

N. 05573/2014REG.PROV.COLL.
N. 00179/2014 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso n. 179/2014 RG, proposto dalla SIRAM s.p.a., corrente in Milano, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale capogruppo mandataria dell'ATI con la Combustibili Nuova Prenestina s.r.l., rappresentata e difesa dal prof. Federico Tedeschini e dagli avvocati Bruno Becchi, Alessandro Arredi e Loredana Grillo, con domicilio eletto in Roma, l.go Messico n. 7,

contro

l'Azienda sanitaria locale – ASL n. 3 di Pescara, in persona del Direttore generale *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Tommaso Marchese, con domicilio eletto in Roma, via Cosseria n. 2, presso lo studio dell'avv. Placidi e

nei confronti di

Consorzio nazionale servizi – CNS soc. cooperativa, corrente in Bologna, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e

quale capogruppo mandataria dell'ATI con la *Omnia Servitia* s.r.l., controinteressata, rappresentata e difesa dal prof. Angelo Clarizia e dall'avv. Enzo Perrettini, con domicilio eletto in Roma, via P.ssa Clotilde n. 2 e

- COFELY Italia s.p.a., corrente in Roma, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale capogruppo mandataria dell'ATI con la Manitalidea s.p.a., controinteressata ed appellante incidentale, rappresentata dagli avvocati Damiano Lipani, Vincenzo Di Baldassarre, Francesca Sbrana e Sergio Grillo, con domicilio eletto in Roma, via V. Colonna n. 40, nonché

e con l'intervento di

Gestione Integrata s.r.l., corrente in Milano, in persona del legale rappresentante *pro tempore (ad opponendum)*, rappresentata e difesa dagli avvocati Evelina Porcelli ed Annalisa Di Giovanni, con domicilio eletto in Roma, via S. Caterina da Siena n. 46,

per la riforma

della sentenza del TAR Abruzzo – Pescara, n. 616/2013, resa tra le parti e relativa all'affidamento del servizio globale per l'energia e di altri servizi edili ed impiantistici, con lavori complementari, da svolgere negli edifici di competenza dell'ASL di Pescara;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti intimato e dell'interveniente *ad opponendum*;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, c. 10, c.p.a.;

Relatore all'udienza pubblica del 27 marzo 2014 il Cons. Silvestro Maria Russo e uditi altresì, per le parti, gli avvocati Arredi, Grillo, Marchese, Clarizia, Perrettini, Lipani, Sbrana e Di Giovanni;
Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. – Con deliberazione n. 660 del 24 maggio 2011 (bando spedito il giorno successivo), l'ASL n. 3 di Pescara indisse una procedura aperta, da aggiudicare col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento quinquennale della gestione globale dell'energia e di altri servizi edili ed impiantistici, con annessi lavori complementari, per gli edifici aziendali, per un importo a base d'asta di € 44.650.000,00, oltre IVA.

L'art. 6 del disciplinare di gara prevede, ai fini dello svolgimento della procedura e del giudizio sulle offerte, l'esistenza di due distinte commissioni, l'una preposta a tal svolgimento (seggio di gara) e l'altra incaricata della sola verifica di congruità tecnica delle offerte stesse, con riguardo, quindi, alla valutazione tecnico-qualitativa di queste.

A tal procedura intese partecipare, tra le altre imprese, pure la SIRAM s.p.a., corrente in Milano, n. q. di capogruppo mandataria dell'ATI con la Combustibili Nuova Prenestina s.r.l., presentando la propria offerta. In esito alla relativa gara, detta ATI s'è collocata al secondo posto della graduatoria di merito (con punti 853,84), essendo risultate graduate al primo posto l'ATI con capogruppo la Cofely Italia s.p.a. (con punti 871,80) ed al terzo l'ATI guidata dalla CNS soc. coop. (con

punti 829,65).

Inoltre, le offerte delle prime due ATI graduate son state sottoposte al sub-procedimento ex art. 88 del Dlg 12 aprile 2006 n. 163, ai fini della verifica della loro anomalia e giudicate anomale dal seggio di gara. Di ciò quest'ultimo ha dato contezza nella seduta pubblica del 23 luglio 2013, in presenza dei rappresentanti delle imprese coinvolte, giusta comunicazione del giorno successivo. Il seggio di gara ha poi reso noto che l'ASL appaltante aveva deciso di attivare la procedura di pre-adesione alla convenzione MISS (*Multiservizio tecnologico integrato con fornitura di energia agli immobili adibiti ad uso sanitario*) di CONSIP, inviandole una richiesta di preventivo l'8 maggio 2013, donde la decisione di non aggiudicare e di sospendere la gara *de qua* in attesa di CONSIP.

Con nota del 30 agosto 2013, la stazione appaltante ha precisato a dette imprese che, nella seduta del successivo 10 settembre, il seggio di gara avrebbe fornito loro comunicazioni sull'esito del giudizio d'anomalia. Con determina dirigenziale n. 232 del 9 settembre 2013, il RUP della stazione appaltante ha disposto in via definitiva l'esclusione dell'ATI SIRAM e dell'ATI Cofely dalla gara stessa e ha formulato la graduatoria definitiva. Nella seduta del giorno successivo, il seggio di gara ha loro comunicato l'emanazione ed il contenuto del provvedimento di esclusione.

2. – Avverso quest'ultimo e gli atti pregressi, l'ATI SIRAM s'è gravata allora innanzi al TAR Pescara, con il ricorso n. 375/2013 RG. Analogamente aveva già fatto l'ATI Cofely, nella stessa sede (ricorso

n. 355/2013 RG) impugnando dapprima il giudizio d'anomalia della sua offerta e la relativa comunicazione del 24 luglio 2013 e, con motivi aggiunti, pure la determina n. 232. Nelle more del giudizio di primo grado, l'ASL ha abbandonato l'adesione alla convenzione con la CONSIP, a causa dell'incapienza del *plafond* dell'aggiudicatario per il lotto corrispondente alla procedura in parola.

Con atto del 28 ottobre 2013, la controinteressata ATI CNS, nel frattempo divenuta aggiudicataria a seguito delle predette esclusioni, ha proposto impugnazione incidentale, contestando anch'essa gli atti di gara, nella parte in cui ne consentirono la partecipazione all'ATI SIRAM, stante la cessione di ramo d'azienda ad un terzo in data 28 dicembre 2012 (comprensiva, tra l'altro, delle attestazioni SOA pure per le ctg. OG1 cl. V e OG11 cl. V, necessarie per i lavori complementari dedotti in appalto in questione) e chiedendo inoltre l'accesso ex art. 116 c.p.a. a causa del diniego opposto dall'ASL sulla sua domanda per prender visione dell'offerta e dei relativi giustificativi prodotti dalla ricorrente principale. In termini simili essa s'è gravata in via incidentale anche contro il ricorso n. 355/2013 RG dell'ATI Cofely, chiedendo l'annullamento di tutti i verbali di gara, nella parte in cui hanno ammesso quest'ultima alla gara, a causa della genericità dei contratti d'avvalimento sottoscritti dalla mandante Manitalidea s.p.a. con la mandataria Cofely s.p.a. (circa il fatturato) e con la SARMA s.r.l. (per la certificazione SOA).

Con sentenza n. 616 del 16 dicembre 2013, l'adito TAR, previa riunione dei citati ricorsi, ha accolto i rispettivi gravami incidentali e

ha dichiarato improcedibili quelli principali.

