

In particolare, quanto alle risorse impegnate nell'erogazione del servizio, e in particolare quanto alla struttura operativa, l'offerta dell'aggiudicataria

prevedeva (pagg. 11-14 del vol. 3 dell'offerta tecnica):

per l'aeroporto di Bari: 7 risorse condivise e 10 dedicate;

per l'aeroporto di Brindisi: 7 risorse condivise e 10 dedicate;

per l'aeroporto di Grottaglie: 7 risorse condivise e 3 dedicate;

per l'aeroporto di Foggia: 7 risorse condivise e 3 dedicate,

per un totale di 27 risorse dedicate inclusa la figura del responsabile di commessa.

In particolare, e apparendo sufficiente limitare l'analisi all'aeroporto di Bari, quanto alle relative risorse dedicate, si indicavano:

1 responsabile di aeroporto dal lunedì al venerdì, senza specificazione dell'arco temporale giornaliero, comunque indicato dalla legge di gara in nove ore dalle 8 alle 17;

1 assistente di commessa dal lunedì al venerdì, senza specificazione dell'arco temporale giornaliero, comunque indicato dalla legge di gara in nove ore dalle 8 alle 17;

6 tecnici del servizio-conduttore (COND) precisandosi due persone per turno considerato un arco temporale giornaliero di 18 ore per 365 giorni;

2 tecnici del servizio-manutentore (MAN) dal lunedì al venerdì senza specificazione dell'arco temporale giornaliero, comunque indicato dalla legge di gara in nove ore dalle 8 alle 17.

Per ciascuna di tale figure professionali era anche indicato il livello di inquadramento secondo il CCNL.

La commissione di gara per il tramite del r.u.p. riteneva di dover chiedere un chiarimento al fine dell'attribuzione del punteggio per la voce "organizzazione di commessa proposta e risorse impiegate per i servizi da erogare", per la quale potevano essere attribuiti massimo 15 punti.

La commissione premetteva che le risorse impiegate nell'erogazione del servizio, con i relativi livelli, tipologia di impiego (dedicato ovvero condiviso) impegno settimanale, erano indicate nell'offerta tecnica.

Tuttavia, proseguiva la commissione, nel verbale del 7 novembre 2008, “per meglio comprendere i metodi di impiego delle risorse, la Commissione propone al responsabile del procedimento di rivolgere alla concorrente n. 3 una richiesta di chiarimenti in merito al numero di addetti, per qualifica e per aeroporto, contemporaneamente operanti per turno di lavoro, nell’ambito giornaliero, nonché il numero totale degli addetti operativi impiegati”.

I chiarimenti venivano forniti come segue dall’aggiudicataria, apparendo sufficiente limitare l’analisi all’aeroporto di Bari (identico il quadro si presenta per l’Aeroporto di Brindisi):

1 responsabile di aeroporto dalle ore 8 alle ore 17 dal lunedì al venerdì;

1 assistente di commessa dalle ore 8 alle ore 17 dal lunedì al venerdì;

1 termoidraulico dalle 5 alle 23, n. 3 turnisti;

1 elettricista dalle 5 alle 23, n. 3 turnisti;

1 presidio *control room* impianti dalle 5 alle 23, n. 3 turnisti;

n. 1 manutentore termoidraulico dalle 8 alle 17;

1 manutentore elettrico dalle 8 alle 17.

Sia in relazione al manutentore termoidraulico che in relazione al manutentore elettrico c’è la dicitura “n. 2 giornal.”

Se si confrontano l’originaria offerta e la tabella di chiarimenti emergono discrasie che hanno comportato una modifica dell’offerta.

Considerando, ad es., l’aeroporto di Bari, nell’originaria offerta si indicano dieci risorse dedicate, di cui 1 responsabile di aeroporto, 1 assistente di commessa, sei tecnici del servizio- conduttore, considerate 2 persone a turno, e considerate 18 ore giornaliere per 365 giorni, due tecnici del servizio-manutentore per 9 ore giornaliere dal lunedì al venerdì.

E’ allora chiaro, nell’originaria offerta, che per il servizio conduttore sono previsti sei tecnici in totale.

