

Pubblicato il 08/03/2022

N. 01663/2022REG.PROV.COLL.
N. 04133/2021 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 4133 del 2021,
proposto da

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

contro

Viacqua s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita
in giudizio;

nei confronti

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

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Veneto (Sezione
Prima) n. 406/2021, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 febbraio 2022 il Cons. Valerio Perotti e preso atto della richiesta in atti di passaggio in decisione, senza discussione, avanzata dagli avvocati Russo e Longo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con delibera del 24 ottobre 2019, Viacqua s.p.a., società gerente il servizio idrico integrato per sessantanove Comuni della Provincia di Vicenza, indiceva una procedura negoziata, mediante modalità telematiche, per la stipula di un accordo quadro con unico operatore economico per la fornitura di saracinesche a cuneo gommato, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'importo a base d'asta di euro 225.000,00 per due anni, con facoltà di proroga tecnica per ulteriori 4 mesi, per il valore complessivo di euro 307.500,00 oltre IVA.

All'esito delle operazioni di gara, si collocava prima in graduatoria l'offerta di Ac.Mo s.r.l. con 92,771 punti, seguita da Idro Bi s.r.l., con 83,230 punti.

Con provvedimento pubblicato sul profilo del committente in data 26 giugno 2020 l'accordo quadro veniva quindi aggiudicato ad Ac.Mo.

Con ricorso al Tribunale amministrativo del Veneto, Idro Bi impugnava l'aggiudicazione in favore di Ac.Mo, sulla scorta di due motivi, lamentando:

I - Violazione e falsa applicazione di legge; violazione dell'art. 10.7 del capitolato speciale di appalto, lett. f) della tabella di attribuzione dei punteggi; violazione dell'art. 95 del d.lgs. n. 50/2016; erronea ponderazione della fattispecie contemplata; violazione dell'art. 21 quinquies della legge n. 241/90; irragionevolezza; illegittimità manifesta; violazione della par condicio competitorum; eccesso di potere; carenza di istruttoria; altri profili.

IIP Violazione e falsa applicazione di legge; violazione dell'art. 10.7 del capitolato speciale di appalto, lett. f) della tabella di attribuzione dei punteggi; violazione dell'art. 95 del d.lgs. n. 50/2016 – erronea ponderazione della fattispecie contemplata; irragionevolezza; illegittimità manifesta; violazione della par condicio competitorum; eccesso di potere; carenza di istruttoria; altri profili.

Con ricorso incidentale notificato in data 18 settembre 2020, Ac.Mo s.r.l. impugnava a sua volta gli atti della medesima procedura, contestando l'ammissione di Idro Bi s.r.l. alla gara (per presunto difetto del requisito di capacità economico-finanziaria) e deducendo, a tal riguardo, i seguenti motivi di impugnazione:

I) Illegittimità dell'ammissione di Idro Bi s.r.l. alla procedura; violazione dell'art. 89 d.lgs. 50 del 2016; violazione artt. 6 e 8 lett. e) del capitolato speciale; difetto dei requisiti di capacità economico finanziaria; genericità del contratto di avvalimento tra Idro e l'ausiliaria Ingross Plast s.r.l.; difetto di istruttoria per erroneità del presupposto e vizio di motivazione.

II) Violazione dell'art. 95, comma 10 bis d.lgs. 50 del 2016; illegittimità della formula di attribuzione del punteggio per il criterio ci “manovrabilità” – elemento C1 “Albero di manovra”; violazione della par condicio tra i concorrenti; eccesso di potere per erroneità del presupposto, irragionevolezza ed illogicità.

A seguito della notifica del ricorso principale proposto da Idro Bi, peraltro, la stazione appaltante avviava un procedimento di annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione ad Ac.Mo, stante che “*da una riverifica della documentazione di gara è infatti emerso che codesta spett.le ditta ha indicato un certificato relativo alle resine avente la data di scadenza al 31.12.2017 e dunque già scaduto al momento della presentazione della documentazione di gara. Inoltre, tale certificato non è stato allegato alla documentazione presentata.*”

Ne consegue che, ove tale mancanza dovesse essere confermata, la Vs. società riceverebbe 0 punti in relazione al criterio Fi ‘Durabilità del rivestimento protettivo’ con la conseguenza che la società IDRO BI Srl risulterebbe aggiudicataria. Sul punto si precisa che il Capitolato Speciale d'appalto a pag. 19 richiedeva chiaramente al partecipante di allegare

‘le relative certificazioni’ facendosi chiaramente riferimento anche alle certificazioni relative alle ‘resine’.

