

Publicato il 09/02/2023

N. 01449/2023REG.PROV.COLL.
N. 04723/2022 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 numero di registro generale 4723 del 2022, proposto da Consorzio Leonardo Servizi e Lavori - “Società Cooperativa Consortile Stabile”, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Ruffini, Marco Orlando, Antonietta Favale, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

APES (Azienda Pisana Edilizia Sociale) S.C.P.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Germano Scarafiocca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

NA.PI. Edilizia ed Impianti S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Alessandro Lipani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*per la riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Toscana
(Sezione Prima) n. 00558/2022, resa tra le parti.*

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di APES (Azienda Pisana Edilizia Sociale) S.C.P.A. e di NA.PI. Edilizia ed Impianti S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 gennaio 2023 il Cons. Giuseppina Luciana Barreca e uditi per le parti gli avvocati Scarafiocca e Lipani;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza indicata in epigrafe il Tribunale amministrativo regionale per la Toscana ha in parte dichiarato inammissibile e in parte respinto il ricorso proposto dal Consorzio Leonardo Servizi e Lavori – società cooperativa consortile stabile contro l'APES (Azienda Pisana Edilizia Sociale) S.C.P.A. e nei confronti della NA.PI. Edilizia ed Impianti s.r.l. per l'annullamento dell'aggiudicazione a quest'ultima società della gara per l'affidamento di un accordo quadro avente ad oggetto *“lavori di manutenzione ordinaria, pronto intervento e manutenzione straordinaria urgente da eseguire negli edifici di proprietà dei comuni ed in gestione ad APES”*.

1.1. A seguito del rigetto del ricorso principale, non è stato esaminato il ricorso incidentale presentato da NA.PI.

1.2. Parte ricorrente è stata condannata al pagamento delle spese processuali in favore di ciascuna parte intimata.

2. Il Consorzio Leonardo ha proposto appello con sei motivi, corrispondenti a quelli del ricorso introduttivo.

L'APES e la NA.PI. si sono costituite per resistere all'appello. La seconda ha riproposto il ricorso incidentale non esaminato in primo grado.

2.1. All'udienza del 12 gennaio 2023 la causa è stata assegnata a sentenza, previo deposito di memorie delle appellate e replica dell'appellante.

3. Col primo motivo di ricorso è stata censurata la mancata esclusione dalla gara di NA.PI. per non avere tempestivamente prodotto le dichiarazioni delle imprese ausiliarie relative ai due contratti di avvalimento prodotti in gara, nonché per essere stata illegittimamente ammessa al soccorso istruttorio e per avere prodotto dichiarazioni rese e sottoscritte in data successiva alla scadenza del termine di presentazione delle offerte.

3.1. Il tribunale ha dichiarato tardivo il motivo, perché, secondo quanto si legge in sentenza, la volontà di integrare attraverso il soccorso istruttorio la documentazione mancante “è stata palesata nell’ambito dei verbali della commissione regolarmente pubblicati sul sito della S.A.” (che avrebbero reso palese la volontà della commissione di consentire l’integrazione anche con “nuove” dichiarazioni), con la conseguenza che il termine per l’impugnazione sarebbe decorso dal giorno successivo a tale pubblicazione, senza necessità di attendere l’esito dell’istanza di accesso (come sostenuto dal ricorrente).

3.2. Col primo motivo di appello è censurata la decisione, osservando l’appellante che:

- il verbale non sarebbe idoneo a far emergere il vizio denunciato perché la concreta applicazione del soccorso istruttorio e la modalità in cui lo stesso è stato richiesto emergerebbero soltanto dalla nota con la quale il r.u.p. ha compulsato il concorrente, conosciuta soltanto dopo l’accesso agli atti;
- anche a voler ritenere la decorrenza del termine per impugnare dalla conoscenza del verbale, questo potrebbe valere per l’impugnazione dell’attivazione del soccorso istruttorio, ma non potrebbe riguardare il secondo profilo di censura concernente la produzione di dichiarazioni totalmente nuove, censurabili come tali soltanto dopo la loro conoscenza a seguito dell’ostensione degli atti.

3.2.1. Nel merito, quindi, l’appellante ripropone entrambi i profili di censura; e segnatamente:

- l’inammissibilità del soccorso istruttorio per colmare lacune concernenti i requisiti formali dell’avvalimento ex art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50 del 2016;

- la tardività delle dichiarazioni d'impegno e di messa a disposizione dei requisiti e delle risorse necessari rese dalle imprese ausiliarie nei confronti della stazione appaltante, e quindi la totale mancanza entro il termine di scadenza della presentazione delle offerte delle dette dichiarazioni d'obbligo, da ritenersi essenziali ai fini dell'ammissibilità dell'avvalimento e del possesso dei requisiti che ne avevano costituito l'oggetto.

3.3. La sentenza di primo grado va confermata quanto alla dichiarazione di inammissibilità relativamente all'attivazione del soccorso istruttorio. Emerge chiaramente dal verbale della commissione di gara del 2 settembre 2021 che era stato richiesto all'impresa concorrente di presentare, separatamente dal contratto di avvalimento (già agli atti della stazione appaltante), *“le dichiarazioni di cui ai punti 9.1 A e B del disciplinare”*, vale a dire la dichiarazione dell'operatore economico attestante l'avvalimento dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara, con specifica indicazione dei requisiti stessi, e la dichiarazione dell'impresa ausiliaria attestante il possesso dei requisiti generali dell'art. 80 d.lgs. n. 50 del 2016 e dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento, nonché contenente l'obbligo verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui era carente il concorrente.