E tanto si evince dalla pag. 7 dell’offerta tecnica (vol. 3) dove è riportato

l'organigramma sotto veste grafica di struttura gerarchica; sotto il responsabile di aeroporto e l'assistente di commessa, la tabella riporta le seguenti voci e dati: "squadra presidio/cond. n. 2 risorse"; "squadra manutentore n.2 risorse".

E' allora chiaro che una sola squadra di due risorse era addetta al presidio e alla conduzione, con tre turni giornalieri per un totale di 6 unità dedicate.

La prospettiva cambia con i chiarimenti, in cui si indicano, in relazione al presidio e alla conduzione, 1 termoidraulico, 1 elettricista e 1 presidio *control room*, con tre turnisti per un arco temporale di 18 ore giornaliere per 365 giorni.

Secondo quanto espone la stessa appellante Cofely, in relazione ai tecnici di conduzione che devono coprire un arco giornaliero di 18 ore per 365 giorni annui, si prevede per ciascun dipendente un orario di 42 ore settimanali.

Questo implica che giornalmente ciascun tecnico fa un turno di 6 ore e che per coprire un arco di 18 ore per sette giorni a settimana occorrono tre turnisti al giorno, sia quanto alla qualifica termoidraulico sia quanto alla qualifica elettricista, sia quanto all'addetto al presidio di *control room*.

Pertanto, se si prevedono giornalmente 1 termoidraulico, 1 elettricista e 1 presidio *control room*, per coprire ogni giorno 18 ore, per ciascuna mansione occorrono tre turnisti, ossia in totale non già sei dipendenti, come indicato nell'originaria offerta, ma nove.

Non giova la tesi di parte appellante secondo cui il presidio di *control room* era già previsto nell'offerta originaria, perché se questo è vero con riferimento all'organigramma riportato a pag. 7 dell'offerta, non è vero quanto all'elenco del personale dedicato riportato a pag. 11. E se anche a pag. 11 si dovesse ritenere che i tecnici del servizio-conduttore, comprendono il presidio di *control room*, sono comunque previste 6 unità, come del resto si desume anche da pag. 7, dove si indicano due risorse per la squadra presidio/cond., ossia sei unità, considerati tre turni giornalieri.

Invece nei chiarimenti per ciascuna figura professionale, ossia termoidraulico, elettricista e presidio *control room* si indicano tre turnisti, e dunque in totale nove unità al giorno.

E' dunque evidente che dall'offerta di chiarimenti risulta un aumento del numero delle risorse dedicate rispetto all'originaria offerta e dunque una modifica dell'offerta medesima che non poteva essere consentita.

Inoltre va condivisa la censura, contenuta nel ricorso di primo grado, che solo con la richiesta di chiarimenti si indicano i turni di lavoro. E' vero che l'arco giornaliero da coprire era già indicato dalla legge di gara e non occorre ribadirlo con l'offerta, tuttavia dove l'arco giornaliero era di nove ore era necessario precisare il numero di turni non essendo affatto scontato che fosse sufficiente un turno unico. Invece l'offerta originaria nulla specifica per tale evenienza, e solo dove l'arco giornaliero era di 18 ore, chiarisce che sono previsti tre turni giornalieri.

Con ulteriore censura in primo grado si lamentava che con i chiarimenti si sarebbe ridotto il numero di unità con le mansioni di responsabile di aeroporto e di commessa, perché Cofely ha redatto due prospetti sintetici, valevoli ognuno per due aeroporti (Bari e Foggia; Brindisi e Grottaglie), indicando una sola volta il responsabile di aeroporto e l'assistente di commessa. Secondo il ricorso di primo grado, si sarebbe operata per tali figure una riduzione di due unità, per compensare le tre nuove figure di addetti al presidio di *control room*, con l'effetto di passare da 27 a 28 unità.

