

Pubblicato il 09/08/2021

N. 05799/2021REG.PROV.COLL.
N. 09022/2020 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 9022 del 2020,
proposto da

Sintonie s.r.l.s., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata
e difesa dall'avvocato Luca Tozzi, con domicilio digitale come da Pec Registri
di giustizia;

contro

Ministero della difesa, in persona del Ministro *pro tempore*, non costituito in
giudizio;

nei confronti

Sim Italian Gloves s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non
costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza in forma semplificata del Tribunale amministrativo regionale
per il Lazio (Sezione Prima) n. 12088/2020, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 luglio 2021, tenuta da remoto ai sensi dell'art. 4, comma 1, ultimo periodo, d. l. n. 28 del 30 aprile 2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 70 del 25 giugno, richiamato dall'art. 25 d. l. n. 137 del 28 ottobre 2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 176 del 18 dicembre 2020, come modificato prima dall'art. 1, co. 17, del d.l. n. 183 del 31 dicembre 2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 21 del 26 febbraio 2021 e poi dall'art. 6, comma 1, lett. e) d.l. n. 44 del 1° aprile 2021, convertito con modificazioni dalla l. n. 76 del 28 maggio 2021, il Cons. Valerio Perotti ed udito per le parti l'avvocato Tozzi;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso al Tribunale amministrativo del Lazio, successivamente integrato da motivi aggiunti, la società Sintonie s.r.l.s. impugnava il provvedimento con il quale era stata esclusa dalla procedura di gara bandita dal Ministero della difesa per la fornitura di materiale vestiario, casermaggio e tende per alcune Forze armate (Esercito, Marina ed Aeronautica), relativamente al lotto n. 4 "Guanti".

Impugnava altresì il provvedimento di aggiudicazione adottato a favore della controinteressata SIM Italian Gloves s.r.l., unitamente agli atti ad esso presupposti.

L'esclusione faceva seguito ad una richiesta di chiarimenti in sede di soccorso istruttorio, in esito alla quale la società aveva rappresentato alla stazione appaltante che *"in merito alla natura dell'avvalimento proposto, dichiara che, contrariamente a quanto indicato nell'annesso 1 al DGUE dell'impresa ausiliaria, tutte le lavorazioni saranno effettuate interamente dalla sottoscritta*

Concorrente [...]": a fronte di ciò il Ministero della difesa, preso atto che "il contratto di avvalimento ha ad oggetto sia il requisito finanziario (rappresentato dal fatturato specifico), che il requisito tecnico professionale (rappresentato dalle forniture analoghe)", rilevava che siccome "il requisito tecnico professionale deve essere posseduto

da chi effettua materialmente la produzione, risulta evidente [...] che codesto O.E. è carente del requisito in parola e, pertanto, non può svolgere in proprio alcuna lavorazione”.

La ricorrente deduceva i vizi di violazione di legge ed eccesso di potere sotto svariati profili, adducendo – in sintesi – la genericità e l’incomprensibilità della motivazione, la violazione del principio del *favor participationis*, la violazione e falsa applicazione dell’art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016 e degli artt. 7 e 8 del disciplinare di gara, la violazione del principio di tassatività delle clausole escludenti, ricondotte, tra l’altro, all’inapplicabilità dell’art. 89, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 agli appalti di “forniture” (ritenuti scollegati – in quanto tali – dalla “produzione”, “*tant’è vero che la stazione appaltante aveva fatto ricorso al criterio del prezzo più basso*”), nonché l’illegittimità “*per mancata attivazione di un ulteriore soccorso istruttorio*”, con denuncia, in subordine, anche dell’illegittimità dell’art. 7.3 del “*disciplinare di gara laddove interpretabile così come interpretato dalla S.A.*”.

Costituitosi in giudizio, il Ministero della difesa evidenziava come “*in caso di avvalimento del requisito tecnico professionale, l’ausiliaria, essendo dotata della necessaria capacità tecnica, evidentemente mancante in capo all’impresa avvalente, è chiamata ad effettuare direttamente la produzione*”, laddove l’affermazione secondo la quale l’appalto in questione “*si sostanzia non nella produzione diretta dei guanti richiesti [...] ma unicamente nella fornitura degli stessi, indipendentemente dalla produzione*” sarebbe risultata priva di fondamento (in tale ipotesi si sarebbe infatti configurato un subappalto, che, ai sensi dell’art. 105 d.lgs. n. 50 del 2016, avrebbe dovuto essere dichiarato in sede di partecipazione alla gara), nonché “*quanto mai inesatta*”, atteso che, “*nel caso di specie [...] chi è carente (ab origine) di tale requisito, è il ricorrente stesso (esecutore materiale della produzione)*”, di talché un ulteriore soccorso istruttorio sarebbe stato illegittimo per violazione della *par condicio competitorum*.