Il verbale era pubblicato sul profilo del committente a decorrere dall'8 settembre 2021. Inoltre in data 27 ottobre 2021 era trasmessa al Consorzio Leonardo la comunicazione di aggiudicazione alla NA.PI., nella quale era dato atto che, oltre al provvedimento di aggiudicazione, erano stati pubblicati sul profilo del committente (all'indirizzo ivi indicato) anche i verbali delle sedute pubbliche di gara.

Il ricorso notificato il 21 dicembre 2021 è perciò tardivo rispetto alla decisione della stazione appaltante di ammettere la NA.PI. al soccorso istruttorio.

3.4. Non è invece condivisibile la seconda parte della motivazione della sentenza, concernente il contenuto delle dichiarazioni, atteso che è

indubitabile che soltanto a seguito dell'accesso agli atti il Consorzio ricorrente ha potuto verificare la data delle dichiarazioni e quindi formulare la seconda delle censure di cui al primo motivo.

3.4.1. Siffatta censura è quindi ammissibile, ma infondata per le ragioni di seguito esposte.

Va premesso che:

- la dichiarazione di NA.PI. di voler ricorrere all'avvalimento era stata già resa nel D.G.U.E. e confermata dalla tempestiva produzione dei contratti di avvalimento;

- le dichiarazioni delle ausiliare qui in contestazione (cioè quelle contenenti l'obbligo assunto nei confronti della stazione appaltante) erano già inserite nei contratti di avvalimento (per lo studio RIMA: *“l'impresa Ausiliaria si obbliga incondizionatamente nei confronti del concorrente (Avvalente) e della Stazione appaltante a fornire i requisiti di cui sopra [...]”*; per il Consorzio Grade: *“l'impresa ausiliaria ... si impegna e si obbliga nei confronti della stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente l'avvalente [...]”*).

3.4.2. Dato ciò, si ritiene che in effetti, l'art. 89, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016 prevede che le dichiarazioni da rendersi dall'impresa ausiliaria siano *distinte* dal contratto di avvalimento.

Tuttavia la distinzione desumibile dal confronto tra i diversi periodi della norma è fondata sulla *direzione soggettiva* delle dichiarazioni; e precisamente:

- quelle contrattuali, di cui al penultimo periodo, contengono la dichiarazione d'obbligo dell'impresa ausiliaria *“nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata del contratto”*, di modo che l'assunzione della corrispondente obbligazione entra a far parte del sinallagma contrattuale; quindi è rilevante nei rapporti, di natura privatistica, fra le parti contraenti;

- la dichiarazione *“sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga ... a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente”* (che si aggiunge alla dichiarazione della stessa impresa attestante

il possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento, di cui al periodo precedente dello stesso art. 89, comma 1) è invece rivolta (oltre che al concorrente) alla stazione appaltante; essa è indispensabile per rendere opponibile a quest'ultima il contratto stipulato *inter alios*, quindi per coinvolgere l'impresa ausiliaria, già nella fase della gara, a condividere il "prestito" dei requisiti, nonché per consentire l'assunzione di responsabilità "*in relazione alle prestazioni oggetto del contratto*" che l'art. 89, comma 5, estende all'impresa ausiliaria nei confronti della stazione appaltante, rilevante nella fase esecutiva (arg. ex art. 89, comma 9).

La separatezza formale delle dichiarazioni dell'impresa ausiliaria rivolte alla stazione appaltante rispetto agli impegni contrattuali rivolti all'impresa concorrente, quale si desume dal testo di legge, è funzionale all'esecuzione delle verifiche della documentazione amministrativa in fase di gara, da effettuarsi secondo quanto disposto dallo stesso art. 89, comma 3.

Nondimeno è da escludere che il dato formale possa prevalere sul dato sostanziale dell'esistenza agli atti della stazione appaltante di dichiarazioni dell'impresa ausiliaria aventi i contenuti prescritti dall'art. 89, comma 1, rivolte nei confronti della medesima stazione appaltante e sottoscritte dall'ausiliaria, anche se non contenute in documenti separati dal contratto di avvalimento, ma inserite all'interno del testo contrattuale, come accaduto nel caso di specie.

3.4.3. Giova precisare che è indispensabile per la validità dell'avvalimento, quindi rilevante a fini escludenti (senza che sia all'uopo necessaria un'apposita previsione del disciplinare di gara, contrariamente a quanto assume la difesa di NA.PI.), sia che l'impresa ausiliaria renda le dichiarazioni d'obbligo nei confronti della stazione appaltante ex art. 89, comma 1, sia che risultino sottoscritte in data antecedente a quella di scadenza del termine per la presentazione delle offerte.

Non compromette invece la validità dell'avvalimento la mancanza del requisito formale della separatezza delle dichiarazioni dal contratto di avvalimento. Trattandosi di dichiarazioni negoziali unilaterali è sufficiente, ai

fini dell'avvalimento, che esse siano rivolte alla stazione appaltante e che pervengano nella sfera di conoscibilità della medesima destinataria (arg. ex art. 1334 cod. civ.).

In presenza di entrambe tali condizioni -verificatesi con la produzione dei contratti di avvalimento in allegato all'offerta di NA.PI.- l'avvalimento non è in discussione, di modo che ai fini della validità di questo è indifferente che il seggio di gara abbia invitato la controinteressata alla trasposizione in un documento separato delle dichiarazioni d'impegno già contenute nel contratto di avvalimento e conosciute dalla stazione appaltante (come peraltro dato atto nel verbale della seduta del 2 settembre 2021).