A fronte di ciò Ac.Mo presentava le proprie osservazioni, alle quali allegava la certificazione della resina del produttore Akzo Nobel rilasciato nel dicembre 2017 – anteriormente alla scadenza del termine di presentazione delle offerte – e in corso di validità.

L’8 ottobre 2020 la stazione appaltante comunicava ad Ac.Mo l’annullamento dell’aggiudicazione in suo favore e la successiva aggiudicazione dell’accordo quadro ad Idro Bi, in ragione delle motivazioni già anticipate nella comunicazione di avvio del procedimento.

Con ricorso al Tribunale amministrativo del Veneto, iscritto a r.g.n. 1128 del 2020, Ac.Mo impugnava il provvedimento di annullamento in autotutela e la successiva nuova aggiudicazione ad Idro Bi, alla luce dei seguenti motivi di impugnazione:

1) *Illegittimità per violazione dell’art. 21 nonies legge 241 del 1990; violazione dei principi in tema di attività di autotutela nelle gare pubbliche; eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione; violazione dell’art. 77 d.lgs. 50 del 2016; violazione della riserva di competenza della commissione di gara in materia di valutazione delle offerte tecniche.*

2) *Illegittimità per violazione dell’art. 77 d.lgs. 50 del 2016; violazione del principio di segretezza e di separazione tra valutazione delle offerte tecniche e valutazione delle offerte economiche; violazione dei principi in materia di convocazione/costituzione della commissione di gara e di verbalizzazione dell’operato della commissione di gara.*

3) *Illegittimità per violazione dell’art. 95 d.lgs. 50/2016; violazione dell’art. 21-nonies legge n. 241 del 1990; violazione dell’art. 10.7 lett. F) del capitolato speciale di appalto criterio “Durabilità del rivestimento protettivo”; eccesso di potere per difetto di istruttoria, erroneità del presupposto e difetto di motivazione.*

3 bis) *In subordine: illegittimità dell’art. 10.7 lett. F) del capitolato speciale di appalto (criterio Fi “durabilità del rivestimento protettivo”); violazione degli artt. 68 e 86 Codice appalti.*

4) *Illegittimità derivata, per effetto dell'illegittimità dell'annullamento dell'aggiudicazione ad Ac.Mo.*

5) *Illegittimità dell'ammissione di Idro alla procedura; violazione dell'art. 89 d.lgs. 50 del 2016; violazione degli artt. 6 e 8 lett. e) del capitolato speciale; difetto dei requisiti di capacità economico finanziaria; genericità del contratto di avvalimento tra Idro e l'ausiliaria Ingross Plast s.r.l.; difetto di istruttoria per erroneità del presupposto e vizio di motivazione.*

6) *Violazione dell'art. 95, comma 10 bis d.lgs. 50 del 2016; illegittimità della formula di attribuzione del punteggio per il criterio Ci "manovrabilità"; elemento C1 "albero di manovra"; violazione della par condicio tra i concorrenti; eccesso di potere per erroneità del presupposto, irragionevolezza ed illogicità.*

Si costituivano in giudizio la stazione appaltante ed Idro Bi, contestando la fondatezza delle censure e chiedendone la reiezione.

Con sentenza 29 marzo 2021, n. 406, il giudice adito, previa riunione dei giudizi r.g.n. 813 del 2020 (proposto da Idro Bi contro l'aggiudicazione in favore di Ac.Mo.) e r.g.n. 1128 del 2020, quanto al primo accoglieva il ricorso incidentale proposto da Ac.Mo. s.r.l. (contestualmente dichiarando inammissibile per difetto di interesse il ricorso principale proposto da Idro Bi s.r.l.) ed accoglieva il secondo, nei termini di cui in motivazione.