3. – Appella anzitutto l'ATI SIRAM, con il ricorso in epigrafe, deducendo in punto di diritto; A) – l'ultrapetizione e l'erronea e contraddittoria motivazione della sentenza n. 616/2013, che il TAR ha colto, senza che la ricorrente l'avesse espressamente prospettata, una diversa causa d'esclusione, che si sostanzierebbe in pratica in una soluzione di continuità nel possesso dei requisiti di qualificazione, a causa della loro temporanea perdita nelle more della procedura di gara e della verifica triennale sulla sua attestazione SOA, poi intervenuta (tempestivamente) il 7 novembre 2013; B) – la circostanza che la ricorrente incidentale aveva invece affermato la definitiva perdita dell'attestato SOA e delle qualificazioni presupposte, comprovata dalla sua mancata verifica, in assenza della quale l'attestazione attorea sarebbe stata privata di validità ed efficacia e di cui al contrario pure il TAR ha dato atto; C) – l'assenza comunque di tal segmento temporale non sanato dalla verifica ex art. 77 del DPR 5 ottobre 2010 n. 207, stante il valore solo ricognitivo e retroattivo di essa; D) – i motivi di primo grado assorbiti dal TAR a causa dell'accoglimento del gravame incidentale.

Resiste in giudizio l'ASL appellata, che conclude per l'infondatezza degli argomenti proposti nei riguardi sia dell'impugnazione incidentale di primo grado, sia delle doglianze sul giudizio tecnico d'anomalia, in sé fondato.

S'è costituita nel presente giudizio la controinteressata ATI CNS, che ribadisce la correttezza della interpretazione resa dal TAR sul

contenuto effettivo del contratto di cessione del predetto ramo di azienda (ossia, del *facility management* e del *property management*), sulla rilevanza meramente cartolare della revisione delle attestazioni SOA in capo all'appellante e sulla perdita da parte di essa (sia pur temporaneamente) dei requisiti speciali di partecipazione alla gara in questione. Detta ATI deduce altresì che il contratto di cessione, ad onta dell'atto di precisazione in data 24 luglio 2013, comporta il trasferimento al cessionario di tutti i beni, materiali ed immateriali, afferenti al ramo di azienda ceduto, tra cui, appunto, le autorizzazioni funzionali al reale esercizio dell'impresa, peraltro non espressamente escluse da tal contratto, ferma in ogni caso l'infondatezza delle doglianze sul giudizio d'anomalia dell'offerta attorea.

Interviene *ad opponendum* in questo giudizio la Gestione Integrata s.r.l., corrente in Milano e cessionaria di detto ramo d'azienda, che conclude per il rigetto dell'appello principale, rendendo pure noto il contenzioso innanzi all'AGO contro quest'ultima proprio sulle attestazioni SOA di cui qui si tratta.

Infine, appella in via incidentale l'ATI Cofely, la quale lamenta l'erroneità dell'impugnata sentenza: 1) – laddove ha ritenuto tempestivo il gravame incidentale di primo grado dell'ATI CNS, atteso che, a fronte del ricorso n. 355/2013 RG notificatole il 9 agosto 2013, quest'ultima ha notificato il proprio solo in data 29 ottobre 2013, con riguardo non alla proposizione dell'impugnazione principale avanti al TAR, bensì all'istanza d'accesso agli atti di gara, cosa, questa, inammissibile e tale da determinare un'assoluta

incertezza circa i termini processuali posti a presidio del principio del contraddittorio e dell'effettività della difesa in giudizio, quand'anche si volesse computare nel termine d'impugnazione incidentale anche quello inerente (dieci giorni) all'accesso ex art. 79 del Dlg 163/2006;

2) – laddove non ha considerato generici i moti del gravame incidentale per incertezza di quali atti fossero stati così impugnati, pur se la ricorrente incidentale, grazie a tal accesso, ne ebbe disponibilità e contezza; 3) – per l'accoglimento di tal gravame nel merito, non potendosi dire generico o insufficiente il contenuto d'un contratto di avvalimento sì (quello con Manitalidea s.p.a.), ma concernente il solo requisito del fatturato (ossia, d'ordine immateriale), mentre quello tra la Manitalidea s.p.a. e la SARMA s.r.l., pur se relativo ad un'attestazione SOA, ha riguardato la ctg. OG11 per i soli lavori extra-canone (dunque eventuali, complementari e addizionali e, come tali, identificabili non *ex ante*, ma solo grazie a una statuizione *ad hoc* della stazione appaltante). L' appellante incidentale ribadisce poi la fondatezza delle proprie censure sul giudizio d'anomalia, sotto il profilo tanto procedimentale, quanto del contenuto, in particolare per l'estrapolazione soltanto di alcuni dati anomali, invece della completa valutazione sul complesso dell'offerta. Anche contro tal gravame si schiera l'ASL intimata, la quale ne conclude per l'infondatezza, ma relativamente alle sole doglianze sul giudizio d'anomalia. Pure la controinteressata ATI CNS resiste avverso l'impugnazione incidentale, concludendone per il rigetto integrale.

Alla pubblica udienza del 27 marzo 2014, su conforme richiesta delle

parti, il ricorso in epigrafe è assunto in decisione dal Collegio.

4. – In esito alla gara *de qua*, come s'è visto, mentre l'appellante principale sarebbe (sempre che il suo appello fosse fondato) solo seconda graduata, l'ATI Cofely s'è collocata invece al primo posto della graduatoria di merito, senza che i reciproci punteggi siano mai stati contestati. Sicché occorre iniziare la disamina delle varie questioni, per evidenti ragioni di priorità logica e di economia del giudizio, proprio dall'impugnazione incidentale che l'ATI Cofely ha spiegato sì in questa sede, ma contro l'accoglimento del ricorso incidentale (dell'ATI CNS) di primo grado e la declaratoria di improcedibilità del suo da parte del TAR.

5. – Il TAR ha correttamente, sia pur per sommi capi, ricostruito la scansione degli eventi, tenendo per ferma la regola posta ex art. 120, c. 5, c.p.a., per cui è di trenta giorni (peraltro uguale a quello per il ricorso principale e per i motivi aggiunti) il termine per presentare ricorso incidentale, il quale si calcola, al di là di tal dimidiazione propria del rito speciale per gli appalti, secondo i criteri di cui al precedente art. 42.

Nella specie, è vero e non è contestato che il ricorso n. 355/2013 RG è stato notificato il 9 agosto 2013 e depositato il successivo giorno 21, mentre il gravame incidentale dell'ATI CNS risulta a sua volta notificato il 29 ottobre 2013 e depositato il 5 novembre. Ciò in relazione alla circostanza, in fatto non revocata in dubbio, che l'ATI CNS aveva presentato una domanda d'accesso agli atti di gara il 26 agosto 2013, su cui il RUP si è pronunciato solo il successivo 15

ottobre, ammettendo tal accesso ai soli documenti amministrativi dell'ATI Cofely. Sicché, tra il momento dell'accesso da parte dell'ATI CNS agli atti occorrenti per formulare le censure nel suo gravame e la notifica di esso, il termine evincibile dal combinato disposto dell'art. 42, c. 1 e dell'art. 120, c. 5, c.p.a. non era trascorso, ma non così se si tien conto della notificazione del ricorso principale. Dal che l'eccezione dell'ATI CNS sulla tardività dell'impugnazione incidentale, disattesa dal TAR e qui riproposta in forma di censura contro la sentenza.

Ora, il citato art. 42, c. 1 è chiaro nel far decorrere il termine per il gravame incidentale non dalla mera attualizzazione del relativo interesse (grazie alla consapevolezza globale degli vari elementi che concretano l'effetto lesivo vero e proprio), ma dal ricorso principale o, meglio, dal contesto giuridico presupposto o connesso a questo (I per.), espressamente ancorandolo, a pena di decadenza, alla sua notificazione (II per.).