Con sentenza 18 novembre 2020, n. 12088, il giudice adito respingeva il ricorso, sul presupposto che – avendo espressamente dichiarato la ricorrente che tutte le “lavorazioni” sarebbero state direttamente da lei eseguite, dunque

senza ricorrere all'ausiliaria – la stessa avrebbe a tal punto dovuto direttamente possedere i requisiti di capacità tecnica e finanziaria all'uopo richiesti dalla *lex specialis*, circostanza però da escludersi alla luce delle risultanze di causa.

Avverso tale decisione Sintonie s.r.l.s. interponeva appello, deducendo i seguenti motivi di impugnazione:

- 1) *Error in iudicando - Violazione e falsa applicazione di legge (artt. 83, 86, 89 e 95 d. lgs. 50/2016; art. 97 Cost.; art. 3 L. 241/90) – Violazione e falsa applicazione della legge speciale di gara (artt. 7.3, 8 del Disciplinare) – Eccesso di potere – Insussistenza dei presupposti di fatto e di diritto – Difetto di motivazione – Difetto di istruttoria – Perplessità – Violazione del principio di tassatività delle clausole escludenti – Violazione del principio di buon andamento della p.a. e di trasparenza.*
- 2) *In subordine – Omessa motivazione - Sulla illegittimità dell'art. 7.3 del disciplinare di gara laddove interpretabile così come interpretato dalla S.A.*
- 3) *Error in iudicando - Sulla illegittimità derivata del provvedimento di aggiudicazione.*
- 4) *Error in iudicando - Omessa motivazione – Sul difetto di pronuncia in ordine alle doglianze oggetto dei motivi integrativi.*

Il Ministero della difesa, seppur regolarmente evocato in giudizio, non si costituiva.

Successivamente la ricorrente ulteriormente precisava, con apposite memorie, le proprie tesi difensive ed all'udienza del 15 luglio 2021 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

Con il primo motivo di appello la sentenza impugnata viene criticata per aver ritenuto legittima e pertinente la motivazione del provvedimento di esclusione dalla gara impugnato, sul presupposto che – dovendo i requisiti tecnico-professionali richiesti dalla *lex specialis* di gara essere posseduti da chi effettua materialmente la produzione – la ricorrente non soddisfacesse tale necessaria pre-condizione, per avere dichiarato in sede di chiarimenti che avrebbe eseguito lei stessa direttamente la prestazione oggetto di gara, sebbene in

offerta la stessa Sintonic avesse indicato di avvalersi in relazione agli stessi di un operatore economico terzo, circostanza dalla quale doveva logicamente desumersi che di tali requisiti fosse dunque carente. In ciò, secondo la stazione appaltante ed il primo giudice, avrebbe dovuto individuarsi una violazione del punto 7.3 del disciplinare.

Ad avviso dell'appellante tale argomentazione sarebbe destituita di fondamento, in quanto finirebbe con lo snaturare la stessa *ratio* del ricorso all'avvalimento, in particolar modo nel settore oggetto di causa che è quello delle forniture e, comunque, contraddirebbe la disciplina datane dall'art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016; in estrema sintesi, secondo questa chiave di lettura il ricorso all'avvalimento per quanto riguarda il requisito tecnico-professionale (relativo a "forniture analoghe") non potrebbe mai avvenire, in quanto il detto requisito tecnico-professionale dovrebbe sempre essere posseduto da chi effettua materialmente la prestazione oggetto dell'affidamento.

Il motivo è fondato.

Oggetto della gara di cui trattasi era la fornitura di guanti per il personale militare del Ministero della difesa (nello specifico, *ex p.to* II.2.4 del bando, "*Guanti in pelle con fodera in maglina Modello 2002; guanti termici impermeabili a cinque dita per climi rigidi Modello 2002. Per entrambe le tipologie di guanti fornitura di calzature da lavoro non DPI e DPI, articoli e accessori in pelle a minore impatto ambientale conformi al Decreto del Ministero dell'Ambiente della Tutela del Territorio e del Mare del 17 maggio 2018; e per i soli guanti termici impermeabili a cinque dita per climi rigidi fornitura di prodotti tessili a minori impatti ambientali conformi al Decreto Ministero dell'Ambiente della Tutela del territorio e del mare del 11 gennaio 2017*").