Annullava per l'effetto il provvedimento con cui, in autotutela, era stata revocata l'aggiudicazione in favore di Ac.Mo s.r.l., nonché la successiva aggiudicazione in favore di Idro Bi s.r.l.

Avverso tale decisione Idro Bi interponeva appello, deducendo i seguenti motivi di impugnazione:

1) *Error in iudicando – Violazione e falsa applicazione di legge – Violazione dell'art. 10.7 del capitolato speciale di appalto, lett. f) della tabella di attribuzione dei punteggi – Violazione dell'art. 95 del d.lgs. n. 50/2016 – Erronea ponderazione della fattispecie contemplata – Irragionevolezza – Illegittimità manifesta – Violazione della par condicio competitorum – Eccesso di potere – Carenza di istruttoria – Altri profili.*

2) *Error in iudicando – Violazione e falsa applicazione di legge – Violazione dell’art. 89 del d.lgs. n. 50/2016 – Violazione dell’art. 8 del capitolato – Erronea ponderazione della fattispecie contemplata – Violazione del principio del favor admissionis – Irragionevolezza – Illegittimità manifesta – Violazione della par condicio competitorum – Eccesso di potere – Carenza di istruttoria – Altri profili.*

3) *Error in iudicando – Violazione e falsa applicazione di legge – Violazione dell’art. 89 del d.lgs. n. 50/2016 – Violazione dell’art. 8 del capitolato – Erronea ponderazione della fattispecie contemplata – Violazione del principio del favor admissionis – Irragionevolezza – Illegittimità manifesta – Violazione della par condicio competitorum – Eccesso di potere – Carenza di istruttoria – Altri profili.*

4) *Error in iudicando – Violazione e falsa applicazione di legge – Violazione dell’art. 10.7 del capitolato speciale di appalto, lett. f) della tabella di attribuzione dei punteggi – Violazione dell’art. 95 del d.lgs. n. 50/2016 – Erronea ponderazione della fattispecie contemplata – Violazione dell’art. 21 quinquies della l. n. 241/90 – Irragionevolezza – Illegittimità manifesta – Violazione della par condicio competitorum – Eccesso di potere – Carenza di istruttoria – Altri profili.*

5) *Error in iudicando – Violazione e falsa applicazione di legge – Violazione dell’art. 10.7 del capitolato speciale di appalto, lett. f) della tabella di attribuzione dei punteggi – Violazione dell’art. 95 del d.lgs. n. 50/2016 – Erronea ponderazione della fattispecie contemplata – Irragionevolezza – Illegittimità manifesta – Violazione della par condicio competitorum – Eccesso di potere – Carenza di istruttoria – Altri profili.*

Si costituiva in giudizio Ac.Mo. s.r.l. concludendo per l’infondatezza del gravame, del quale chiedeva la reiezione.

Successivamente le parti ulteriormente precisavano, con apposite memorie, le rispettive tesi difensive ed all’udienza del 10 febbraio 2022 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

Con il primo motivo di appello si lamenta la presunta disparità di trattamento che la sentenza impugnata, nell’accogliere il terzo ed il quarto motivo di gravame proposti da Ac.Mo. s.r.l., avrebbe riservato alle due parti contendenti.

In particolare, se è vero che Idro Bi s.r.l. aveva ritenuto sufficiente allegare alla propria offerta il certificato di prodotto, assumendo che lo stesso non poteva non essere rilasciato se non si fosse stati anche in possesso dei certificati di processo e delle resine (assunto che sarebbe stato poi convalidato, all'esito della selezione di gara, con il deposito di tutti e tre i certificati da parte del medesimo operatore economico, certificati validi ed efficaci alla data di presentazione delle offerte indicata dal bando), era del pari vero che anche Ac.Mo s.r.l. aveva dichiarato il possesso dei tre certificati (processo, resine e prodotto), allegando però – quanto alle resine – delle certificazioni ormai scadute e dunque inefficaci.

Solo a seguito dell'avvio del procedimento di revisione, disposto nell'agosto del 2020 dalla stazione appaltante, Ac.Mo esibiva infine il certificato in corso di validità delle resine.