3.5. Il primo motivo di appello va complessivamente respinto, corretta in parte come sopra la motivazione della sentenza gravata.

4. Col secondo motivo di ricorso è stata censurata la produzione da parte di NA.PI. di un contratto di avvalimento con lo studio professionale RIMA da ritenersi nullo perché carente della precisa indicazione delle risorse messe a disposizione da parte dell'ausiliaria per integrare il requisito relativo al pregresso svolgimento di servizi analoghi nel settore della progettazione.

4.1. Il tribunale ha ritenuto infondato il motivo perché nel contratto è contenuto il riferimento ad una unità tecnica di carattere professionale che appare sufficiente al raggiungimento dello scopo dell'avvalimento, anche *“tenuto conto del fatto che nel ricorso non viene affatto specificato quali altre risorse avrebbero dovuto essere messe a disposizione per soddisfare le asserite ulteriori necessità”*.

4.2. Col secondo motivo di appello è censurata la decisione suddetta, ribadendosi che si tratta di un avvalimento c.d. operativo, che richiede la puntuale indicazione delle risorse messe a disposizione, *“connesse al requisito prestato e proporzionate e sufficienti alla natura e misura del requisito prestato”*: nel contratto *de quo* sono messe a disposizione *“la direzione tecnica (n°1 unità); risorse finanziarie ed ogni altra risorsa necessaria per dare l'opera finita e a perfetta regola d'arte”*, senza che in nessuna parte del contratto siano precisate le *“effettive risorse e/o mezzi messi a disposizione”* attinenti al requisito prestato e senza che, secondo

l'appellante, il requisito possa ritenersi soddisfatto con la messa a disposizione di un solo tecnico professionista.

4.2.1. L'appellante aggiunge che, dato quanto sopra, contrariamente a quanto affermato dal tribunale, non sarebbe stato onere del Consorzio Leonardo indicare quale avrebbe dovuto essere l'oggetto del contratto di avvalimento affinché non fosse viziato da nullità.

4.3. Il motivo è infondato.

Va premesso che il disciplinare di gara precisava all'art. 8.3:

- al comma 1: *“Per servizio tecnico s'intende: 1) [...]; 2) servizi di progettazione, direzione lavori di opere edili ivi compresi i servizi di redazione APE e di espletamento di pratiche catastali, servizi accessori, quali sopralluogo, rilievo, verifica, preventivazione e caricamento dati, PIMUS; il tutto come previsto dal capitolato speciale di appalto. Supporto, assistenza e servizi agli assegnatari. Assistenza alle attività riguardanti Materiali Contenenti Amianto. Il tutto per complessivi € 215.050,00”;*

- al comma 5: *“Relativamente ai requisiti di ordine tecnico professionale per i servizi di cui al punto 2), l'operatore economico dovrà dimostrare di aver espletato, nei cinque anni antecedenti la data di pubblicazione del presente bando, servizi attinenti a quelli di cui al punto 2), relativamente alla progettazione, direzione lavori, redazione APE ed espletamento pratiche catastali, sottoscritte da un tecnico o più tecnici abilitati all'esercizio della professione, per un importo almeno pari all'importo di € 215.050,00. Per questo secondo punto, è ammessa RTI anche con studi professionali di architetti, ingegneri o geometri.”.*

Per tale requisito la NA.PI. ha stipulato un contratto di avvalimento col quale lo studio RIMA si è impegnato a mettere a disposizione la detta unità tecnica di carattere professionale, abilitata all'esercizio della professione, con comprovata esperienza nella direzione lavori.

4.3.1. Per inquadrare correttamente la questione oggetto della presente censura, è opportuno distinguere, sulla scorta della previsione dell'art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016, due aspetti del contratto di avvalimento che le parti tendono a sovrapporre: per un verso, l'avvalimento è funzionale a soddisfare

la richiesta del requisito di ordine tecnico professionale di cui all'art. 83, comma 1 lett. c), e comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016, cioè lo svolgimento dei servizi analoghi nel periodo e nella misura richiesti; per altro verso, il contratto di avvalimento deve contenere, a pena di nullità, ai sensi dell'art. 89, comma 1, ultimo periodo, la specificazione - per quanto qui rileva - delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria per l'esecuzione delle prestazioni oggetto di affidamento.

La censura di parte ricorrente attiene a questo secondo profilo, riguardante cioè non l'attività svolta nel pregresso quinquennio dall'impresa ausiliaria, bensì le risorse umane (cui va aggiunta la strumentazione tecnica, alla quale il ricorrente non fa cenno) messe a disposizione per l'esecuzione dell'appalto.

4.3.2. Ciò chiarito, va confermata la motivazione di rigetto del tribunale circa la sufficienza dell'indicazione di un tecnico iscritto al corrispondente albo professionale per raggiungere lo scopo del contratto, che, in disparte l'apporto del detto requisito esperienziale nella fase della gara (arg. ex art. 89, comma 1), attiene alla possibilità di impiego delle risorse oggetto dell'avvalimento nella fase esecutiva (arg. ex art. 89, comma 9).

4.3.3. Non è poi pertinente l'obiezione dell'appellante secondo cui non spetterebbe al ricorrente individuare i mezzi a disposizione dell'impresa controinteressata. Evidentemente il tribunale, stigmatizzando la genericità della censura del Consorzio, ha correttamente inteso affermare che, se si lamenta un'insufficienza di risorse, occorre specificare quale sarebbe la tipologia di risorse, umane o materiali, mancanti per lo svolgimento delle prestazioni appaltate. Nel ricorso introduttivo, come detto in sentenza, così come d'altronde nell'atto di appello, non vi è alcuna specificazione al riguardo.