Risulta dagli atti che la richiesta di chiarimenti della stazione appaltante traeva causa dal rilievo che "*nel DGUE parte II (Informazioni sull'operatore economico) e nella Domanda di partecipazione codesto O.E. ha dichiarato di voler ricorrere all'avvalimento solo per il requisito economico finanziario pur essendo carente del requisito tecnico professionale delle forniture analoghe nel settore del cuoio. Tuttavia, nel contratto di avvalimento, in contrasto con i due documenti sopra citati, viene indicato anche il requisito*

tecnico professionale delle forniture analoghe. La stessa impresa ausiliaria, nell'annesso 1 al DGUE ha dichiarato che effettuerà tutte le fasi di lavorazione (taglio, confezione e laminazione per i guanti termici), configurando di fatto un avvalimento tecnico professionale”.

A riscontro di tale domanda la società Sintonie s.r.l.s. deduceva che *“in merito alla natura dell'avvalimento proposto, dichiara che, contrariamente a quanto indicato nell'annesso 1 al DGUE dell'impresa ausiliaria, tutte le lavorazioni saranno effettuate interamente dalla sottoscritta concorrente, che fa ricorso all'avvalimento per i seguenti requisiti di cui è carente, da intendersi rettificati in tutti i documenti di gara:*

- il requisito economico finanziario del fatturato specifico medio annuo nel settore di attività oggetto dell'appalto, riferito agli ultimi n. 3 esercizi finanziari disponibili;

- il requisito tecnico professionale delle forniture analoghe all'oggetto del lotto di interesse.

A tal proposito, allega alla presente le risorse messe a disposizione dalla società ausiliarie “Guder Gloves srl”, compreso l'elenco delle forniture analoghe, con l'indicazione della tipologia degli articoli forniti, come richiesto al terzo punto della comunicazione. Tale documento è stato riprodotto e allegato anche dalla sottoscritta concorrente, integrato dell'oggetto di fornitura”.

Sulla base di tale precisazione, il Ministero appellato provvedeva quindi ad escludere l'operatore economico, in quanto – avendo fatto ricorso all'avvalimento per le forniture analoghe – doveva logicamente ritenersi che lo stesso fosse carente del requisito in parola, sì che non avrebbe potuto svolgere in proprio alcuna lavorazione (sul presupposto che il requisito tecnico professionale debba essere posseduto da chi effettua materialmente la produzione).

Ai sensi dell'art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016 *“L'operatore economico, singolo o in raggruppamento di cui all'articolo 45, per un determinato appalto, può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'articolo 83, comma 1, lettere b) e c), necessari per partecipare ad una procedura di gara, e, in ogni caso, con esclusione dei requisiti di cui all'articolo 80,*

avvalendosi delle capacità di altri soggetti, anche partecipanti al raggruppamento, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi”.

La norma è chiara nel riconoscere la generale possibilità utilizzare dei contratti di avvalimento anche per soddisfare i requisiti tecnici e professionali, senza porre il limite dell'esecuzione diretta di cui si è detto. Piuttosto, è la stessa norma a contraddire le conclusioni, nel momento in cui al secondo capoverso del primo comma precisa che (solamente) *“Per quanto riguarda i criteri relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali di cui all'allegato XVII, parte II, lettera f), o alle esperienze professionali pertinenti, gli operatori economici possono tuttavia avvalersi delle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste”.*

Le ipotesi da ultimo elencate sono però estranee all'oggetto della gara su cui si verte: da un lato, infatti, la disposizione richiamata in sentenza si riferisce agli affidamenti di lavori o servizi, mentre l'appalto in esame è relativo a forniture; dall'altro il richiamato allegato XVII (parte II, lett. f) fa esclusivo riferimento a trasferimenti non di capacità di produzione e fornitura, ma di soli *“titoli di studio e professionali del prestatore”*, inconferenti nel caso di specie.

A tal ultimo riguardo, del resto, l'aver il legislatore espressamente circoscritto ad alcuni specifici criteri le ipotesi nelle quali l'ausiliaria è tenuta ad eseguire direttamente i lavori o i servizi comporta, per logica, che per tutte le ipotesi non contemplate dalla norma tale principio vada escluso. Di talché ben poteva l'ausiliata provvedere in proprio all'esecuzione della fornitura.

Va al riguardo ricordato, del resto, che in caso di avvalimento l'appalto *“è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione”*, tant'è che *“l'unico responsabile dal punto di vista giuridico dell'esecuzione del contratto è il concorrente aggiudicatario e che le prestazioni in concreto svolte dall'ausiliaria sono comunque riconducibili all'organizzazione da esso predisposta per l'adempimento degli obblighi assunti nei confronti della stazione appaltante”* (*ex multis*, Cons. Stato, V, 16 marzo 2018, n. 1698).