Alla luce di tali premesse sarebbero ancora più inspiegabili – secondo l'appellante – le conclusioni raggiunte dal primo giudice, per cui sarebbe stata possibile la regolarizzazione solo dell'offerta di Ac.Mo s.r.l., ma non anche di quella di Idro Bi. s.r.l.

La sentenza impugnata, infatti, sanziona con l'annullamento il provvedimento in autotutela adottato dalla stazione appaltante l'8 ottobre 2020 *“sul presupposto che l'offerta tecnica di Ac.Mo. S.r.l. fosse passibile di una mera regolarizzazione, consentita per effetto della dichiarazione sui 3 certificati e dell'effettivo possesso dei medesimi.*

Epperò, ragionando a contrario, ovvero sia ponendosi per assurdo nella medesima prospettiva riservata alla Idro Bi S.r.l. (cfr. capo 9.1 della sentenza), il TAR avrebbe dovuto semplicemente considerare che per “l'attribuzione dei 10 punti, il capitolato – legge speciale di gara, a cui la stazione appaltante si è auto vincolata - richiedeva espressamente la presentazione di tutti e tre i certificati: “resina processo e stabilimento”, sennonché in assenza di “presentazione” giammai avrebbe potuto procedere alla regolarizzazione”.

Secondo l'appellante, dunque, *“il capo di sentenza 4, che ha dato accoglimento ai motivi 3 e 4 del ricorso n. 1128/2020, è dunque erroneo al pari di quanto lo sia il capo 10, che ha invece rigettato nel merito il motivo II del ricorso n. 813/2020”.*

Pertanto – conclude l'appellante – “*o vale il principio dell'autosufficienza della dichiarazione e del possesso sostanziale dei certificati (elemento trattato con rimarchevole sufficienza sub 4.1 in sentenza), con la conseguenza che i 10 punti avrebbero dovuto essere riconosciuti ad entrambe le concorrenti (consentendosi alla Idro Bi S.r.l. di primeggiare nella graduatoria finale); - o di contro, per effetto della insindacabilità delle regole di gara, se non altro in questa sede dovrebbe ritenersi che nessuna delle due avrebbe dovuto beneficiare del punteggio in esame*”.

Il motivo non può essere accolto.

Non è infatti ravvisabile in atti il presupposto su cui riposa la difesa di parte appellante, ossia la sostanziale sovrapponibilità (per analogia) delle offerte tecniche di Ac.Mo ed Idro Bi sotto il profilo delle certificazioni prodotte.

Riguardo al criterio Fi (“*Durabilità del rivestimento protettivo*”), il Capitolato speciale di appalto prevedeva che “[...] *Relativamente a questo criterio verrà assegnato punteggio pari a 10 punti se il protocollo avviene secondo il protocollo GSK completo (resina processo e stabilimento); 5 punti se il rivestimento viene certificato da un ente terzo secondo UNI EN 14901.*

I concorrenti dovranno dichiarare, tramite apposito parametro telematico, se il rivestimento è certificato secondo una delle normative sopra citate, allegando le relative certificazioni”.

A rigore, la previsione della *lex specialis* non onerava espressamente i partecipanti alla gara a produrre delle certificazioni *specifiche e separate* per resina (prodotto), processo e stabilimento, ragion per cui è ragionevole concludere che nel caso di specie l'offerta di Ac.Mo riportasse la documentazione richiesta dalla legge di gara, con riferimento agli elementi indicati dal criterio “Fi”.

Né la circostanza che le certificazioni prodotte risultassero “scadute” al 31 dicembre 2017 aveva determinato la giuridica “inesistenza” delle stesse – che avrebbero quindi dovuto considerarsi mai prodotte – traducendosi piuttosto in una irregolarità documentale, in quanto tale suscettibile di sanatoria a seguito di soccorso istruttorio.

Sotto quest'ultimo profilo, l'art. 83, comma 9, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 dispone che *“Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in ogni caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento unico di gara europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere”*.