4.4. Il secondo motivo di appello va quindi respinto.

5. Col terzo motivo di ricorso è stato censurato il detto contratto di avvalimento anche perché non contempla nel proprio oggetto il requisito relativo alla dotazione di abbonamenti ai servizi telematici di cui la NA.PI. si sarebbe dichiarata (almeno in un primo momento) carente.

5.1. Il tribunale ha dichiarato tardivo il motivo, perché il seggio di gara aveva avanzato, in soccorso istruttorio, la richiesta di indicare gli abbonamenti che andavano ad integrare il requisito (nonché i nominativi dei professionisti, tra cui il tecnico abilitato all'esercizio della professione, con comprovata esperienza nella redazione delle APE) indirizzandola sia alla concorrente che all'ausiliaria. Di qui la conseguenza, tratta in sentenza, che dal verbale era chiaro che *“l'organo valutatore riteneva indifferente il fatto che il requisito fosse dimostrato dall'una piuttosto che dall'altra”* e quindi la dichiarazione successivamente resa sia da NA.PI. che dall'ausiliaria RIMA dipendeva dalla decisione assunta dal seggio di gara, la quale avrebbe dovuto perciò essere impugnata nel termine decorrente dal giorno successivo a quello della pubblicazione del verbale.

5.2. L'appellante contesta la decisione, opponendo che, prima di accedere alla documentazione prodotta dall'impresa in sede di soccorso istruttorio, non avrebbe avuto interesse a censurare la mera richiesta rivolta ad entrambe le imprese, in sé né illegittima né lesiva; soltanto a seguito della visione del contratto di avvalimento con RIMA e delle ulteriori dichiarazioni rese sarebbe stato possibile per il Consorzio Leonardo contestare il difetto dell'avvalimento della dotazione di abbonamenti ai servizi telematici o di personale esperto nella redazione dell'APE.

5.2.1. Nel merito, quindi, l'appellante ripropone la censura che il contratto di avvalimento prevede solamente il fatturato in servizi analoghi mentre non fa riferimento al requisito riguardante gli abbonamenti e il personale esperto, come invece ha dichiarato l'impresa ausiliaria RIMA nell'allegato 2 contenente la specifica indicazione delle banche dati in abbonamento e l'individuazione nominale dei tecnici di comprovata esperienza (tra cui l'ing. Scatena, titolare di un differente studio di progettazione, la cui indicazione avrebbe comportato la violazione del divieto di avvalimento c.d. a cascata). A seguito della richiesta di chiarimenti da parte della stazione appaltante, la NA.PI., oltre ad avere prodotto una dichiarazione di conferma dell'ausiliaria, ha

prodotto altra dichiarazione in cui ha dichiarato per la prima volta di possedere in proprio i requisiti: tale situazione procedurale avrebbe comportato, secondo il Consorzio Leonardo, l'illegittimità della partecipazione della concorrente per modifica dell'offerta iniziale.

5.3. Il motivo non merita favorevole apprezzamento.

Va premesso che il requisito che viene in rilievo nel presente motivo - così come nel quarto di cui si dirà nel prosieguo - è richiesto, in aggiunta a quello del fatturato nei servizi analoghi, allo stesso punto 8.3 del disciplinare, ma al distinto comma 6, con la seguente previsione:

“Inoltre, al fine di dimostrare la propria capacità tecnico professionale, l'impresa dovrà dimostrare di possedere, con riferimento al quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando, almeno: dotazione software idonea (a titolo esemplificativo, e non esaustivo: pacchetto office, autocad, programmi di contabilità); dotazione hardware idonea; abbonamento a servizi, quali, a titolo esemplificativo, piattaforma del catasto; dotazione idonea di personale tecnico con un minimo di: n. 1 tecnico abilitato all'esercizio della professione, con comprovata esperienza nella direzione lavori; n. 1 tecnico abilitato all'esercizio della professione, con comprovata esperienza nella redazione delle APE. Queste due figure possono coincidere tra di loro. Per la dimostrazione del presente requisito è prevista la possibilità di ATI o avvalimenti.”.

Per comprendere la censura in oggetto va altresì precisato che l'ultimo comma dell'art. 8.3 prevedeva che *“Al fine di dimostrare il possesso dei requisiti di cui sopra, l'operatore Economico dovrà compilare e firmare digitalmente, l'allegato 2 al presente disciplinare. Si precisa che, in caso di RTI o avvalimento, l'allegato 2 dovrà essere sottoscritto da tutte le imprese/professionisti facenti parte dell'RTI o imprese/professionisti ausiliari in caso di avvalimento, con specificazione della società e dei professionisti cui si riferiscono i lavori analoghi o le prestazioni professionali.”.*

5.3.1. Orbene, è accaduto che, mentre il contratto di avvalimento stipulato da NA.PI. con lo studio RIMA ha ad oggetto il requisito del fatturato specifico in servizi analoghi di cui si è detto trattando del secondo motivo, l'allegato 2 sottoscritto dal legale rappresentante dello studio RIMA ha riguardato anche

il (diverso) requisito delle dotazioni informatiche, dei servizi in abbonamento e dei tecnici abilitati, tra cui quello avente comprovata esperienza nella redazione dell'APE.