Non è chiaro che sia questo il risultato perseguito. Sembra che i prospetti siano stati redatti unitariamente a fini di sintesi non certo di riduzione del personale. Dal prospetto sembrerebbe chiaro che in ognuno dei 4 aeroporti vi sarebbe stato un responsabile di aeroporto e un assistente di commessa, vale a dire due unità dedicate in ciascun aeroporto per un totale di 8 unità. Però siccome è indubbio l'aumento di tre unità in qualità di addetti al presidio di *control room*, ne risulta un aumento di personale non già da 27 a



28 unità, come sostenuto nel ricorso di primo grado, ma addirittura da 27 a 30 unità.

La consentita integrazione ha comportato invece una migliore valutazione dell'offerta che ha conseguito 12 punti su 15, con violazione della par condicio.

Va pertanto sotto tale profilo respinto il motivo di appello proposto da Siram e da Cofely.

14.7. Quanto alla portata dell'annullamento del Tribunale amministrativo, la sentenza merita conferma laddove ha ritenuto che l'offerta tecnica non doveva essere esclusa, infatti l'offerta non contrasta con la legge di gara, ma si pone solo una questione di punteggio ad essa attribuibile.

Pertanto l'annullamento della richiesta di chiarimenti impone di considerare *tamquam non esset* i chiarimenti forniti e di valutare l'offerta di Cofely senza tener conto dei chiarimenti.

Peraltro, si tratta di stabilire se era necessario, come ha fatto il Tribunale amministrativo, annullare l'intera fase di valutazione delle offerte, con conseguente necessità di rinnovare l'intera fase, o se fosse sufficiente annullare l'aggiudicazione e l'attribuzione del punteggio alla Cofely per la voce organizzazione di commessa, con conseguente necessità di rinnovare la sola valutazione relativa a tale voce.

Di tanto si dirà in sede di esame dell'appello incidentale di Siram che solleva censure sul punto.

15. Con il sesto motivo dell'appello di Cofely (pagg. 66-67 dell'atto di appello) e con il secondo motivo dell'appello di Aeroporti di Puglia s.p.a. viene contestato il capo di sentenza che ha accolto il sesto motivo del ricorso di primo grado.

15.1. Con il sesto motivo del ricorso di primo grado si lamentava violazione degli artt. 63 e ss. r.d. 23 maggio 1924, n. 827 e del principio di continuità delle procedure di evidenza pubblica, eccesso di potere per

erronea presupposizione, carenza di istruttoria, difetto di motivazione, illogicità ed ingiustizia manifesta: la commissione di gara avrebbe illegittimamente ritardato l'esame dell'offerta tecnica Cofathec Servizi s.p.a., mediante rinvio dalla seduta del 7 novembre 2008 a quella del 15 gennaio 2009.

15.2. Il Tribunale amministrativo ha accolto la censura contestualmente all'accoglimento del primo motivo di ricorso, implicitamente ritenendo violato il principio di continuità della gara per essere stata la seduta sospesa per oltre due mesi al fine di consentire alla concorrente l'integrazione documentale richiesta.

15.3. Le appellanti criticano tale capo di sentenza lamentando che:

il giudice di primo grado non motiva specificamente sulle ragioni di accoglimento di tale motivo di ricorso;

il motivo di ricorso sarebbe infondato in quanto secondo pacifico orientamento giurisprudenziale, il principio di continuità delle gare è meramente tendenziale e può essere derogato in presenza di esigenze obiettive.

Né è provato che nella specie sarebbe violata la *par condicio* per il solo fatto che per un solo profilo dell'offerta tecnica di Cofely il punteggio è stato attribuito dopo l'esame di tutte le altre offerte tecniche, perché così ragionando si arriverebbe alla paradossale conclusione che ogni qual volta si valuti l'ultima offerta tecnica dopo l'esame delle altre offerte, detta valutazione sarebbe per ciò solo inficiata sotto il profilo della lesione della *par condicio*.

15.4. Il motivo è fondato.

Il regolamento di contabilità di Stato, r.d. n. 827 del 1024 detta il principio dell'impossibilità assoluta di interrompere la seduta di gara (art. 71).

Ma tale principio, considerato anche che ha fonte regolamentare e non primaria, non può essere considerato assoluto e inderogabile.