Al riguardo, va confermato l'orientamento espresso, da ultimo, da Cons. Stato, V, 27 marzo 2020, n. 2146, che ricorda come sul soccorso istruttorio relativo ad elementi dell'offerta si sia pronunciata la Corte di giustizia dell'Unione europea (nella sentenza sez. VIII, 10 maggio 2017, causa C-131/16 *Archus*) enunciando le seguenti regole: a) consentire all'amministrazione di chiedere ad un candidato la cui offerta essa ritiene imprecisa o non conforme alle specifiche tecniche del capitolato d'onere, chiarimenti, violerebbe il principio della *par condicio* (poiché sembrerebbe che, ove il privato risponda positivamente, l'amministrazione abbia con questi negoziato l'offerta in via riservata); b) non è in contrasto con il principio della *par condicio* tra i concorrenti la richiesta di correzione o completamento dell'offerta su singoli punti, qualora l'offerta necessiti in modo evidente di un chiarimento o qualora si tratti di correggere errori materiali manifesti, fatto salvo il rispetto di alcuni requisiti; c) una richiesta di chiarimenti non può ovviare alla mancanza di un documento o di un'informazione la cui comunicazione era richiesta dai documenti dell'appalto, se non nel caso in cui essi siano indispensabili per chiarimento dell'offerta o rettifica di un errore manifesto dell'offerta e sempre che non comportino modifiche tali da costituire, in realtà, una nuova offerta.

A ciò va poi aggiunto l'ulteriore principio enunciato dalla Corte di giustizia (nella sentenza sez. VI, 2 giugno 2016, causa C-27/15 *Pippo Pizzo*), secondo cui (par. 51): *“[...] il principio di trattamento e l'obbligo di trasparenza devono essere*

interpretati nel senso che ostano all'esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico in seguito al mancato rispetto, da parte di tale operatore, di un obbligo che non risulta espressamente dai documenti relativi a tale procedura o dal diritto nazionale vigente, bensì da un'interpretazione di tale diritto e di tali documenti nonché dal meccanismo diretto a colmare, con un intervento delle autorità o dei giudici amministrativi nazionali, le lacune presenti in tali documenti. In tali circostanze, i principi di parità di trattamento e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che non ostano al fatto di consentire all'operatore economico di regolarizzare la propria posizione e di adempiere tale obbligo entro un termine fissato dall'amministrazione aggiudicatrice?.

Come già evidenziato, le produzioni di Ac.Mo non integravano delle imprecisioni dell'offerta o delle difformità di essa rispetto alle prescrizioni della legge di gara, quanto, piuttosto, inesattezze documentali frutto di meri errori ovvero di imprecisioni imputabili alla formulazione degli atti di gara.

Invero, Ac.Mo aveva dichiarato, nella propria offerta, che il rivestimento sarebbe avvenuto secondo protocollo approvato GSK completo, come *ut supra* richiesto dal Capitolato; più nello specifico produceva, in allegato alla propria offerta, con riferimento alle resine e al rivestimento delle saracinesche offerte, il certificato di prodotto (relativo a materiali di rivestimento accreditati alla resina) secondo il protocollo GSK, il certificato di processo secondo il protocollo GSK, nonché un elenco di “*accredited coating material*” (materiali di rivestimento accreditati, i soli utilizzabili per il rispetto del protocollo GSK).

Idro Bi, invece, non aveva allegato alla propria offerta la certificazione del prodotto utilizzato, ma solo un certificato relativo allo specifico *processo produttivo* del materiale di rivestimento, che effettivamente è cosa diversa dal certificato di prodotto (attestante l'idoneità dei componenti a soddisfare le diverse esigenze tecniche) richiesto dalla legge di gara.

Gli ulteriori documenti prodotti dall'appellante (dichiarazione Jafar del 30 giugno 2020, certificato Jafar del processo GSK, etc.), inoltre, risultano

formati e prodotti alla stazione appaltante in un momento successivo alla scadenza del termine di presentazione delle offerte.

Con il secondo motivo di appello, invece, viene censurato il capo della sentenza di primo grado con cui è stato ritenuto fondato *“il quinto motivo di ricorso con cui Acmo rileva l’inidoneità del contratto di avalimento prodotto da Idro ad integrare il requisito, richiesto dal capitolato, del fatturato minimo specifico per forniture di saracinesche aventi caratteristiche analoghe a quelle oggetto della gara, relativo agli ultimi tre esercizi (gennaio-dicembre 2016/2017/2018), pari ad almeno € 180.000,00”*.