In tale situazione, che già ai sensi dell'art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016 induce da dare prevalenza al contratto di avvalimento, si rivela, nel caso concreto, decisivo il DGUE presentato da NA.PI.: il documento conferma che l'avvalimento con lo studio RIMA attiene al requisito "2) *Servizi di progettazione, direzione lavori di opere edili (art. 8.3, punto 2 del disciplinare di gara)*" come testualmente ivi indicato.

Di conseguenza, è da ritenere che il contratto di avvalimento fosse limitato al requisito del fatturato specifico, ma ciò comportava che - come d'altronde ritenuto anche dal seggio di gara - l'impresa concorrente avrebbe dovuto (e potuto) apportare in proprio i requisiti restanti, cioè quelli attinenti alle dotazioni informatiche, ai servizi in abbonamento ed al tecnico abilitato.

Sul punto va quindi disattesa l'interpretazione data al disciplinare di gara dalla stazione appaltante soltanto nella difesa in giudizio (secondo cui il requisito di capacità tecnico professionale sarebbe unico, piuttosto che scisso nei due sopra detti), dovendosi preferire l'interpretazione presupposta in sede procedurale dal seggio di gara e fatta propria anche dalla difesa del Consorzio ricorrente.

5.3.2. Tuttavia quest'ultimo non coglie nel segno quando attribuisce efficacia determinante all'allegato 2, al fine escludere che la NA.PI. potesse apportare in proprio il requisito che non figurava come oggetto del contratto di avvalimento.

In realtà, poiché i requisiti che nel DGUE non sono indicati come oggetto di avvalimento non avrebbero potuto che essere apportati in proprio, non appare fondata la censura che la NA.PI. avrebbe modificato in corso di gara il contenuto della domanda di partecipazione quanto al possesso dei requisiti.

Piuttosto, è mancata da parte della controinteressata la corretta compilazione dell'allegato 2, richiesto dal disciplinare ai fini dimostrativi del possesso in

proprio dei requisiti non oggetto di avvalimento.

Il difetto della compilazione dell'allegato n. 2 è stato sanato da NA.PI. mediante la produzione effettuata all'esito del soccorso istruttorio.

5.3.3. Orbene, l'esame della questione dell'ammissibilità del soccorso istruttorio è preclusa per le ragioni esposte nella sentenza gravata, in riferimento al verbale del 2 settembre 2021.

In questo verbale si chiede di *“specificare quali siano gli abbonamenti posseduti dall'operatore economico Napi oppure da Grade o da Rima con riferimento a quelli richiesti, a titolo esemplificativo e non esaustivo, nel disciplinare di gara come ad esempio la piattaforma catasto”* ed inoltre *“si chiede di integrare il predetto allegato 2 con l'indicazione di un soggetto abilitato avente l'esperienza di redazione Ape che sia riconducibile a Napi oppure a Rima o al Consorzio Grade”*.

Non vi è dubbio pertanto che, come ritenuto dal tribunale, la lettura del verbale consentisse al Consorzio ricorrente di comprendere che sarebbe stato consentito all'impresa concorrente NA.PI. di colmare la riscontrata lacuna (peraltro, come detto, soltanto formale) nella dimostrazione del possesso del requisito concernente le dotazioni di abbonamenti e di personale del precedente quinquennio, mediante l'indicazione di abbonamenti propri e di un tecnico “riconducibile” alla stessa impresa avente l'esperienza di redazione dell'APE.

Il termine per la relativa impugnazione era quindi decorso alla data di notificazione del ricorso introduttivo come già esposto trattando del primo motivo.

5.4. Il terzo motivo di appello va quindi respinto.

6. Col quarto motivo di ricorso è stato dedotto che NA.PI. avrebbe meritato l'esclusione, da un lato, per non avere dimostrato il possesso nel quinquennio precedente la pubblicazione del bando di un abbonamento alla piattaforma del catasto e, d'altro lato, per avere dimostrato l'esperienza nella redazione di APE mediante ricorso ad un collaboratore esterno.

6.1. Il tribunale ha respinto entrambi i rilievi.

Quanto al primo, ha affermato che *“la menzione dell’abbonamento al catasto (che è una semplice registrazione al portale dell’Agenzia del territorio per l’accesso a dati pubblici) era prevista dal bando solo a titolo esemplificativo e non tassativo”*.

6.1.1. Quanto al secondo, ha affermato che la collaborazione *“con un professionista esterno non è estranea al sistema di rapporti della impresa concorrente con figure esterne previsto dal codice dei contratti pubblici essendo espressamente contemplata dall’art. 103 [rectius, 105] comma 3 lett. c – bis”*.

6.2. L’appellante censura la prima affermazione sostenendo (sulla base di una precisazione resa dalla stazione appaltante in sede di soccorso istruttorio, secondo cui gli abbonamenti erano *“richiesti a titolo esemplificativo e non esaustivo nel disciplinare di gara come ad esempio la piattaforma catasto”*) che, se è vero che l’abbonamento a tale piattaforma non fosse l’unico richiesto, esso sarebbe stato comunque necessario tra quelli posseduti, in modo che il possesso ne sarebbe stato previsto come obbligatorio. La NA.PI. ne sarebbe stata priva come dimostrato dall’elencazione prodotta in sede di soccorso istruttorio e quindi avrebbe dovuto essere estromessa dalla gara.