L'art. 42, c. 1 stabilizza così un duplice concetto, discendente da lunghe elaborazioni da parte della giurisprudenza, ossia quello sul significato esatto della «pienezza» della conoscenza quale momento di consapevolezza giuridica della lesione alla propria sfera giuridica (dal quale inizia a decorrere il termine di gravame) e quello per cui l'impugnazione incidentale è strettamente condizionato dalla domanda principale (onde il relativo interesse sorge, per legge, in dipendenza da quest'ultima).

Ebbene, è ben noto (cfr., per tutti, Cons. St., III, 28 novembre 2013

n. 5698) che, nelle azioni di annullamento, la “piena” conoscenza dell'atto impugnabile, fuori dai casi di pubblicità legale verso terzi non destinatari (cfr., p. es., id., V, 16 aprile 2014 n. 1863), si ha già con la cognizione degli elementi essenziali del provvedimento impugnato. Questi s'identificano nel soggetto emanante, nell'oggetto, nel contenuto dispositivo del provvedimento e nel suo effetto lesivo. Invero, essi sono in sé sufficienti a rendere consapevole colui che riceve gli effetti giuridici dell'atto stesso a reagire *secundum jus* nei riguardi di questo mercé la relativa impugnazione, senza che sia necessaria per forza anche la compiuta conoscenza della motivazione e degli atti del procedimento, rilevante al più per proporre eventuali motivi aggiunti.

Su tal aspetto, il TAR fa proprio, mutuandone peraltro la citazione da un arresto di questo Consiglio (cfr. Cons. St., IV, 14 dicembre 2011 n. 6543), l'avviso reso dalla Corte di Giustizia CE (sez. III), con la sentenza del 28 gennaio 2010 (causa C-406/08). Si afferma al riguardo che «... *al fine di soddisfare i requisiti della direttiva 89/665 il giudice nazionale deve interpretare, per quanto possibile, le disposizioni nazionali relative ai termini di ricorso in maniera da garantire la relativa decorrenza dalla data in cui il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della violazione della normativa applicabile all'aggiudicazione dell'appalto pubblico in questione...*». Sicché, ove «... *le disposizioni nazionali non si prestassero ad una simile interpretazione, il giudice sarebbe tenuto, esercitando il proprio potere discrezionale, a prorogare il termine di ricorso in modo da garantire al ricorrente un termine pari a quello del quale avrebbe usufruito se la decorrenza fosse stata*

calcolata dalla data in cui egli era venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della violazione della normativa in materia di aggiudicazione di appalti pubblici ...». Tal concetto è ribadito dalla Corte (cfr., p.es., C. giust., V, 8 maggio 2014, causa C-161/13, in materia di appalti nei settori “speciali”), per cui la normativa UE sugli appalti va interpretata nel senso che il termine per la proposizione di un ricorso contro l’aggiudicazione decorre, qualora ne intervenga una vicenda modificativa sostanziale (nella specie, la modifica della composizione dell’ATI aggiudicataria), da tal vicenda, ossia dalla comunicazione di questa o, in assenza di questa, dal momento in cui chi ne abbia interesse ne ha avuto conoscenza.

Pertanto, la decorrenza del termine d’impugnazione si ha dalla conoscenza / conoscibilità dell’aggiudicazione o dalla data di effettiva conoscenza dei vizi di essa, come già ha chiarito la Sezione (cfr. Cons. St., III, 14 marzo 2012 n. 1428), secondo cui la tempestività di un ricorso proposto successivamente alla scadenza del termine di 30 giorni dalla comunicazione di cui all’art. 79 del Dlg 163/2006, laddove quest’ultima non risultasse idonea a consentire la piena conoscenza, conseguita solo in un secondo momento (a seguito dell’accesso agli atti di gara), degli atti sottesi all’aggiudicazione.

Il TAR inferisce la possibilità, alla stregua del diritto comunitario, d’applicare anche al termine del gravame incidentale un termine congruente all’*eadem ratio* dell’effettività della tutela, che riguarda il ricorso principale e quello incidentale.

È consapevole il Collegio che le proposizioni della Corte di giustizia

son state enunciate solo con riguardo al termine per proporre impugnazione contro un atto amministrativo col rito per gli appalti, ove il citato art. 120, c. 5 peraltro fa decorrere i vari termini dalle comunicazioni ex art. 79 del Dlg 163/2006. Viceversa, l'impugnazione incidentale mira in pratica alla conservazione dell'assetto materiale dei beni giuridici e delle utilità comunque definito dal provvedimento gravato in via principale. Sicché l'interesse incidentale è in varia guisa conservativo dell'utilità fornita dell'atto impugnato, ma non è sempre vero che, per giungere a tal risultato, sia necessario far constare il difetto *ab imis* di ogni protezione giuridica per l'interesse al ricorso principale. Se di vero gravame incidentale si tratta e non di qualcosa d'altro —*maxime*, d'un espediente per aggirare il termine di decadenza—, è indiscutibile che il modello legale del processo amministrativo s'incentra nella notifica del ricorso introduttivo quale momento delle scelte utili alla tutela della situazione giuridica per il ricorrente e per tutte le altre parti. Tanto perché, si dice, il ricorso rileva quale invito a queste ultime affinché apprestino le proprie difese, fissa il *thema decidendum* con riguardo agli atti così aggrediti ed impone anche ai contraddittori lo stesso comportamento (cfr. così, p. es., Cons. St., V, 27 dicembre 2013 n. 6285)

In linea di massima l'arresto testé enunciato sembra stabilire sì lo stato dell'arte sul trattamento dei gravami incidentali, ma con riguardo solo a quelli in cui effettivamente il ricorso principale fissi un certo oggetto del contendere e quello incidentale si ponga come eccezione

non già in senso tecnico, ma in senso sostanziale.

Nell'un caso, come per le impugnazioni incidentali c.d. "escludenti", il ricorso incidentale in realtà non amplia alcunché, limitandosi a far constare l'insussistenza, per un difetto o per la perdita sopravvenuta della qualità di parte nel procedimento amministrativo fin dal momento in cui s'attiva la funzione procedimentalizzata o, rispettivamente, nel concreto divenire di questa, dell'interesse sostanziale azionato in via principale. Ciò segnatamente quando tali vicende non siano fin da subito percepibili dal Giudice adito, ossia quando questi non possa valutarle già d'ufficio ed allo stato degli atti. Nell'altro, invece e quando tende a far annullare l'atto gravato in via principale ma per altre e più rilevanti questioni, l'impugnazione incidentale amplia, eccome, il *thema decidendum*, al fine non solo (o non tanto) di conservare l'utilità già raggiunta in sede, ma per riottenerla alla luce d'una statuizione emendata dai vizi così denunciati. In tal modo, dunque, il ricorrente incidentale ottiene un duplice soddisfacimento costitutivo, perché giunge comunque al bene della vita mercé l'infondatezza del gravame principale e l'accoglimento del proprio e consolida l'apprensione del bene stesso contro sia le pretese altrui, sia gli errori commessi dalla P.A. nei suoi confronti.

