

Publicato il 18/07/2019

N. 05068/2019REG.PROV.COLL.
N. 02951/2019 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2951 del 2019, proposto da Consorzio Parts & Services, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Massimiliano Brugnoletti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Antonio Bertoloni n. 26/B;

contro

Azienda Unità Sanitaria Locale della Romagna, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonello Sdanganelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Safety Car s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Domenico Lavermicocca, Sara

Casali e Salvatore Sticchi Sticchi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Arrigo Varlaro Sinisi in Roma, via Sebino n. 29;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Seconda) n. 00221/2019, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Unità Sanitaria Locale della Romagna e di Safety Car s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 luglio 2019 il Cons. Ezio Fedullo e uditi per le parti gli Avvocati Santi Dario Tomaselli su delega di Massimiliano Brugnoletti, Antonello Sdanganelli e Domenico Lavermicocca;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

Con la sentenza appellata, il T.A.R. Emilia-Romagna ha respinto il ricorso proposto dall'odierno appellante - Consorzio Parts & Services - avverso la determina n. 3904 del 5 dicembre 2018, con la quale la ditta Safety Car s.r.l. è stata ammessa alle successive fasi di gara nell'ambito della procedura aperta per il servizio di manutenzione e riparazione degli automezzi costituenti il parco macchine di proprietà o in uso dell'Azienda USL della Romagna, da aggiudicare secondo il criterio del prezzo più basso, relativamente al lotto n. 1 (concernente il territorio di Ravenna), nonché i motivi aggiunti proposti avverso la successiva nota confermativa prot. n. 9052/P dell'11 gennaio 2019.

La sentenza viene censurata dalla parte appellante laddove ha disconosciuto la sussistenza dei presupposti per procedere all'esclusione della controinteressata, nonché, indipendentemente dall'esito del giudizio, relativamente alla statuizione di condanna al pagamento delle spese di giudizio a favore delle controparti, nella misura di € 9.000,00 per ciascuna.

Si sono costituite in giudizio, per opporsi all'accoglimento dell'appello, l'Azienda Sanitaria Locale della Romagna e la società Safety Cars s.r.l..

Tanto premesso, la parte appellante pone, a fondamento della domanda, proposta ai sensi dell'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a., vigente *ratione temporis*, la carenza in capo alla controinteressata Safety Car s.r.l. del requisito di capacità tecnica e professionale di cui al punto 7.3 del disciplinare di gara, relativo al possesso di una sede operativa con le caratteristiche specificate dall'art. 5 del capitolato, secondo cui "al fine di garantire la piena efficienza e funzionalità del servizio oggetto del presente appalto le Ditte aggiudicatricie dovranno possedere, per ciascun lotto per il quale risultano aggiudicatricie, una sede operativa in possesso dei requisiti minimi sopra indicati e nella quale dovranno essere svolti i servizi oggetto del presente capitolato tecnico. La suddetta sede operativa dovrà essere ubicata entro un raggio di 5 km dal centro del Comune principale del lotto di riferimento. Pertanto le ditte partecipanti alla gara che non siano dotate di tale sede assumono l'impegno ad istituire una in caso di aggiudicazione prima della stipulazione del contratto".

La società Safety Cas s.r.l., che non dispone di una sede operativa rispettosa della suddetta prescrizione (con particolare riguardo alla distanza massima dal centro del Comune di riferimento del lotto) e

che ha dichiarato di partecipare alla gara singolarmente, di non ricorrere al subappalto né all'avvalimento, ha ritenuto di assolvere l'onere suindicato, come indicato nell'informativa resa ai sensi dell'art. 26 d.lgs. n. 81/2008, mediante il contratto di collaborazione instaurato con altra ditta in possesso del suddetto requisito, all'uopo invocando il disposto dell'art. 105, comma 3, lett. c *bis* (inserita dall'art. 69, comma 1, lett. c), d.lvo n. 56 del 19 aprile 2017) del d.lvo n. 50/2016, ai sensi del quale "le seguenti categorie di forniture o servizi, per le loro specificità, non si configurano come attività affidate in subappalto: (...) le prestazioni rese in favore dei soggetti affidatari in forza di contratti continuativi di cooperazione, servizio e/o fornitura sottoscritti in epoca anteriore alla indizione della procedura finalizzata alla aggiudicazione dell'appalto. I relativi contratti sono depositati alla stazione appaltante prima o contestualmente alla sottoscrizione del contratto di appalto".

La parte appellante contesta la soluzione prefigurata dalla controinteressata, evidenziando l'inidoneità dello strumento predisposto dalla disposizione citata al fine di garantire il rispetto della suindicata prescrizione capitolare, essendo lo stesso funzionale alla esecuzione di prestazioni di carattere secondario o sussidiario e risolvendosi, altrimenti impiegato, nell'aggiramento della disciplina (e dei relativi limiti operativi) del subappalto.

Ebbene, al fine di valutare la fondatezza delle deduzioni di parte appellante, occorre preliminarmente verificare se: 1) l'istituto disciplinato dalla disposizione citata si presti a costituire una idonea modalità dimostrativa del possesso del requisito di capacità tecnica e professionale oggetto di contestazione, nonché, in caso di risposta affermativa al suddetto quesito, 2) se la parte controinteressata abbia

adempito agli oneri dichiarativi contemplati dalla *lex specialis*, eventualmente adattati alla specifica disciplina di cui all'art. 105, comma 3, lett. c *bis* d.lvo n. 50/2016.