6.2.1. L’appellante censura poi la seconda affermazione deducendo che l’esperto in certificazioni APE indicato da NA.PI. non ha mai avuto un rapporto organico con la società, in quanto l’impresa concorrente ha indicato l’arch. Marco Caciagli come *“professionista esterno”*. Secondo il Consorzio, allora, non essendo quest’ultimo dipendente dell’impresa concorrente, il requisito corrispondente avrebbe potuto essere dimostrato o mediante l’avvalimento oppure mediante la partecipazione in r.t.i. Ad avviso dell’appellante, l’instabilità del denunciato *“rapporto di mera collaborazione”* non avrebbe potuto garantire alla stazione appaltante che l’impresa concorrente fosse effettivamente in possesso del requisito richiesto.

6.3. Entrambi i profili di gravame sono infondati.

6.3.1. In merito al primo, va ribadito quanto affermato nella sentenza impugnata, da intendersi qui integralmente richiamato e trascritto.

Peraltro, va sottolineato che tra quanto esposto nel verbale del seggio di gara e quanto previsto nel disciplinare di gara non può che essere data prevalenza al secondo. In quest'ultimo si richiede testualmente “*abbonamenti a servizi, quali a titolo esemplificativo, piattaforma del catasto*”, senza la precisazione “*a titolo esemplificativo, e non esaustivo*”, la quale - ammesso che possa avere il significato attribuito dall'appellante - riguarda le dotazioni *software* e non i servizi in abbonamento.

6.3.2. Più suggestiva, anche se infondata, è la seconda delle censure prospettate col motivo in esame.

Il requisito in oggetto attiene alla dimostrazione da parte dell'impresa concorrente di “*possedere, con riferimento al quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando ... n. 1 tecnico abilitato all'esercizio della professione, con comprovata esperienza nella redazione delle APE*” ed è richiesto dal punto 8.3, comma 6, del disciplinare di gara “*al fine di dimostrare la propria capacità tecnico professionale*”.

Il riferimento contenuto nell'inciso finale (“*Per la dimostrazione del presente requisito è prevista la possibilità di ATI o avvalimenti*”) non ha l'univoco significato che sembra presupporre l'appellante, poiché si tratta di una facoltà concessa all'impresa concorrente che sia priva del requisito così come configurato dalla prima parte della norma e che, ove esercitata, comporterebbe l'attribuzione al “tecnico qualificato” o all'impresa nel quale è inserito della qualità di concorrente (come è per l'ATI) ovvero all'uno o all'altra della qualità di ausiliario (come è per l'avvalimento).

Escluso per quanto sopra che la NA.PI. si sia avvalsa per questo requisito dello studio RIMA e che abbia fatto ricorso ad un'ATI, la questione da risolvere si riduce a deliberare se il tecnico indicato dalla controinteressata dovesse fare parte dell'organico aziendale ovvero fosse sufficiente un rapporto di collaborazione stabilizzato nel quinquennio precedente.

Sul punto il disciplinare non fornisce indicazioni tassative poiché si limita a richiedere “*il possesso*” della “*dotazione idonea di personale tecnico*”, analogamente a

quanto richiesto per le dotazioni materiali rilevanti a fini esperienziali (dotazione *software*, dotazione *hardware*, abbonamento a servizi).

Pertanto, è corretto interpretare la clausola del disciplinare in coerenza con le disposizioni del Codice dei contratti.

Il riferimento all'art. 105, comma 3, lett. c-bis, del d.lgs. n. 50 del 2016 contenuto nella sentenza di primo grado e negli scritti delle parti appellate, pur esprimendo una tendenza dell'attuale normativa a riconoscere la validità di rapporti di collaborazione con professionisti esterni (c.d. rapporti continuativi di cooperazione) ogniqualvolta riguardino prestazioni non costituenti oggetto di appalto (cfr. Cons. Stato, V, 12 aprile 2021, n. 2962, citata anche nella memoria dell'appellante, ma non utile a supporto della tesi sostenuta), è norma che attiene propriamente alla fase esecutiva del rapporto contrattuale, come dimostra il suo inserimento nella disciplina del subappalto (che ne ha reso possibile il richiamo nel precedente di cui a Cons. Stato, III, 18 luglio 2019, n. 5068, riguardante un c.d. *requisito di esecuzione* ex art. 100 del d.lgs. n. 50 del 2016, pur se la dimostrazione del relativo possesso era stata anticipata alla fase della gara).

Nel caso di specie viene in rilievo, come detto, *un requisito di partecipazione*, cioè di capacità tecnico professionale, disciplinato dall'art. 83, comma 1, lett. c) e comma 6, prevedendo appunto quest'ultima disposizione che in riferimento al detto criterio di selezione, per gli appalti di servizi, “*le stazioni appaltati possono richiedere requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano le risorse umane e tecniche e l'esperienza necessarie per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità*”. Ai sensi del successivo comma 7, la dimostrazione di tali requisiti è fornita utilizzando i mezzi di prova di cui all'art. 86, commi 4 e 5, tra cui – per quanto qui rileva – quelli dell'allegato XVII, parte II, che contempla anche i tecnici non inseriti nell'organico dell'operatore economico (arg. ex lett. b).

Né si può ritenere, secondo quanto obietta l'appellante, che l'interpretazione favorevole alla controinteressata comprometterebbe la garanzia della stazione appaltante sulla “stabilità” del rapporto con il professionista indicato e quindi

sull'affidabilità dell'aggiudicataria. Infatti, il requisito in parola attiene ad un servizio che non appare qualificare l'appalto, riguardando una prestazione sostanzialmente accessoria (arg. ex art. 3 del disciplinare che delinea l'oggetto dell'appalto) e comunque si tratta di un requisito di partecipazione riferito al quinquennio precedente la data di indizione della procedura. In particolare, rileva il rapporto intrattenuto dall'impresa concorrente con il tecnico abilitato in epoca precedente l'indizione della gara *de qua*. Riguardo a tale rapporto ed ai documenti prodotti per darne prova da parte di NA.PI. nessuna specifica censura risulta mossa da parte appellante.