Ora, l'arresto della Corte di giustizia, fatto proprio dal TAR, fissa una sorta di rimessione in termini a causa (più che d'un errore scusabile, com'è d'abitudine) della materiale inesigibilità dell'onere d'impugnazione (nella specie, incidentale) entro il tempo all'uopo (rigidamente) fissato dall'art. 120, c. 5, c.p.a. Non è chi non veda

come tal rimedio, eccezionale e straordinario, sottenda un equo e razionale temperamento, nel diritto interno, dell'obiettivo di celerità perseguito dalla dir. n. 89/665 CEE con il rispetto delle esigenze di certezza del diritto.

Pare al Collegio che, più nei che casi d'impugnazione incidentale – eccezione in senso sostanziale, il rimedio *de quo* abbia maggior senso e più proficua applicazione per un gravame incidentale c.d. “escludente”. In base ad esso (è la vicenda in esame), si controverte sui presupposti dell'interesse sostanziale principale, come s'è detto di per sé non sempre percepibili e comprensibili per il sol fatto della notificazione del ricorso principale. Il mancato ampliamento del *thema decidendum* non vuol dire che l'aggressione incidentale a quest'ultimo debba per forza esser d'immediata, intuitiva o facile argomentazione, per l'evidente asimmetria informativa che sulla vicenda hanno il ricorrente principale e la P.A. procedente, a scapito del ricorrente incidentale. A parte l'opportunità di evitare la proliferazione di ricorsi proposti "al buio", anzitutto non v'è un dato testuale sicuro che imponga al potenziale ricorrente incidentale di verificare preventivamente in che cosa si sostanzi la lesione proveniente dal ricorso principale. Inoltre, la tutela incidentale muove anch'essa, né più né meno di quella principale, da considerazioni empiriche legate alla valutazione individuale circa la "irrinunciabilità" del relativo interesse e dalla conseguente propensione del titolare a difenderlo in tutte le sedi possibili.

Si rammenti pure che l'art. 2-bis della dir. n. 89/665/CEE impone

agli Stati membri di disporre «... affinché i soggetti di cui all'articolo 1, paragrafo 3, dispongano di termini tali da garantire ricorsi efficaci avverso le decisioni di aggiudicazione di un appalto..., adottando le disposizioni necessarie nel rispetto delle condizioni minime di cui al paragrafo 2 del presente articolo e all'articolo 2 quater...». Il successivo art. 2-septies, § 2) consente, anche per le impugnazioni incidentali, che «... i termini per la proposizione del ricorso sono determinati dal diritto nazionale, fatto salvo l'articolo 2 quater... (termini per i ricorsi avverso le aggiudicazioni).

Ebbene, l'obiettivo di celerità discendente da tali norme non consente comunque agli Stati membri di prescindere dal principio d'effettività, per cui le modalità d'applicazione dei termini di decadenza nazionali non devono rendere impossibile o troppo difficile l'esercizio dei diritti spettanti agli interessati in forza del diritto comunitario. Resta, quindi, sottoposto al prudente apprezzamento del Giudice nazionale, quale primo e qualificato interprete del diritto sostanziale e processuale dell'UE in tema di pubblici appalti, di valutare se, pur a fronte di norme precise per la proposizione di ricorsi e impugnative al riguardo, i relativi termini non siano eccessivamente gravosi. E tal gravosità, tale, quindi, da non consentire un'efficace e concreta difesa, va intesa con riguardo non solo alla quantità dei giorni occorrenti per proporre un'impugnativa o per resistervi, ma anche alla combinazione di tal dato con l'identificazione dell'evento lesivo. Pertanto, come non si può proporre ricorso in modo efficace qualora il ricorrente principale non abbia informazioni sufficienti per scoprire l'eventuale illegittimità degli atti, così il ricorrente incidentale, quando vuol

proporre un gravame “escludente”, deve a sua volta poter superare siffatta asimmetria, mercé i rimedi che l’ordinamento gli appresta.

Certo, tutto questo non sempre, né ad ogni costo, ma solo in base ad un ragionevole ed equilibrato contemperamento del diritto nazionale e dei principi comunitari e tra gli interessi contrapposti delle parti, affinché il superamento del termine ex art. 42, c. 1, c.p.a. sia strettamente proporzionato alle rispettive esigenze di difesa.

Né sfugge al Collegio un arresto del Giudice comunitario (cfr. C. giust. UE, I, 19 maggio 2011 n. 452), in virtù del quale il diritto dell'UE va interpretato nel senso che NON osta a che uno Stato membro eccepisca la scadenza di un termine di prescrizione ragionevole a fronte di un ricorso o azione proposti per ottenere la tutela dei diritti conferiti da una direttiva. Ma la vicenda lì esaminata riguardò il caso, non comparabile con quello qui in esame, di direttiva non ancora o non rettamente trasposta e sempre che lo Stato membro, con il suo comportamento, non avesse provocato la tardività del ricorso. Peraltro, l'accertamento, da parte della Corte, della violazione del diritto UE sarebbe stato influente sul *dies a quo* della prescrizione, allorché tal violazione fosse stata fuori dubbio. Viceversa, nella specie tutti termini ex art. 120, c. 5, c.p.a. sono in sé chiari e *prima facie* non distonici con gli artt. 2 e 2-quater della dir. n. 89/665/CEE, tant’è che, pur in presenza della giurisprudenza citata dal TAR, il ricorso incidentale sarebbe stato tardivo se in concreto non vi fossero le esimenti colà indicate. Invero ed a legislazione invariata, può essere sproporzionata ed abnorme ogni rigida

applicazione dei termini stessi, che NON tenga conto della complessità della fattispecie.

Come non basta presentare una qualunque istanza d'accesso per sfuggire alla decadenza ex art. 42, c. 1, c.p.a., così quest'ultima non è ineluttabile ove vi siano indizi gravi, precisi e concordanti che l'accesso non fosse emulativo, che servisse a fornire la seria prova della insussistenza dell'interesse azionato in capo al ricorrente principale e che i relativi documenti non fossero pervenuti, al di là di ogni possibile colpa della P.A., entro un tempo utile per predisporre il ricorso incidentale. Si ha dunque che l'ATI CNS ha ricevuto il ricorso dell'ATI Cofely il 9 agosto 2013, ossia durante la sospensione feriale dei termini processuali. Essa, dal canto suo, ha avanzato un'istanza d'accesso agli atti di gara il successivo giorno 26, ossia ancora all'interno del periodo di sospensione e, perciò, in un momento in cui le rispettive posizioni erano impregiudicate e, per così dire, "neutre". Posto che il termine ordinario d'impugnazione incidentale sarebbe scaduto solo il 15 ottobre 2013, giusto quello stesso giorno il RUP s'è pronunciato sull'istanza d'accesso *de qua*, ammettendo l'ATI CNS a vedere i soli documenti amministrativi dell'ATI Cofely. Sicché va confermata integralmente la sentenza appellata, laddove ammette l'impugnazione incidentale con un termine decorrente dalla reale ed effettiva presa in esame della vicenda lesiva, quindi disgiunta e solo occasionata dal ricorso principale, tenendo conto della specifica e non generalizzabile complessità della fattispecie e delle ragioni per proporre quel gravame in primo grado.

6.1. – Neppure convincono gli altri motivi dell'appello incidentale dell'ATI Cofely.

In particolare, non quello della pretesa genericità dell'impugnazione incidentale di primo grado, in quanto, a dispetto della tesi qui propugnata, bene ha fatto il TAR a ritenere irrilevante la necessità d'una puntigliosa indicazione di tutti gli atti gravati, quando, invero, il vero oggetto del contendere è stato (ed è tuttora) l'indebita ammissione a gara dell'ATI Cofely e la conseguente ed erronea disamina di un'offerta che il seggio di gara non era obbligato a valutare. In tal caso, enumerare qual atto della procedura, anziché un altro o un altro ancora, si sarebbe dovuto indicare in tutti i suoi estremi, s'appalesa vacuo formalismo, dal lato dell'appellante ed inutile esercizio di stile, dal lato dell'ATI CNS. E ciò a più forte ragione, se si considera che, nel merito della controversia, le parti e il Giudice adito ne hanno ben compreso l'oggetto e hanno potuto esprimere le loro articolate difese in entrambi i gradi di giudizio, come si vedrà tra poco *infra*.