Del resto nel settore dei lavori pubblici, il sopravvenuto d.P.R. n. 554 del 1999 pone un principio di continuità attenuata, consentendo che le sedute di gara siano sospese ed aggiornate ad altra ora o ad “un giorno successivo” salvo che nella fase di apertura delle buste delle offerte economiche (art. 90, comma 8 d.P.R. n. 554 del 1999).

Il riferimento ad “un giorno successivo” anziché “al giorno successivo” (come invece disponeva l’art. 5 l. 2 febbraio 1973, n. 14 previgente) è stato inteso nel senso che la gara può proseguire non solo nel giorno immediatamente seguente, ma anche in un giorno successivo non immediatamente seguente, cioè non consecutivo, anche se il generale principio di celerità del procedimento impone che tra le sedute non intercorra un lasso temporale eccessivo.

La giurisprudenza di questo Consesso ha affermato che quello di continuità delle gare è un principio tendenziale, che deve applicarsi per soddisfare due esigenze fondamentali:

- garantire la celerità delle operazioni, in ossequio al principio del buon andamento e di efficienza dell’amministrazione;
- garantire l’assoluta indipendenza di giudizio di chi presiede la gara e sottrarlo a possibili influenze esterne, e impedire che i criteri di valutazione delle offerte vengano formulati dopo la conoscenza delle stesse (Cons. St., sez. VI, 16 novembre 2000, n. 6128).

Considerate le ragioni sottese al principio di continuità della gara (celerità e imparzialità), lo stesso, in concreto, non viene violato, se:

- le operazioni di gara si svolgono con ragionevole celerità, anche se non in un unico giorno o in pochi giorni consecutivi;
- la fissazione dei criteri di valutazione delle offerte preceda la conoscenza delle offerte medesime;
- venga rispettato il principio di segretezza delle operazioni di gara fino alla enunciazione dell’esito della stessa (Cons. St., sez. VI, 2 febbraio 2004, n.

324).

Ancora, secondo questo Consiglio di Stato, il principio di continuità delle gare pubbliche è un principio meramente tendenziale, ben suscettibile di deroga laddove esistano circostanze oggettive, non necessariamente richiamate nei verbali, che impongano, proprio per il rispetto dei principi di buon andamento e “par condicio” più volte invocati dalla medesima società ricorrente, una ponderata attività di valutazione in relazione alla complessità dell’oggetto di gara e ai requisiti richiesti (Cons. St., sez. V, 25 luglio 2006, n. 4657; Id., 18 novembre 2002, n. 6388).

Pertanto nella specie, avendo la Commissione ravvisato la necessità di chiedere chiarimenti, vi era una ragione oggettiva e legittima per rinviare la seduta.

16. Con il settimo motivo dell’appello di Cofely e con il terzo motivo dell’appello di Aeroporti di Puglia viene contestato il capo di sentenza che ha accolto il quinto motivo del ricorso di primo grado.

16.1. Con il quinto motivo del ricorso di primo grado si lamentava violazione dell’art. 84, comma 4, d. lgs. n. 163 del 2006 e dei principi di buon andamento, imparzialità e ragionevolezza, eccesso di potere per erronea presupposizione, carenza di istruttoria, illogicità, ingiustizia manifesta: sarebbe illegittima la composizione della commissione di gara, in quanto due membri avrebbero precedentemente ricoperto incarichi di responsabili del servizio da appaltare.

16.2. Il Tribunale amministrativo ha accolto la censura osservando che due membri della commissione, Cosimo Nastasia e Donato Surdo, avrebbero precedentemente ricoperto incarichi di responsabili del servizio da appaltare (cosiddetto *post holder* per la manutenzione, aventi funzioni di controllo sulla fase esecutiva del servizio). L’affermazione sarebbe suffragata dai documenti versati in giudizio da parte ricorrente, da cui si desume che nel corso degli anni 2007-2008 il commissario Donato Surdo ha svolto tali

mansioni nell'Aeroporto di Brindisi, adottando diversi ordini di servizio nei confronti dell'a.t.i. Cofathec - Siram s.p.a., all'epoca affidataria del servizio. Ricorrerebbe pertanto ad avviso del Tribunale amministrativo la violazione del quarto comma dell'art. 84 del codice dei contratti pubblici, in base al quale i commissari diversi dal presidente non devono aver svolto alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo, relativamente al contratto del cui affidamento si tratta, quando la gara si svolga secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

16.3. Le appellanti criticano tale capo di sentenza osservando che il *post holder* è una figura presente nell'organigramma di qualsiasi gestore di complessi aeroportuali, con funzioni di garanzia nei confronti dell'ENAC, come si desumerebbe dalla circolare ENAC APT-16 del 15 marzo 2004.