6.4. Il quarto motivo di appello va quindi complessivamente respinto.

7. Col quinto motivo di ricorso è stata contestata l'aggiudicazione perché la NA.PI. ha conseguito mediante avvalimento il possesso della qualificazione per la categoria OS30, in aperta violazione del disciplinare di gara, il quale disponeva all'art. 9.1. che *“Per la presente gara l'avvalimento è consentito per la categoria OG1 OS3 e OS28”*.

7.1. Il tribunale ha dichiarato inammissibile il motivo osservando che l'amministrazione nei chiarimenti pubblicati sul sito aveva informato i concorrenti che il divieto di avvalimento per la categoria OS30 costituiva errore materiale della *lex specialis* ed il Consorzio Leonardo non aveva impugnato il chiarimento in rettifica.

7.2. L'appellante formula le seguenti censure:

- il chiarimento si sarebbe dovuto reputare impugnato, non potendosi accedere alla tesi formalistica contraria, basata sul solo presupposto che lo stesso non era stato indicato nell'epigrafe del ricorso introduttivo; nondimeno, dal tenore complessivo del ricorso introduttivo si potrebbe desumere, secondo il criterio sostanzialistico da privilegiare, che il ricorrente *“ha ritenuto irrilevante il chiarimento adottato per la rettifica della legge di gara”* ed avrebbe comunque esteso l'impugnativa a tutti gli atti di gara, compresi quelli non menzionati;

- nel merito, dovrebbe perciò prevalere il disciplinare di gara, che limitava il ricorso all'avvalimento alle categorie OG1, OS3 e OS28 e quindi l'impresa NA.PI. avrebbe dovuto essere esclusa perché vi ha fatto ricorso per la categoria OS30.

7.3. La prima censura è infondata, con conseguente inammissibilità della seconda.

Il principio richiamato dalla parte appellante secondo cui non è necessaria l'espressa menzione di un atto tra quelli elencati come oggetto di ricorso perché l'atto medesimo possa considerarsi impugnato, pur condivisibile, presuppone però che la volontà di impugnare uno specifico provvedimento - nel caso di specie i chiarimenti di *errata corrige* - si desuma chiaramente dal contenuto del ricorso.

Si tratta di uno dei corollari dell'art. 40, comma 1, c.p.a. laddove alla lettera d) richiede l'indicazione dei motivi specifici su cui si fonda il ricorso.

7.3.1. Nel ricorso introduttivo del Consorzio non vi è alcun accenno al comunicato di precisazione di APES, né vi sono elementi da cui desumere una qualsivoglia intenzione di impugnare il chiarimento, men che meno per la (fondamentale) ragione della portata di rettifica postuma di un errore nel quale era incorsa la stazione appaltante nella redazione del disciplinare di gara. E' da escludere che siffatta volontà possa essere desunta dalla formula riferita ad "*ogni atto presupposto, connesso e consequenziale*", ritenuta formula di stile non idonea allo scopo (cfr., tra le altre, Cons. Stato, VI, 12 marzo 2018, n. 1523), a maggior ragione quando non trova corrispondenza nei motivi di ricorso, come accaduto nel caso di specie.

In mancanza di impugnazione della rettifica, l'avvalimento per la categoria OS30 era ammesso.

7.4. Il quinto motivo di appello va quindi respinto.

8. L'ultimo motivo del ricorso introduttivo ha censurato l'aggiudicazione perché conseguita da NA.PI. grazie all'avvalimento con il Consorzio Stabile Grade che avrebbe consentito alla concorrente di ottenere un maggior

punteggio per l'offerta tecnica, in violazione del divieto del c.d. avvalimento premiale.

8.1. Il tribunale ha respinto il motivo escludendo che, nel caso di specie, si sia in presenza di un avvalimento qualificabile come meramente premiale, *“ossia quello avente l'esclusivo scopo di far conseguire all'ausiliata, che non necessita di alcun incremento delle risorse per partecipare alla gara, una migliore valutazione dell'offerta (Consiglio di Stato sez. V, 17/09/2021, n. 6347)”* (così in sentenza).

8.2. L'appellante, richiamata la giurisprudenza in tema di avvalimento c.d. premiale, sostiene l'illegittimità del punteggio tecnico attribuito alla NA.PI. *“fondato anche sulla valutazione di quegli strumenti e mezzi che sono stati messi a sua disposizione grazie all'avvalimento dell'attestazione SOA”*.

8.3. Il motivo è infondato, alla stregua della giurisprudenza richiamata dalle appellate.

8.3.1. Va premesso che l'art. 13.2, lett. a), del disciplinare prevedeva l'attribuzione del punteggio di 70 punti per l'offerta tecnica, di cui 30 per *“Organizzazione dell'attività del servizio manutentivo in appalto”* e 15 di questi per *“La dotazione di mezzi d'opera, attrezzature, officine, magazzini localizzati nel territorio provinciale (in proprietà/leasing o in locazione/noleggio o in godimento a qualunque titolo) e messi a disposizione per l'esecuzione dell'appalto. Verrà valutata la dotazione ulteriore rispetto a quella minima prevista al punto 5.2 del capitolato speciale di appalto. (15 punti)”*, con la precisazione che *“Al solo fine di consentire alla commissione giudicatrice la valutazione della dotazione ulteriore, il concorrente dovrà comunque indicare in maniera chiara e sintetica la dotazione minima messa a disposizione e prevista in capitolato distinguendola da quella ulteriore mediante la compilazione dell'allegato 3”*.