Scolora quindi la doglianza secondo cui alla genericità del ricorso dell'ATI CNS s'accompagna il mancato assolvimento dell'onere probatorio, giacché, in disparte l'omessa enunciazione dell'ATI Cofely su che cosa quest'ultimo si sarebbe dovuto sostanziare, essa pure si tiene sul vago e cade in quell'indeterminatezza che contesta alla controparte.

6.2. – Neppure ha gran senso il motivo sull'erroneità della sentenza in tema di avvalimento.

Il TAR ha (rettamente) ritenuto invalidi i contratti di avvalimento stipulati dalla Manitalidea s.p.a. con la Cofely Italia s.p.a. (sul fatturato) e con la SARMA s.r.l. (sulla SOA), ma gli si contesta di non aver affatto apprezzato i diversi e specifici requisiti prestati con tali due negozi.

Ora, il TAR inizia la sua disamina della vicenda, enunciando quel che è ormai un *jus receptum* sul significato dell'art. 49 del Dlg 163/2006 e sui modi d'interpretarlo —che questo Consiglio reputa i più corretti e coerenti con il sistema—, partendo dal concetto che l'avvalimento, al di là della forma negoziale prescelta e d'ogni considerazione sulla natura del relativo contratto, non può trasformarsi in una sorta di “scatola vuota”. Insomma, non è consentito ai concorrenti, privi di taluni requisiti di qualificazione, di ottenerli in prestito al fine di partecipare alle gare d'appalto senza che sussistano adeguate garanzie circa gli effettivi impiego e disponibilità, in fase di esecuzione contrattuale, delle risorse necessarie. Occorre allora che l'impresa ausiliaria metta a disposizione del concorrente non i requisiti di qualificazione, intesi come valore astratto, bensì le risorse ed i mezzi che li sostanziano e di cui l'ausiliata è carente per l'esecuzione del contratto. Tanto perché l'avvalimento, per com'è configurato dalla legge, deve essere reale e non astratto, cioè non è sufficiente “prestare” il requisito o la certificazione posseduta ed al contempo assumere su punto impegni del tutto generici, a pena di svuotare di significato l'essenza dell'istituto. Esso infatti serve non già ad arricchire la capacità tecnica ed economica del concorrente, bensì a

consentire a soggetti che ne siano sprovvisti di concorrere alla gara ricorrendo ai requisiti di altri soggetti (cfr. così Cons. St., V, 3 dicembre 2009 n. 7592; id., 10 gennaio 2013 n. 90; id., VI, 13 giugno 2013 n. 7755).

Ebbene, limitando le citazioni dei più rilevanti arresti recenti, s'avrà che, per l'avvalimento, v'è una precisa esigenza circa la puntuale individuazione dell'oggetto del relativo contratto, che va oltre il pur sicuro ancoraggio in diritto comune, ossia nella generale previsione del Codice civile per cui è causa di nullità di ogni contratto per l'indeterminatezza (o l'indeterminabilità) del relativo oggetto. Tal esigenza trova la propria essenziale giustificazione funzionale, inscindibilmente connessa alle procedure contrattuali del settore pubblico, nella necessità di non permettere fin troppo agevoli aggiramenti del sistema dei requisiti d'ingresso alle gare ad evidenza pubblica e che sono per legge solennemente prescritti e, di solito, attentamente verificati nei confronti dei concorrenti che se ne dichiarino titolari in proprio. In questa prospettiva, la pratica della mera riproduzione, nel testo dei contratti di avvalimento, della formula legislativa della messa a disposizione delle «... risorse necessarie di cui è carente il concorrente...» (o di espressioni similari) si appalesa, oltre che tautologica (e, come tale, indeterminata per definizione), inidonea a permettere qualunque verifica, da parte della stazione appaltante, sull'effettività della messa a disposizione dei requisiti (cfr. così Cons. St., VI, 8 maggio 2014 n. 2365). Insomma, l'esigenza che l'oggetto del contratto di avvalimento sia determinato o facilmente

determinabile è sì attualmente affermata dall'art. 88, c. 1, lett. a) del DPR 5 ottobre 2010 n. 207, ma è in realtà già immanente nell'ordinamento generale ai sensi dell'art. 1346 c.c. Quest'ultimo completa, sotto il profilo della regolazione del contratto in sé, l'art. 49 del Dlg 163/2006 senza necessità di doverlo ogni volta richiamare nella *lex specialis*, donde l'irrilevanza manifesta che la gara sia iniziata, o meno, prima dell'entrata in vigore del citato art. 88.

Sicché il combinato disposto dell'art. 49 e dell'art. 1346 c.c. impone alle parti del contratto *de quo*, l'impresa partecipante e la sua ausiliaria, ad impegnarsi sul prestito non tanto o non solo del solo requisito soggettivo quale mero valore astratto. Le parti invece devono far constare con chiarezza che l'ausiliaria presti le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, per tutte le operazioni e le vicende che giustificano l'attribuzione del requisito (a seconda dei casi: mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti: cfr. così, Cons. St., III, 7 aprile 2014 n. 1636). Si badi: tali principi valgono tanto per il prestito c.d. di "garanzia", quanto della SOA.

Nell'un caso, infatti, l'avvalimento di garanzia, con cui l'impresa ausiliaria mette la propria solidità economica e finanziaria al servizio dell'ausiliata, non deve rimanere astratto, cioè svincolato da qualsivoglia collegamento con risorse materiali o immateriali. Il contratto deve esprimere, con seria precisione facilmente evincibile dalla lettura del relativo atto e/o di quelli collegati al negozio, in che modo ed in quali tempi con siffatto prestito può concretare l'estensione della base patrimoniale della responsabilità da esecuzione

dell'appalto. Tanto al fine d'assicurare alla stazione appaltante un partner commerciale con solidità patrimoniale proporzionata ai rischi d'inadempimento contrattuale (così Cons. St., III, 17 giugno 2014 n. 3057).

Nell'altro caso, s'è appena detto che non può dirsi valido ed efficace il contratto d'avvalimento che si limiti ad indicare un generico obbligo dell'impresa ausiliaria nei confronti dell'ausiliata a fornirle i propri requisiti e a mettere a sua disposizione le risorse necessarie, di cui essa è mancante, per tutta la durata dell'appalto. Se, per vero, non si precisa in alcun modo in che cosa tali risorse consistano materialmente, una tal carenza non si può certo colmare grazie al mero riferimento contrattuale alla attestazione SOA per le categorie in questione. In tal caso, le parti devono mettere a disposizione, l'una a favore dell'altra, tutte le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, in mezzi, finanze e personale, nonché tutti gli altri elementi aziendali qualificanti in misura proporzionata al requisito non posseduto occorrente (cfr. Cons. St., IV, 26 maggio 2014 n. 2675).

6.3. – Questi essendo i criteri interpretativi essenziali, da cui il Collegio non pensa di discostarsi, con il contratto d'avvalimento di garanzia la Cofely Italia s.p.a. ha messo a disposizione della Manitalidea s.p.a. la quota di fatturato ed il requisito tecnico-professionale, come attestati da vari certificati d'esecuzione lavori.