Secondo l’appellante, il primo giudice avrebbe confuso il requisito di specie, *“chiaramente ascritto al novero della cd. capacità economico-finanziaria, con la tipologia della cd. capacità tecnico-professionale”*: invero, l’art. 8, comma 1, lett. E), del capitolato richiedeva come requisito di partecipazione il possesso di *“un fatturato minimo (art. 83 c. 1 lett. b) del D.Lgs. 50/2016 smi) specifico per forniture di saracinesche aventi caratteristiche analoghe a quelle oggetto della gara, relativo agli ultimi tre esercizi (gen. - dic. 2016/2017/2018), pari ad almeno € 180.000,00”*, altresì richiedendo che *“per la prova dell’effettivo possesso del requisito era necessaria la presentazione dei contratti/fatture quietanzate/certificati di buona esecuzione rilasciati dal committente con evidenziati i dati di interesse”*. Peraltro, sotto il profilo normativo, diversamente da quanto presunto dal TAR, il c.d. fatturato specifico andava qualificato come requisito di carattere economico-finanziario e non come risorsa tecnica: l’art. 83, comma 4, lett. a), del d.lgs. n. 50 del 2016 sancisce infatti che, ai fini della verifica del possesso dei requisiti di capacità economica e finanziaria, le stazioni appaltanti, nel bando di gara, possono richiedere *“che gli operatori economici abbiano un fatturato minimo annuo, compreso un determinato fatturato minimo nel settore di attività oggetto dell’appalto”*.

La sentenza impugnata, invece, sarebbe incorsa in un’evidente confusione della terminologia normativa tra *“esperienza curriculare”* (comprovata con contratti nel settore analogo di gara) e *“fatturato specifico”* (riferito al volume d’affari pregresso maturato nel settore merceologico di riferimento), laddove se non è revocabile in dubbio che l’esperienza curriculare vada annoverata

nell'ambito della capacità tecnico-professionale, essa riguarda pur tuttavia un requisito che in alcun modo va confuso con il dato "finanziario" prescritto nel caso di specie dal capitolato (il fatturato minimo in commento, infatti, andrebbe tenuto distinto dalle "*esperienze necessarie per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità*" che costituiscono, in base all'art. 58 par. 4 della direttiva 2014/24/UE, un requisito che può essere richiesto per dimostrare una adeguata capacità tecnica professionale e che deve essere comprovato "*da opportune referenze relative a contratti eseguiti in precedenza*").

Venuto meno l'argomento principale, verrebbe dunque a cadere anche il ragionamento consequenziale, secondo cui il contratto di avvalimento sottoscritto tra Idro Bi s.r.l. e Ingross Plast s.r.l. avrebbe dovuto recare l'esatta indicazione dei mezzi e delle attrezzature riposte nella disponibilità dell'avvalente: posto infatti che il fatturato specifico (da non confondersi con l'esperienza curriculare), rientra nei requisiti economico-finanziari, in quanto tale può essere oggetto di cd. avvalimento di garanzia, per il quale – diversamente da quello tecnico-operativo – non è necessaria l'esatta indicazione di mezzi ed attrezzature da parte dell'ausiliaria.

In questi termini, non sarebbe pertinente l'obiezione mossa in sentenza sulla pretesa carenza di un impiego sussidiario di risorse "alla bisogna", essendo ampiamente superata dalle dichiarazioni inequivocabili di impegno e dal tenore complessivo del contratto, valutato sul valore globale della commessa.

Neppure questo motivo è fondato.

Le considerazioni esposte dall'appellante circa l'astratta natura dei requisiti prescritti dalla legge di gara non consente infatti di superare il dato oggettivo per cui era la stessa disciplina di gara a pretendere, in modo espresso, che venissero indicate le risorse ed i mezzi messi eventualmente a disposizione dall'ausiliaria. Indicazione che effettivamente non è dato riscontrare, con univoca chiarezza, nel contratto all'uopo sottoscritto tra Idro Bi s.r.l. ed Ingross Plast s.r.l.