Sotto diverso profilo, neppure è pertinente il richiamo operato in sentenza al punto 7.3 del disciplinare di gara.

A mente di quest'ultimo (relativo ai “*Requisiti di capacità tecnica e professionale*) d) *Esecuzione negli ultimi tre anni delle seguenti forniture analoghe*”), “*Il concorrente deve aver eseguito nell'ultimo triennio forniture analoghe all'oggetto del lotto di interesse, per un importo complessivo nel triennio pari a quello indicato nella tabella sottostante*”: riguardo al lotto 4, in particolare, i requisiti economici esperienziali richiesti dalla prevedevano un importo minimo di forniture analoghe nel triennio precedente pari ad euro 372.848,36 (di cui almeno il 63% nel settore EA/IAF 04 – tessuti e prodotti tessili – e almeno il 37% nel settore EA/IAF 05 - cuoio e prodotti in cuoio).

Ora, risulta dagli atti che l'odierna appellante aveva dichiarato, nella propria offerta, di aver effettuato in proprio forniture analoghe all'oggetto del lotto n. 4, nel triennio 2017-2019, per un importo complessivo di euro 186.510,08 di cui euro 186.510,08 per prodotti del settore tessile ed euro 0 del settore cuoio; a sua volta l'ausiliaria Guder Gloves s.r.l. aveva dichiarato di aver effettuato forniture analoghe all'oggetto del lotto n. 4, nel medesimo periodo, per complessivi euro 484.376,21, di cui euro 242.966,84 per prodotti del settore tessile ed euro 241.409,37 del settore cuoio.

In particolare, come si legge nel contratto di avvalimento, Sintonie rappresentava la propria carenza del requisito obbligatorio dato da: 1) fatturato specifico medio annuo nel settore di attività oggetto dell'appalto, riferito agli ultimi tre esercizi finanziari disponibili; 2) forniture analoghe all'oggetto del lotto di interesse, per un importo complessivo nel triennio pari a quello indicato nel disciplinare di gara; a fronte di ciò, l'ausiliaria metteva a disposizione dell'appellante le proprie risorse economico-finanziarie (il fatturato specifico) e tecnico esperienziali, adeguatamente documentate.

Né, d'altra parte, risulta provato che l'odierna appellante non disponesse dei mezzi con cui provvedere direttamente alla produzione dei beni oggetto di

fornitura, tanto più a fronte della produzione in atti, da parte di quest'ultima, di un apposito contratto di locazione commerciale.

La considerazione congiunta dei requisiti di Sintonie con quelli dell'ausiliaria portava dunque a soddisfare quelli richiesti dalla legge speciale di gara.

L'accoglimento del primo motivo di gravame ha carattere assorbente delle ulteriori censure dedotte dall'appellante, concernenti la mancata attivazione del soccorso istruttorio, la presunta illegittimità dell'art. 7.3 del disciplinare di gara laddove interpretabile così come fatto dalla stazione appaltante, l'illegittimità derivata del provvedimento di aggiudicazione ed il difetto di pronuncia in ordine alle doglianze oggetto dei motivi integrativi.

Alla luce dei rilievi che precedono, l'appello va dunque accolto. La particolarità delle questioni esaminate giustifica peraltro, ad avviso del Collegio, l'integrale compensazione tra le parti delle spese di lite del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie, per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, accoglie il ricorso ed i motivi aggiunti proposti da Sintonie s.r.l.s. ed annulla gli atti con essi impugnati.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 15 luglio 2021, tenuta da remoto ai sensi dell'art. 4, comma 1, ultimo periodo, d. l. n. 28 del 30 aprile 2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 70 del 25 giugno, richiamato dall'art. 25 d. l. n. 137 del 28 ottobre 2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 176 del 18 dicembre 2020, come modificato prima dall'art. 1, co. 17, del d.l. n. 183 del 31 dicembre 2020, convertito con modificazioni dalla l. n. 21 del 26 febbraio 2021 e poi dall'art. 6, comma 1, lett. e) d.l. n. 44 del 1° aprile

2021, convertito con modificazioni dalla l. n. 76 del 28 maggio 2021, con l'intervento dei magistrati:

Fabio Franconiero, Presidente FF

Valerio Perotti, Consigliere, Estensore

Angela Rotondano, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

L'ESTENSORE

Valerio Perotti

IL PRESIDENTE

Fabio Franconiero

IL SEGRETARIO