In realtà, la prima si limita a imprestare all'altra i requisiti citati per tutta la durata dell'appalto e ad assumere una responsabilità solidale

con essa. Tuttavia: A) – il dato della durata è solo la mera parafrasi dell'art. 49, c. 2, lett. d) del Dlg 163/2006; B) – la messa a disposizione dei predetti requisiti finanziari e professionali va sì accompagnata *ad probationem* dai certificati d'esecuzione lavori, ma si deve sostanziare con un complesso organizzativo e di garanzie finanziarie che ne dimostrino la piena disponibilità, in capo all'ausiliata ed a favore della stazione appaltante; C) – l'assunzione della responsabilità solidale è al più la garanzia per l'eventuale inadempimento, non certo la dimostrazione circa la disponibilità dei mezzi e delle risorse occorrenti.

Non a diversa conclusione si deve pervenire con riguardo al contratto di avvalimento tra la stessa Manitalidea s.p.a. e la SARMA s.r.l., la quale ha prestato all'altra la qualificazione SOA per la ctg. OG 11, per la porzione dei lavori rientranti in tal categoria. Sul punto il TAR ha stigmatizzato la genericità complessiva del contratto stesso, laddove questo dichiara l'impegno dell'ausiliaria sulla messa a disposizione del proprio certificato SOA e nulla di più. Pare al Collegio che un tal impegno, com'è descritto, s'appalesa generico proprio perché non chiarisce il contenuto specifico delle risorse occorrenti e direttamente implicate dal prestito della certificazione SOA (*recte*, della qualificazione che tal documento reca), di cui la Manitalidea s.p.a. è sprovvista. Sfugge invero al Collegio per qual ragione, a fronte di siffatta carenza —che è il primo presupposto causale del contratto d'avvalimento—, possa mai bastare la sola certificazione, senza l'indicazione delle risorse dell'ausiliaria che dovranno servire

all'esecuzione dei lavori per cui la qualificazione occorre.

Né giova dire che quest'ultima in tanto si sarebbe potuta rendere attuale e necessaria solo quando, eventualmente, i lavori extra-canone, complementari e addizionali e per i quali la certificazione è chiesta, fossero stati disposti dalla stazione appaltante, e ciò per una duplice ragione. Per un verso, la scelta dell'effettuazione dei lavori *de quibus* al più determinerà solo l'obbligo dell'aggiudicataria ad effettuare i lavori, non certo quello di dimostrare d'esservi qualificata soltanto a far tempo dal momento della scelta stessa, invece che fin dall'ammissione a gara. Per altro verso, il prestito della qualificazione implica la commisurazione delle risorse occorrenti a darvi effettività e, dunque, una valutazione *ab initio* della congruità di queste ultime rispetto anche ai futuri lavori, onde il prestito non può che sussistere da prima della scelta sui lavori stessi.

Resta così confermata la sentenza del TAR, con conseguente definizione dell'esclusione dell'ATI Cofely, senz'uopo d'alcuna ulteriore disamina delle questioni di merito.

7.1. – Passando, quindi, all'esame dell'appello principale dell'ATI SIRAM, si rammenti che l'ATI CNS in primo grado propose gravame incidentale avverso gli atti di gara che ammisero l'odierna appellante alla procedura, mentre avrebbero dovuto escluderla.

Tanto perché, con atto del 28 dicembre 2012, l'ATI SIRAM cedette alla Gestione Integrata s.r.l. il ramo di azienda comprensivo, tra l'altro, anche del diritto di utilizzare le certificazioni per i requisiti di qualificazione SOA inerenti alle ctg. OG1 cl. V e OG11 cl. V, di cui al

§ 3.1.4) del disciplinare di gara. Sicché, secondo tal gravame, la stipulazione del contratto di cessione fece venir meno, in capo all'odierna appellante, anche gli altri requisiti speciali di qualificazione. Si tratta di quelli cui si riferiscono i §§ 3.1.2), 3.1.3) e 3.1.4) dello stesso disciplinare, dal che l'estinzione la capacità della medesima ATI ad eseguire l'appalto per quelle opere e servizi cui erano funzionali i beni ceduti.

A tal riguardo, il TAR muove dalla constatazione che la SIRAM s.p.a. cedette a terzi, con effetto dalle ore 24 del 31 dicembre 2012, «... *il ramo d'azienda... per l'erogazione di servizi di gestione integrata di complessi immobiliari pubblici e privati, sia per quanto riguarda servizi di property management che per quanto riguarda servizi di facility management...*». L'appellante trasferì pure «... *il diritto di utilizzo, a qualsiasi fine, delle qualificazioni dei lavori eseguiti da detto ramo aziendale e dei relativi fatturati sviluppati nel quinquennio 2008-2012 (cfr. pag. 4 del contratto in esame) ...*». Essa, quindi, non avrebbe «...*contestato la circostanza dell'alienazione né il contenuto del contratto depositato... limitandosi solo a rilevare che l'attestazione SOA presso il sito dell' AVCP è ancora intestata a Siram e che tale attestazione risultava revisionata in data 7 novembre 2013 e quindi prorogata fino al 8 novembre 2015...*». Sicché, anche a non ritenere «... *credibile la certificazione SOA, valendo la previsione contrattuale come impegno tra le parti a non contestare la voltura e l'uso da parte della cessionaria, in ogni caso la cedente, sia pur per un solo segmento temporale del procedimento di gara (fino alla revisione della certificazione, avvenuta in data 7 novembre 2013) ha perso i requisiti oggettivi sui quali tale certificazione è fondata anche se la cessionaria non aveva*

ancora acquisito la relativa certificazione...».

Ad avviso del TAR, quindi ed «... anche a voler valorizzare la circostanza che poi la ricorrente Siram ha riacquisito la certificazione, appare dirimente il fatto che la medesima non appare aver conservato quantomeno il requisito economico di partecipazione relativo al fatturato minimo...».

7.2. – Si duole anzitutto l'ATI SIRAM dell'ultrapetizione in cui sarebbe incorsa la sentenza, ove individua una causa di esclusione non prospettata in primo grado, ossia la soluzione di continuità nel suo possesso della qualificazione, a causa della temporanea perdita degli stessi durante la gara a seguito della cessione del ramo d'azienda e prima della verifica triennale dell'attestazione SOA, poi intervenuta il 7 novembre 2013.

Così non è, giacché, come si può vedere dalla piana lettura della sentenza sul punto, che il TAR ha interpretato, certo non malamente, il contenuto del contratto di cessione. In tal modo ne ha fornito la qualificazione giuridica dell'oggetto e dei relativi effetti, in termini di trasmissione alla cessionaria, in una con il ramo d'azienda, pure delle qualificazioni, atte a dar sostanza alla cessione. In tal modo la cessionaria è divenuta avente causa, con la decorrenza indicata nel contratto, di ciò che le sarebbe servito per svolgere in modo pieno e non solo enfatico i compiti sia di *property*, sia di *facility management*, fino ad allora nella titolarità dell'odierna appellante. Quest'ultima, a sua volta ed alla stessa data, ha perso *tout court* detti requisiti di qualificazione SOA, esattamente come contestatole dalla ricorrente incidentale, risultandone così sfornita nel corso della procedura di

gara.