In primis, infatti, l'art. 6 del capitolato chiariva che il contratto di avvalimento “dovrà essere redatto in conformità all'art. 88 comma 1 del D.P.R. 207/2010 smi e dovrà riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente le risorse ed i mezzi prestati dalla società ausiliaria in favore della società avvalente e come tale messa a disposizione delle risorse si concretizza in caso di affidamento”.

Ciò premesso, va comunque confermato l'orientamento in base al quale (*ex multis*, Cons. Stato, III, 20 agosto 2020, n. 5151; III, 9 marzo 2020, n. 1704) la tipologia dell'avvalimento volto a soddisfare la richiesta – contenuta nella *lex specialis* – di un “fatturato specifico” non può essere individuata a priori in astratto, ma va desunta verificando in concreto, di volta in volta, che cosa esattamente la stazione appaltante richiedesse all'operatore economico.

Nel caso di specie il già richiamato art. 8, lett. E) del capitolato non si limitava genericamente a richiedere un “fatturato minimo [...] specifico per forniture di saracinesche aventi caratteristiche analoghe a quelle oggetto della gara”, ma puntualizzava che “In fase di verifica dei requisiti sarà richiesto alla ditta aggiudicataria la presentazione dei contratti / fatture quietanzate / certificati di buona esecuzione rilasciati dal committente con evidenziati i dati di interesse. Qualora la ditta sia costituita da meno di un triennio dovrà dimostrare contratti / fatture quietanzate / certificati di buona esecuzione per forniture analoghe per un importo complessivo pari alle tre annualità”.

Proprio la specifica previsione da ultimo riportata, imponendo espressamente la produzione di “contratti/fatture quietanzate/certificati di buona esecuzione rilasciati dal committente con evidenziati i dati di interesse” dà atto di come il requisito in esame non attenesse alla mera capacità finanziaria dell'operatore economico – astrattamente suscettibile di un mero avvalimento “di garanzia” – bensì a quella più propriamente tecnico-professionale, insuscettibile di un accordo di tale natura.

Bene pertanto il primo giudice ha dato atto che “Il requisito esperienziale nel settore oggetto dell'appalto – richiesto a riprova del fatto che il concorrente sia un corretto

esecutore della prestazione – non aveva quindi natura meramente patrimoniale e non richiedeva la sola dimostrazione di una solidità economica, ossia del mero possesso dei mezzi finanziari per far fronte

alle obbligazioni assunte e per rispondere in caso di inadempimento: il concorrente doveva invece dimostrare di avere svolto in modo corretto prestazioni analoghe negli ultimi tre anni”.

La valutazione della prova dell’effettiva messa a disposizione del requisito e delle risorse ad esso correlato doveva quindi essere svolta in modo rigoroso, nel caso di specie l’avvalimento non potendo risolversi nel prestito di un valore soggettivo puramente cartolare ed astratto, ma dovendo invece contenere il puntuale e concreto impegno dell’ausiliaria *“di mettere a disposizione di quella ausiliata le risorse economiche, i mezzi strumentali e, più in generale, l’apparato organizzativo*

effettivamente necessari alla partecipazione alla gara e all’esecuzione dell’appalto”.

La portata assorbente delle questioni dedotte nel motivo di appello, la cui reiezione conferma l’esclusione di Idro Bi s.r.l dalla gara di cui trattasi, rende a tal punto superfluo l’esame delle ulteriori censure dedotte dall’appellante, a tal punto comunque inidonee a ribaltare l’esito del giudizio.

Alla luce delle considerazioni che precedono, l’appello va dunque respinto.

Le spese, liquidate come da dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull’appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l’appellante al pagamento, in favore dell’appellata Ac.Mo s.r.l., delle spese di lite del grado di giudizio, che complessivamente liquida in euro 6.000,00 (seimila/00), oltre Iva e Cpa se dovute.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 febbraio 2022 con l’intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente FF

Valerio Perotti, Consigliere, Estensore

Angela Rotondano, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

L'ESTENSORE

Valerio Perotti

IL PRESIDENTE

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti

IL SEGRETARIO