Dalla circolare si desumerebbe che il *post holder* è figura istituzionale imprescindibile, svolge una funzione generale di garanzia nei confronti di ENAC, certifica ad ENAC il rispetto dei necessari standards di sicurezza.

Si tratterebbe di un soggetto istituzionale e neutrale, che non rientrerebbe tra i casi di incompatibilità previsti dall'art. 84, comma 4, d.lgs. n. 163 del 2006.

Tale incompatibilità riguarderebbe solo i soggetti che hanno ricoperto incarichi o funzioni relativamente all'appalto della cui commissione di gara si discute.

16.4. Il mezzo è fondato.

Ai sensi dell'art. 84, d.lgs. n. 163 del 2006, applicabile anche nei settori speciali in quanto richiamato espressamente dall'art. 206, d.lgs. n. 163 del 2006, quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, va nominata una commissione di gara, e in tale commissione i componenti diversi dal presidente non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta

(comma 4).

E' chiaro che l'incompatibilità, mirando a garantire l'imparzialità dei commissari di gara, si riferisce a soggetti che abbiano svolto incarichi relativi al medesimo appalto, ad es. incarichi di progettazione, di verifica della progettazione, incarichi di predisposizione della legge di gara, e simili.

L'incompatibilità non può estendersi a qualsivoglia funzionario dipendente dalla stazione appaltante, che svolge incarichi amministrativi o tecnici che non sono relativi allo specifico appalto.

Nella specie i commissari hanno asseritamente svolto compiti di *post holder* nell'Aeroporto di Brindisi, impartendo ordini di servizio in relazione ad un diverso appalto.

Pertanto non sussiste la ravvisata incompatibilità.

Ne consegue che non sussiste la invalidità, ravvisata dal Tribunale amministrativo, di tutta la fase di valutazione delle offerte, essendo la commissione di gara legittimamente formata.

17. Passando all'esame dell'appello incidentale autonomo, proposto in relazione ad entrambi gli appelli principali, con il primo mezzo, articolato in più profili, si contesta il capo di sentenza che ha accolto il primo motivo del ricorso di primo grado, ritenendosi che l'accoglimento non sia pienamente soddisfacente.

17.1. Infatti il Tribunale amministrativo ha statuito che il vizio riscontrato (richiesta di integrazioni e chiarimenti modificativi dell'offerta) non determina l'esclusione dell'offerta, che non presenta carenze tali da renderla invalida, ma un vizio del punteggio attribuito, con la conseguenza che va annullata la fase di valutazione delle offerte.

17.2. Ad avviso dell'appellante incidentale l'offerta tecnica di Cofely presentava carenze che hanno reso necessaria una richiesta di chiarimenti, e pertanto il giudice doveva limitarsi ad annullare l'aggiudicazione in favore di Cofely atteso che la sua offerta doveva essere esclusa, anziché annullare

l'intera fase di valutazione delle offerte.

17.3. La censura va disattesa.

Dalla lettura della legge di gara (disciplinare e capitolato) si evince che occorreva indicare le qualifiche dei dipendenti e il numero di essi, con l'articolazione dei turni di lavoro.

Tali elementi sono stati tutti indicati nell'offerta di Cofely, che reca l'organigramma, il numero di dipendenti addetti a ciascun aeroporto, il livello di inquadramento per ciascun dipendente addetto all'aeroporto, e reca un'elencazione delle qualifiche professionali dei dipendenti da impiegare.

Ciò che mancava nell'offerta di Cofely e che ha formato oggetto di richiesta di chiarimenti, è la indicazione della qualifica per ciascun singolo dipendente addetto in aeroporto, in quanto le qualificazioni erano state elencate e descritte, senza correlazione alle singole attività in aeroporto.