Allora il TAR non ha punto introdotto un argomento nuovo e spurio, ossia la temporaneità di detta perdita, mai chiestogli dalla ricorrente incidentale. Il TAR s'è limitato ad affermare, *ad colorandum* ed in aggiunta alla constatazione della cessazione di tal titolarità, che il risultato sfavorevole per l'appellante ai fini della di lei corretta partecipazione alla gara, così come le fu eccepito in sede incidentale, sarebbe rimasto comunque identico e negativo, quand'anche se ne fosse mai potuta predicare la mera temporaneità. Insomma, temporanea o definitiva, la perdita dei requisiti, tra cui quelli di qualificazione, ha sempre lo stesso effetto preclusivo della legittima ammissione alla gara cui essi si riferiscono, visto che questi ultimi devono sussistere, integri, alla data di partecipazione, durante la gara e dopo l'aggiudicazione.

Assodata, quindi, l'assenza d'una statuizione *ultra petita* da parte del TAR, irrilevante s'appalesa allora che la ricorrente incidentale di primo grado dedusse anche che la definitiva perdita di siffatta qualificazione SOA sarebbe dipesa dalla mancata (esibizione dell'attestato di) verifica triennale.

È materialmente vero che l'appellante già innanzi al TAR depositò il documento inerente a siffatta verifica positiva (cfr. doc. 25 fasc. di primo grado), ma non per ciò solo l'attestato *de quo* sfugge ad una valutazione di mera apparenza. Parimenti indubbio è infatti che la non corrispondenza fattuale dell'assunto dell'ATI CNS, a parte la definizione giuridica e la correttezza di esso, di per sé sola NON elide

l'effetto traslativo a terzi della cessione della qualificazione stessa e, dunque, la natura meramente cartolare (*recte*, apparente) della verifica.

7.3. – Lamenta ancora l'appellante principale che il TAR, nell'affermare la "temporanea" perdita dei requisiti di qualificazione SOA e la natura solo "formale" dell'attestato della relativa (e positiva) verifica, non s'avvide: A) – della continuità del possesso della qualificazione così attestata, rispetto al quale l'Organismo certificatore reputò ininfluenza, in data ben posteriore a tal evento, la cessione del ramo d'azienda, tanto da non disporre alcuna rettifica e/o riduzione di categorie e classifiche già possedute prima di detta cessione; B) – dell'inidoneità dell'oggetto e delle pattuizioni contenute in quest'ultima a determinare, foss'anche solo temporaneamente, la menomazione dei requisiti di qualificazione della SIRAM s.p.a. ai fini della partecipazione alla specifica gara *de qua*.

Non sono qui in discussione: 1) – il rilievo pubblicistico, proprio dell'esercizio d'una funzione di certificazione, dell'attività svolta dalle SOA, pur essendo organismi privati; 2) – in linea di mero principio, l'assenza d'ogni reale soluzione di continuità nell'attestazione del mantenimento dei requisiti, in esito alla verifica triennale; 3) – la coesistenzialità della verifica alla durata quinquennale dell'attestazione, al chiaro fine di prevenire ogni diminuzione del livello qualitativo delle imprese in questo così lungo periodo.

Dal che la perfetta inutilità dei relativi richiami, ché l'appellante non versa affatto nel caso, ben noto alla giurisprudenza (arg. ex Cons. St., ad. plen., 18 luglio 2012 n. 27), in cui un'impresa ha richiesto

tempestivamente la verifica triennale (ma sulla natura non decadenziale del relativo termine e sugli effetti comunque preclusivi in capo all'impresa dimentica di tale onere, cfr. Cons. St., VI, 23 aprile 2012 n. 2378), per cui essa può regolarmente partecipare alle gare, non subendo alcuna soluzione di validità della certificazione SOA per il sol fatto di tal verifica.

Dimentica l'appellante che la vera questione s'incentra sul contenuto e gli effetti della cessione da essa stipulata, pendente la gara *de qua*, con un'impresa terza, onde non può *tout court* giovare della regola di continuità, stante l'effetto traslativo della cessione medesima. Non sfugge punto alla serena lettura, che il Collegio fa e dell'atto di cessione del ramo d'azienda GI e dei relativi allegati, che quest'ultima riguardò, oltre al marchio *GEFI*, a tutti i beni materiali ed al coacervo degli elementi dell'attivo e del passivo, pure: A) – i fatturati derivanti da quattro contratti con Poste Italiane s.p.a. e dai contratti con il Comune di Milano e con la Fondazione ENPAM; 2) – diciotto unità di personale; 3) – le relative attrezzature, indicate negli allegati stessi.

Non dura fatica il Collegio a concedere che la cessione ebbe ad oggetto un segmento dell'attività della SIRAM s.p.a., certo comprensivo dell'attività di gestione integrata degli immobili. Rammenta però il Collegio e ben lo chiarisce la giurisprudenza (cfr., per tutti, Cons. St., VI, 25 maggio 2012 n. 3056), non v'è contraddizione qualora, a seguito della cessione di componenti d'un ramo di azienda, gli originari requisiti di capacità tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria siano perduti dal cedente senza per questo

essere acquistati dal cessionario. Si può allora verificare che lo smembramento del ramo d'azienda dia luogo a due entità minori della precedente, ciascuna delle quali non possieda per intero detti requisiti o, comunque, che si abbia, come nella specie una diminuzione del complesso aziendale, tale da far perdere una parte degli specifici requisiti originari.

Non manifestamente erronea s'appalesa, al di là di ciò che potrà essere la soluzione della lite civile tra l'appellante e la sua avente causa, l'interpretazione resa dal TAR sul contenuto della cessione con riguardo anche al trasferimento del requisito del fatturato (minimo previsto per partecipare alla gara) per le prestazioni analoghe a quelle oggetto della gara. Infatti, manca al riguardo un dato testuale specifico che escluda in tutto o in parte ogni attività di servizio sugli impianti tecnologici. Inoltre e per il principio che le clausole d'un contratto si devono interpretare le une per mezzo delle altre, la cessione dei servizi di gestione integrata, intesi come attività comprendenti sia il ciclo attivo che il ciclo passivo di un patrimonio immobiliare, non esclude per forza, ma implica naturalmente pure la conduzione di tutti i relativi impianti tecnologici, cui fa riferimento il disciplinare della gara *de qua*. Un esempio, per tutti: dalla lettura delle pagg. 6 e ss. della perizia allegata all'atto di cessione, s'evince il «...-Contratto per il servizio di conduzione e manutenzione tecnologica ed edile con assunzione della funzione di terzo responsabile per gli immobili in uso a Poste Italiane spa nell'ambito della Regione Sicilia, lotto 1 rinnovato con decorrenza 01.05.2012 e sino al 30.04.2013...». Non è chi non veda come, nel caso testé citato ed

indipendentemente dalla possibile disgiunzione dei due servizi, che in concreto essi son stati dedotti in un unico contratto con le Poste Italiane s.p.a., nel quale ora la cessionaria succede ai sensi dell'art. 2558 c.c.

È evidente, ma speciosa ne è la deduzione, che la cessione, ad un'interpretazione di buona fede, non comporti certo il trasferimento di tutte le categorie SOA della SIRAM s.p.a. Ma chiaro pure è il fatto che, per la parte che qui concerne e per la porzione dell'azienda trasferita, affinché abbia un senso ed una causa lecitamente determinati o determinabili il contratto di cessione, la cessionaria ottenga pure la corrispondente porzione di qualificazione, tanto di *property*, quanto di *utility management*, da parte della sua dante causa.

Parimenti specioso è il richiamo attoreo alla nota prot. n. 37489 del 25 marzo 2014, con cui l'AVCP chiarisce all'appellante sia l'obbligo della competente SOA di valutare gli effetti della cessione *de qua*, sia l'efficacia non di per sé immediatamente traslativa dell'intera titolarità delle qualificazioni inerenti al complesso ceduto o alla porzione di esso.