Alla prima parte del quesito deve darsi, ad avviso della Sezione, risposta affermativa.

Deve invero osservarsi che la necessità di garantire l'effetto utile della previsione, recentemente introdotta, non consente di attribuire ad essa, ai fini della delimitazione del suo perimetro applicativo, un significato tale da abbracciare prestazioni che, in mancanza della stessa, sarebbero state comunque acquisibili dal soggetto affidatario ovvero, addirittura, da imporre oneri dichiarativi e documentali che, prima della sua introduzione, non sarebbero stati configurabili a carico del concorrente alla gara.

A tale risultato si perverrebbe, ad avviso della Sezione, qualora si ritenesse di circoscrivere l'utilizzazione dell'istituto, come preteso dalla parte appellante, con riferimento alle prestazioni "secondarie" e/o "sussidiarie", ovvero a quelle non direttamente rivolte alla stazione appaltante e non coincidenti contenutisticamente con la prestazione dedotta in contratto: prestazioni che, anche a prescindere dalla previsione suindicata, sarebbero state comunque e legittimamente acquisibili *ab externo* dal soggetto affidatario, rivolgendosi ai propri fornitori, indipendentemente dall'epoca di stipula dei relativi contratti e senza essere tenuto al deposito degli stessi presso la stazione appaltante.

Del resto, l'istituto *de quo*, proprio perché si configura come derogatorio rispetto alla generale disciplina del subappalto, è evidentemente ancorato ai medesimi presupposti applicativi, a

cominciare dalla determinazione contenutistica della prestazione eseguibile mediante il ricorso all'impresa "convenzionata".

In tale ottica, il riferimento della disposizione alle "prestazioni rese in favore dei soggetti affidatari" non assume valenza restrittiva (della portata applicativa della previsione), come avverrebbe se si ritenesse che esso implica la necessità che l'utilità della prestazione ridondi ad esclusivo vantaggio, in senso materiale, dell'impresa affidataria (piuttosto che dell'Amministrazione), ma allude alla direzione "giuridica" della prestazione, ovvero al fatto che l'unica relazione giuridicamente rilevante, anche agli effetti della connessa responsabilità, è quella esistente tra stazione appaltante e soggetto affidatario.

Applicando le citate coordinate ermeneutiche alla fattispecie oggetto di giudizio, non può non osservarsi che il requisito *de quo*, connesso alla disponibilità di una "sede operativa" avente le indicate caratteristiche geografiche e destinata alla esecuzione del servizio oggetto di affidamento, si presta astrattamente ad essere garantito mediante un "contratto continuativo di cooperazione, servizio e/o fornitura sottoscritto in epoca anteriore alla indizione della procedura finalizzata alla aggiudicazione dell'appalto", ai sensi della disposizione citata.

A diverse conclusioni deve invece pervenirsi in ordine alla conformità delle modalità partecipative dell'impresa controinteressata alla disciplina di gara, quale derivante dalla sua integrazione con il citato art. 105, comma 3, lett. c *bis* d.lvo n. 50/2016.

Deve invero osservarsi che dalla documentazione prodotta in gara dalla Safety Car s.r.l. non si evince alcuna specifica indicazione in

ordine alla volontà di assolvere l'onere dichiarativo di cui all'art. 5 del capitolato mediante l'istituto *de quo*, a prescindere dalla criptica, a tal fine, sottoscrizione apposta dall'impresa "cooperante" in calce alla informativa *ex art. 26 d.lvo n. 81/2008*: indicazione che sarebbe stata necessaria alla luce della perentoria prescrizione della disciplina di gara intesa a richiedere, nell'ipotesi in cui la ditta partecipante alla gara non fosse dotata di sede operativa con i requisiti suindicati, l'assunzione dell'"impegno ad istituire una in caso di aggiudicazione prima della stipulazione del contratto".

Da questo punto di vista, quindi, l'appello è meritevole di accoglimento.

Deve tuttavia precisarsi, in chiave conformativa, che l'annullamento del provvedimento di ammissione è propedeutico alla attivazione da parte della stazione appaltante del soccorso istruttorio, nei sensi di cui all'art. 83, comma 9, d.lvo n. 50/2016, essendo l'omissione dichiarativa suindicata riconducibile alla compilazione del Documento di gara Unico Europeo (DGUE), in relazione al quale la norma citata ammette la possibilità di sanatoria "in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo...".

Infine, la sostanziale novità delle questioni interpretative affrontate giustifica la compensazione delle spese dei due gradi di giudizio, fermo il diritto della parte appellante al rimborso del contributo unificato relativo ai due gradi di giudizio, nella misura della metà a carico di ciascuna delle controparti.

P.Q.M.

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

proposto, lo accoglie, nei sensi e con gli effetti indicati in motivazione.

Spese compensate, fermo il diritto della parte appellante al rimborso del contributo unificato relativo ai due gradi di giudizio, nella misura della metà a carico di ciascuna delle controparti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 luglio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Giulio Veltri, Consigliere

Massimiliano Nocelli, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Ezio Fedullo

IL PRESIDENTE

Franco Frattini

IL SEGRETARIO