Ma si tratta di carenza che non determina invalidità dell'offerta, in quanto la legge di gara non è chiara nell'esigere che si indichi la qualifica in correlazione con ciascun singolo dipendente addetto in aeroporto, anziché con elencazione.

La correlazione della qualifica al singolo dipendente era comunque desumibile *per relationem*, atteso che erano state descritte le attività degli addetti alla conduzione e alla manutenzione, ne era stato indicato il livello di inquadramento secondo il CCNL, ed era stato fornito un elenco descrittivo delle qualificazioni e della relativa corrispondenza al livello di inquadramento contrattuale.

Pertanto non vi era alcuna causa di esclusione dell'offerta tecnica di Cofely.

18. Con il secondo profilo del primo motivo dell'appello incidentale autonomo si osserva che l'offerta di Cofely andava esclusa anche perché mediante i chiarimenti la stessa sarebbe stata integralmente modificata.

Si lamenta che da un assetto di indipendenza dei quattro aeroporti si

passerebbe ad un accorpamento organizzativo, con un unico responsabile di aeroporto per due aeroporti e un unico assistente di commessa per due aeroporti.

Inoltre muterebbe la tipologia di servizi offerti aggiungendosi il servizio di presidio *control room* e sostituendo per Foggia e Grottaglie il servizio presidio/conduzione e manutenzione con un servizio espletato da un operatore polivalente. Inoltre per la prima volta in sede di chiarimenti si indicherebbero i turni di lavoro dei dipendenti.

18.1. In sede di esame degli appelli principali tali censure sono state già disattese, e alla relativa trattazione si rinvia.

19. Con il terzo profilo del primo motivo dell'appello incidentale autonomo si osserva, in via subordinata, che se anche non si ritenesse che l'offerta di Cofely andava esclusa, essa comunque non poteva ottenere alcun punteggio per il criterio "organizzazione di commessa". Le andrebbero pertanto sottratti 12 punti con la conseguenza che l'aggiudicazione competerebbe all'a.t.i. seconda classificata.

Si osserva che in base al principio dispositivo che regge il processo amministrativo e in base al principio di economia dei mezzi giuridici, non era necessario né soddisfacente annullare l'intera fase di valutazione delle offerte, dovendosi invece annullare la sola valutazione dell'offerta di Cofely per la voce organizzazione di commessa.

19.1. Tale censura merita parziale accoglimento, nei termini che si esporranno quanto alla portata dell'annullamento giurisdizionale.

Considerata illegittima la richiesta di chiarimenti e la valutazione della voce organizzazione di commessa fatta dopo i chiarimenti ottenuti, ne consegue che l'offerta di Cofely, quanto alla voce organizzazione di commessa, deve essere valutata nella sua formulazione originaria, considerando *tamquam non esset* la richiesta di chiarimenti e la relativa risposta.

Non è corretto che a Cofely, per la voce "organizzazione di commessa"



andrebbero attribuiti zero punti.

Occorreva invece che la Commissione valutasse l'offerta *in parte qua* senza considerare i chiarimenti forniti.

In tale valutazione, l'attribuzione di punteggio resta riservata alla commissione di gara, non potendosi il giudice sostituire all'amministrazione in un'attività tipicamente amministrativa e al di fuori dei casi di giurisdizione di merito. Non è dato pertanto stabilire se a Cofely spetterebbero comunque 12 punti, o di meno, e con quale abbattimento. Si tratta di valutazione che compirà una diversa commissione di gara in sede di rinnovo delle operazioni annullate dal giudice.

Peraltro, quanto alla portata dell'annullamento giurisdizionale, il principio dispositivo e il principio di economia dei mezzi giuridici rendono eccessivo l'annullamento, disposto dal Tar, dell'intera fase di valutazione delle offerte. Infatti, da un lato il Collegio ha escluso che vi fosse un vizio di composizione della commissione di gara, e pertanto la valutazione delle offerte operata dalla commissione è da ritenere nel complesso legittima, salva l'illegittimità commessa nella valutazione della voce organizzazione di commessa quanto all'offerta di Cofely.