Risulta dagli atti che la NA.PI., fornita di mezzi propri come risultante appunto dall'allegato 3, si è avvalsa anche dei mezzi indicati nell'allegato al contratto di avvalimento stipulato con il Consorzio Grade; in tale ultimo allegato è specificato che si tratta dei mezzi che il Consorzio ausiliario possiede ai sensi dell'art. 94, comma 2, del d.P.R. n. 207 del 2010, vale a dire

dei mezzi che sono serviti al Consorzio per conseguire la qualificazione SOA oggetto di avvalimento.

8.3.2. Risulta, all'evidenza, realizzata nell'appalto *de quo* la condizione in presenza della quale la giurisprudenza esclude che si sia in presenza di un avvalimento vietato perché *meramente* premiale (il quale ultimo si configura quando l'avvalimento è utilizzato all'unico, esclusivo, fine di conseguire il punteggio premiale, da parte di un'impresa già ammessa a partecipare in forza di requisiti di partecipazione posseduti in proprio).

All'opposto, è legittima la situazione in cui l'avvalimento è utilizzato per il suo scopo tipico, cioè quello di fare conseguire all'impresa concorrente il requisito di partecipazione di cui è priva, ma tale utilizzazione non può andare disgiunta da quella valevole anche per ottenere punteggi aggiuntivi per la qualità dell'offerta tecnica *“giacché le risorse, i beni e le capacità dell'impresa ausiliaria contemplati nel contratto di avvalimento entrano a far parte organica della complessiva offerta presentata dalla concorrente”* (come testualmente affermato già da C.G.A. 15 aprile 2016, n. 109, ma più chiaramente esplicitato da Cons. Stato, V, 25 marzo 2021, n. 2526, alla cui motivazione è qui sufficiente fare integrale rinvio, specie nella parte in cui qualifica come fisiologica *“l'eventualità che l'operatore economico concorrente ricorra all'avvalimento al fine di conseguire i requisiti di cui è carente e, nello strutturare e formulare la propria offerta tecnica, contempra nell'ambito della stessa anche beni o prodotti forniti dall'impresa ausiliaria ovvero mezzi, attrezzature, risorse e personale messi a disposizione da quest'ultima: nel quale caso è evidente che i termini dell'offerta negoziale devono essere apprezzati e valutati in quanto tali, con l'attribuzione dei relativi punteggi, nella prospettiva di un'effettiva messa a disposizione della stazione appaltante all'esito dell'aggiudicazione e dell'affidamento del contratto”*).

Si tratta di interpretazione che si lascia preferire all'altra, più rigorosa, che esclude che l'avvalimento possa essere strumento di migliore valutazione dell'offerta anche quando sia servito per consentire la partecipazione alla gara (di cui è espressione Cons. Stato, V, 22 dicembre 2016, n. 5419). In senso contrario a tale ultimo orientamento giurisprudenziale (da ritenersi superato

da quello espresso dalla citata sentenza n.2526/21) su cui si basano le ragioni dell'appellante, va valorizzata - oltre all'argomento fatto proprio dalle decisioni sopra richiamate, circa l'inscindibilità dell'offerta tecnica complessiva del concorrente - la *ratio* del divieto. In sintesi, il divieto dell'avvalimento c.d. premiale è stato ritenuto – mediante una rigorosa, letterale, interpretazione delle norme sull'avvalimento, interne e comunitarie, su cui non è necessario svolgere in questa sede, pur plausibili, considerazioni critiche – al fine impedire l'abusivo ricorso all'istituto dell'avvalimento. Tale abuso è però decisamente da escludere nel caso in cui l'avvalimento abbia assolto alla sua funzione ausiliaria tipica derivante dalla messa a disposizione dei requisiti di partecipazione alla gara e, in conseguenza di ciò, abbia completato l'offerta dell'impresa concorrente arricchendola degli elementi meritevoli di punteggio premiale.

8.3.3. Dal momento che NA.PI. si è avvalsa delle attestazioni SOA del Consorzio Grade per conseguire i requisiti di partecipazione di cui è priva (iscrizione alle superiori qualifiche delle categorie OG1, OS3 e OS28 e iscrizione alla categoria OS30) e che il punteggio premiale cui fa riferimento l'appellante è stato conseguito dalla controinteressata (anche) per i mezzi e le risorse contemplati nel contratto di avvalimento, è da escludere che si tratti di avvalimento c.d. *meramente* premiale, quindi vietato.

8.4. L'ultimo motivo di appello va respinto, con assorbimento dell'eccezione di inammissibilità per carenza di interesse, in difetto di prova di resistenza, formulata dalla controinteressata.

9. In conclusione, l'appello va respinto, con conseguente definitivo assorbimento del ricorso incidentale e delle eccezioni riproposte ex art. 101, comma 2, c.p.a..

9.1. Sussistono giusti motivi di compensazione delle spese del grado di appello, considerata la parziale correzione della motivazione della decisione gravata.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 gennaio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente

Angela Rotondano, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere, Estensore

Anna Bottiglieri, Consigliere

L'ESTENSORE

Giuseppina Luciana Barreca

IL PRESIDENTE

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti

IL SEGRETARIO