Tali due aspetti sono per vero intimamente tra loro collegati, giacché la valutazione dell'organismo di certificazione deve partire dal significato, correttamente interpretato, del programma di obbligazioni dedotto in cessione. Ora, si discetta nella specie se si tratti della cessione del ramo di azienda GI, inerente alla gestione integrata ed unitaria d'un coacervo di attività già definita in contratti predeterminati e pregressi o di mera cessione di questi ultimi. In

entrambi i casi l'efficacia del relativo negozio, al di là delle garanzie che il cedente assume per la (sola) validità e (in concreto, anche) per l'adempimento del contratto ceduto, ha effetto reale, non venendo qui in evidenza la disputa sulla possibilità, o meno, di cedere contratti ad effetti reali. Sicché, nell'un caso e nell'altro, si verifica, a favore del cessionario, il trasferimento di quel complesso unitario di situazioni giuridiche attive e passive che derivano dal singolo contratto o, rispettivamente, dall'organizzazione del ramo d'azienda e che non sono solo i debiti o i crediti, ma anche tutte le situazioni giuridiche soggettive strumentali quali i dritti potestativi, le azioni, le aspettative (anche verso soggetti pubblici od organismi certificatori), ecc. La differenza tra le due figure, che il Collegio è tenuto a riscontrare incidentalmente per valutare della fondatezza, o meno, dell'appello, sta in questo: la cessione di uno o più contratti, quand'anche *uno actu*, ha sempre una struttura necessariamente trilatera e, nella specie, non v'è traccia del consenso dei terzi ceduti; la cessione di ramo d'azienda si connota, oltre che per il trasferimento dei rapporti di lavoro inerenti al ramo e senza bisogno del consenso dei lavoratori, perché riguarda un'articolazione funzionalmente autonoma (il ramo GI della SIRAM s.p.a.) che preesiste funzionalmente alla cessione stessa ed implica *naturaliter* la successione nei contratti inerenti, ai sensi dell'art. 2558 c.c.

Non a caso, la stessa AVCP, con la coeva nota n. 37757, ha comunicato altresì l'inserimento nel casellario informatico ex art. 8 del DPR 207/2010 della stipulazione, tra l'appellante e la Gestione

Integrata s.r.l., di «... *un atto denominato "cessione di azienda..."*. Tal comunicazione, in sé *ictu oculi* ambigua, non è conclusiva né per la configurazione dell'atto stesso come cessione vera e propria, né tampoco per escludere quest'ultima del tutto, ad onta del contenuto del contratto tra tali soggetti. Dal che l'annotazione meramente oggettiva, a causa delle incertezze sul modo con cui il contratto stesso è stato confezionato, ancorché l'AVCP, nel propendere di fatto per la tesi della SIRAM s.p.a., non considera che la cessione è sottoposta alla condizione risolutiva del diniego, da parte di anche una sola delle stazioni appaltanti, al subentro della cessionaria nei rapporti di esse con la cedente. Essendo stato espressamente richiamato l'art. 116, c. 1 del Dlg 163/2006 nell'atto di cessione, è evidente, per il TAR come per il Collegio, che le parti di tal contratto hanno inteso trasferire *pro quota* le qualificazioni inerenti all'esecuzione dei contratti in cui essa è succeduta per effetto della cessione, affinché la cessionaria ne potesse dar contezza a ciascun ente aggiudicatore.

È appena da osservare, alla luce della citata perizia allegata all'atto di cessione, che la cessionaria non si sarebbe potuta limitare all'esecuzione, per forza di cose limitata nel tempo, dei contratti nei quali è succeduta grazie a detta cessione, ma avrebbe potuto espandersi. Per far ciò, dice la perizia che «... *gli Amministratori della società cedente hanno sottoposto al perito un piano prospettico di sviluppo del ramo e... l'evidenza dei risultati conseguiti dal ramo in passato...*», la realizzazione del quale passa per «... *la possibilità di partecipare a gare d'appalto con committenti pubblici è che Gestioni integrate disponga delle qualificazioni*

amministrative necessarie...». A tal fine, la cedente il 24 dicembre 2012 ha stipulato con la cessionaria un accordo quadro d'avvalimento ex art. 49 del Dlg 163/2006, impegnandosi a «...mettere a disposizione di Gestione Integrata... attraverso l'istituto dell'avvalimento..., i requisiti di legge che dovessero mancare a quest'ultima per la partecipazione alla gara e che sono nella disponibilità di Siram...». Tutto ciò è vero, ma non è dirimente nel senso voluto dall'appellante, per la duplice ragione che l'accordo quadro s'affianca e non integra o modifica in tali termini l'atto di cessione e che l'avvalimento riguarda la fase di espansione della cessionaria, cioè l'attività futura o, comunque, separata da quanto regolato con la cessione medesima e con il richiamo, lì contenuto, all'art. 116 del Dlg 163/2006.

7.4. – L'appellante rende noto il c.d. “Atto di Precisazione” al contratto di cessione del 28 dicembre 2012, sottoscritto dal legale rappresentante della Gestione Integrata s.r.l. e dal procuratore speciale della SIRAM s.p.a. in data 24 luglio 2013.

Con tale atto, le predette parti hanno fornito l'interpretazione autentica del contratto di cessione, accertando che «... ad eccezione di quanto sopra riportato (ossia i singoli elementi ceduti), Gestione Integrata srl non è quindi subentrata in nessun altro requisito e qualificazione esistente in capo alla cedente Siram Spa...».

Il Collegio prende atto di tal precisazione, ma non la reputa valida, ai soli e limitati fini del presente giudizio, per la semplice ragione che l'effetto traslativo si è definitivamente prodotto con il primo contratto, che, essendo ad effetti reali, non può essere posto nel nulla

se non con un nuovo e diverso contratto che lo ritrasferisca al cedente. L'effetto reale del contratto di trasferimento del "bene aziendale" è un effetto di legge, su cui la volontà negoziale non può più incidere se non con un atto di contenuto uguale e contrario. In altri termini, per le ragioni spiegate, la cessione di ramo d'azienda ha definitivamente comportato il trasferimento di titoli, referenze e requisiti specifici relativi al ramo ceduto, che, a sua volta, ha comportato il trasferimento dei requisiti connessi alle attestazioni SOA, dalla Siram S.p.A. alla Gestione Integrata Srl. E' appena il caso di ricordare che, nel presente giudizio, l'esistenza e la validità della cessione del ramo d'azienda risulta dalla stipulazione di uno specifico atto notarile, regolarmente depositato ed iscritto alla camera di commercio di Milano. Pertanto, solamente il giudice civile potrà rilevare eventuali vizi intrinseci a detto atto e l'eventuale incidenza dell'atto integrativo, che comunque, allo stato, non potrà mai essersi spinto fino all'eliminazione dell'effetto traslativo avutosi con l'atto di cessione.

8. – Resta così confermata la sentenza impugnata anche nei confronti dell'appellante principale, donde la sua definitiva esclusione dalla gara *de qua* e l'assorbimento d'ogni altra questione di merito. La complessità della questione suggerisce la compensazione integrale, tra tutte le parti, delle spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sez. III), definitivamente pronunciando sul ricorso n. 179/2014 RG in epigrafe, respinge

l'appello principale e quello incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio del 27 marzo 2014, con l'intervento dei sigg. Magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Hadrian Simonetti, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere, Estensore

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/11/2014

IL SEGRETARIO

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