E' pertanto possibile limitare l'annullamento giurisdizionale all'aggiudicazione e alla presupposta valutazione dell'offerta di Cofely limitatamente a tale voce dell'offerta tecnica.

Pertanto dovranno essere rinnovate solo le seguenti operazioni di gara, ad opera di una diversa commissione:

- a) valutazione e attribuzione di punteggio alla sola voce organizzazione di commessa dell'offerta tecnica di Cofely, tenendo conto della sola offerta originaria e non anche dei chiarimenti successivi, da considerare *tamquam non essent*;
- b) sommatoria del nuovo punteggio a quello già attribuito, e rideterminazione della graduatoria;

c) rinnovo dell'aggiudicazione.

Nel rinnovo delle sole operazioni suindicate, restano fermi tutti gli altri punteggi già attribuiti dalla precedente commissione di gara, sia quanto alle altre offerte, sia quanto all'offerta di Cofely per tutti gli altri profili, tecnici ed economici, diversi dal profilo organizzazione di commessa.

20. Con il secondo motivo dell'appello incidentale autonomo si contesta il capo di sentenza che ha disatteso il secondo motivo del ricorso di primo grado.

20.1. Con il secondo motivo del ricorso di primo grado si lamentava violazione del principio di buon andamento e ragionevolezza, eccesso di potere per erronea presupposizione, carenza di istruttoria, illogicità, irrazionalità ed ingiustizia manifesta: la commissione di gara avrebbe ingiustamente attribuito i punteggi numerici in relazione alla voce "modalità di progettazione ed esecuzione dei servizi", per la quale l'aggiudicataria ha ottenuto il punteggio di 14/20 con un giudizio di "*più che adeguata*", mentre l'a.t.i. ricorrente ha ottenuto il punteggio di 15/20 con un giudizio di "*ottimo*".

20.2. Il primo giudice ha disatteso tale censura osservando che il disciplinare di gara non ha introdotto alcuna griglia di corrispondenza tra giudizi sintetici e punteggi numerici e, d'altra parte, i verbali testimoniano che la commissione ha assegnato i punteggi, per ciascuna delle sottovoci relative al progetto tecnico, all'esito di un diffuso ed analitico esame degli stessi, di cui ha dato conto con dovizia di osservazioni, apprezzamenti e valutazioni specifiche; sono queste ultime, e non il mero giudizio riassuntivo, che giustificano i punteggi numerici singolarmente assegnati.

20.3. L'appellante incidentale critica tale capo di sentenza osservando che a fronte di due giudizi nettamente distinti sul piano concettuale, ottimo e più che adeguato, sono corrisposti punteggi pressoché equivalenti, rispettivamente 15 e 14. Al giudizio di ottimo avrebbe dovuto

corrispondere il punteggio massimo di 20.

Né contrariamente a quanto sostiene il Tribunale amministrativo vi sarebbero giudizi analitici che spiegano la discrasia.

Il mezzo è infondato.

Non è dimostrato che al giudizio di ottimo debba corrispondere il punteggio massimo di 20, atteso che vi sono valutazioni superiori all'ottimo (eccellente), e non è neppure dimostrato che tra ottimo e più che adeguato vi sia una distanza concettuale superiore, in termini numerici, ad 1 punto.

Non si ravvisa nell'operato della commissione alcuna palese illogicità o travisamento e pertanto il mezzo non può trovare accoglimento.

21. Con il terzo motivo dell'appello incidentale autonomo si contesta il capo di sentenza che ha respinto il quarto motivo del ricorso di primo grado.

21.1. Con il quarto motivo del ricorso di primo grado si lamentava violazione dell'art. 86, comma 5, d.lgs. n. 163/ del 2006 e del disciplinare di gara, violazione dei principi di serietà ed attendibilità delle offerte ed eccesso di potere per erronea presupposizione, carenza di istruttoria, illogicità ed ingiustizia manifesta: sarebbero generiche ed insufficienti le giustificazioni preventive prodotte da Cofathec Servizi s.p.a. sul costo del personale.

21.2. Il Tribunale amministrativo ha disatteso tale mezzo per l'assorbente rilievo che la commissione non ha effettuato la procedura di verifica dell'anomalia delle offerte, giacché per nessuna delle concorrenti ammesse e qualificate si è verificata la condizione di cui all'art. 86, comma 2, del Codice dei contratti pubblici. Non vi era dunque ragione di escludere le concorrenti che avessero prodotto giustificazioni preventive insufficienti. Il punto III – § C del disciplinare di gara andrebbe inteso nel senso di rendere necessaria la verifica della loro completezza, a pena d'esclusione, solo in

relazione alle offerte sospette di anomalia.

21.3. Parte appellante critica tale capo di sentenza osservando che in base alla legge di gara le giustificazioni dell'offerta dovevano essere presentate a pena di esclusione.

Inoltre in base al disciplinare di gara se il costo del lavoro è inferiore ai minimi di CCNL, vi è un'autonoma causa di esclusione dell'offerta.

21.4. Il mezzo è infondato.

In base alla legge di gara:

nell'ambito dell'offerta economica occorre produrre, a pena di esclusione, una busta contenente le giustificazioni dell'offerta (punto C, pag. 6 del disciplinare);

nell'ambito del procedimento di aggiudicazione, "saranno ritenute inammissibili ed escluse dalla gara tutte quelle offerte nelle quali il costo del lavoro previsto sia inferiore al costo stabilito dal CCNL di categoria e dalle leggi previdenziali e assistenziali in vigore".

Le giustificazioni relative al costo del lavoro erano pertanto necessarie non solo al fine della verifica di anomalia, meramente eventuale, ma al precipuo fine di verificare il rispetto dei CCNL.

La mancanza di tali giustificazioni era pertanto causa di esclusione, come anche la presentazione di giustificazioni inadeguate, ove vi fosse la prova del mancato rispetto del CCNL.

Tuttavia, nel caso di specie, le giustificazioni relative al costo del lavoro sono state fornite, e dunque non vi era la causa di esclusione per la mancanza delle giustificazioni.

Quanto alla tesi della insufficienza di tali giustificazioni, essa è dedotta con il ricorso di primo grado in modo del tutto generico, lamentandosi non già che sono stati violati i minimi salariali, ma che dalle giustificazioni non si evincerebbe se i minimi sono stati rispettati o meno.

Sotto tale profilo la censura è generica e pertanto inammissibile, era onere

del ricorrente provare con puntualità che vi era una causa di esclusione per violazione dei minimi contrattuali.

22. In conclusione, gli appelli principali vanno accolti in parte, gli appelli incidentali vanno accolti in parte e per l'effetto vanno annullati i seguenti atti di gara:

- l'aggiudicazione;
- la sola valutazione della voce organizzazione di commessa dell'offerta tecnica di Cofely.

Non si può in questa fase procedere a caducazione del contratto nel frattempo stipulato, in quanto non vi è allo stato certezza dell'aggiudicazione in favore della seconda classificata.

Solo all'esito della rinnovazione della valutazione *in parte qua* dell'offerta di Cofely e della nuova graduatoria potranno essere adottate da parte dell'Amministrazione le conseguenti determinazioni in ordine alla sorte del contratto, o se del caso le relative statuizioni saranno adottate dal giudice in sede di giudizio di ottemperanza.

Non vi è spazio per pronunce sul risarcimento del danno, in difetto di domanda di parte.

23. In considerazione della complessità delle questioni e della parziale reciproca soccombenza le spese di lite vanno compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sezione sesta), definitivamente pronunciando sugli appelli in epigrafe:

riunisce gli appelli principali;

accoglie in parte gli appelli principali;

accoglie in parte gli appelli incidentali;

per l'effetto annulla i seguenti atti di gara:

l'aggiudicazione;

la sola valutazione della voce "organizzazione di commessa" dell'offerta

tecnica di Cofely.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 novembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Rosanna De Nictolis, Consigliere, Estensore

Roberto Garofoli, Consigliere

Roberta Vigotti, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/12/2010

IL SEGRETARIO

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