

Publicato il 04/10/2021

N. 06619/2021REG.PROV.COLL.
N. 03481/2021 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 3481 del 2021,
proposto da

Studio Tecnico Bevacqua Luigi, in persona del legale rappresentante,
rappresentato e difeso dagli avvocati Arturo Cancrini e Francesco Vagnucci,
con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

contro

Exproprianda s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e
difesa dagli avvocati Rocco De Bonis, Francesco Mollica, Francesco Zaccone
e Mariano Maggi, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di
Giustizia;

nei confronti

Consorzio di Bonifica Ionio Crotonese, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per la Calabria
(Sezione Prima) n. 00444/2021, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 settembre 2021 il Cons. Federico Di Matteo e preso atto delle richieste di passaggio in decisione, senza preventiva discussione, depositate dagli avvocati Cancrini, Vagnucci, De Bonis, Mollica, Zaccone e Maggi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando del 3 giugno 2020 il Consorzio di Bonifica Ionio Crotonese (da ora: il Consorzio) indiceva una procedura di gara, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento del *“Servizio integrato di natura tecnica, legale, amministrativa e tecnica per la regolarizzazione e il completamento delle procedure ablatorie connesse ai lavori di costruzione dell'impianto di irrigazione dell'altopiano Isola Capo Rizzuto”*; la gara, del valore complessivo di € 836.598,00, era suddivisa in tre lotti.

1.2. All'esito delle operazioni di gara, risultava primo graduato in tutti i lotti lo Studio Tecnico Bevacqua Luigi, che precedeva il r.t.i. – raggruppamento temporaneo di imprese tra Exproprianda s.r.l. come mandataria e Pro.Gen.Soc. coop. p.a. come mandante; con provvedimento del 16 ottobre 2020, n. 54 la procedura era aggiudicata in via definitiva alla prima graduata.

2. Con ricorso notificato il 3 dicembre 2020 il r.t.i. Exproprianda impugnava al Tribunale amministrativo regionale per la Calabria il provvedimento di aggiudicazione sulla base di tre motivi:

- per nullità dei contratti di avvalimento conclusi dallo Studio Tecnico Bevacqua con le società ausiliarie, CBC Ingegneria e Topografia s.r.l., Promoteengineering.it s.r.l., Espro Progetti s.r.l. e Espropri Italia s.r.l., al fine di acquisire i requisiti di capacità tecnico – professionale ed economico finanziaria richiesti dal bando e dei quali era sprovvista;

- per errata attribuzione dei punteggi previsti per le offerte tecniche ed economiche, con particolare riguardo al punteggio per l'elemento valutativo A.2. (15 punti con riparametrazione) assegnato all'aggiudicataria in ragione dei requisiti posseduti dalle ausiliarie e, dunque, in violazione del divieto del c.d. avvalimento premiale;
- per illegittimità ed erroneità dell'operazioni di attribuzione dei punteggi svolte dalla commissione giudicatrice perché condotte in base a criteri e sub-criteri diversi da quelli previsti dalla legge di gara.

2.1. Pendente il giudizio, la commissione giudicatrice, nella riunione del 10 dicembre 2020, riscontrata la sussistenza di errori nell'attribuzione dei punteggi per l'offerta tecnica ed economica del r.t.i. Exproprianda, elaborava nuova graduatoria in cui risultava pur sempre primo graduato lo Studio Tecnico Bevacqua con il medesimo punteggio (nonostante il più alto punteggio attribuito al secondo); il Consorzio appaltante, con deliberazioni del 18 dicembre 2020, n. 70 e 71, annullava parzialmente la prima aggiudicazione in quanto *“viziata da errori nel calcolo dei punteggi attribuiti dalla piattaforma telematica”* e disponeva nuova aggiudicazione al medesimo aggiudicatario.

2.2. Con motivi aggiunti il r.t.i. Exproprianda estendeva al nuovo provvedimento di aggiudicazione (e agli atti della commissione giudicatrice che l'avevano preceduto) le medesime censure già svolte nei confronti della prima aggiudicazione, integrate da ulteriore censura avverso le ragioni esposte dalla commissione nel verbale della seduta del 10 dicembre 2020 quanto alle ragioni del punteggio attribuito alla prima graduata.

La commissione, infatti, *“...con riferimento a quanto segnalato dal concorrente PROGEN soc. coop. P.A. relativamente ai servizi analoghi presentati in sede di offerta ai fini dell'attribuzione del punteggio di cui al punto A2 dichiara[rava] che nella valutazione degli stessi ha tenuto conto, in modo particolare, dell'attività svolta dal Concorrente Geom. Bevacqua Luigi, il quale, per come si evince dalla relazione tecnica a corredo dell'offerta, in qualità di Project Manager dell'Impresa ausiliaria C.B.C. INGEGNERIA &*

TOPOGRAFLA, ha fornito il proprio diretto contributo nell'esecuzione del Contratto, identico a quelli posti a base di gara, relativo al "Servizio integrato di natura legale, amministrativa e tecnica per la regolarizzazione e il completamento delle procedure ablatorie connesse ai lavori di costruzione dell'impianto di irrigazione dell'Altopiano di Isola Capo Rizzuto – I lotto – Prog. A.C. N. 23/8638", appaltato dal Consorzio di Bonifica Ionio Crotonese nel 2017 e realizzato dalla stessa società".

Si costituiva in giudizio il Consorzio di Bonifica Ionio Crotonese e lo Studio tecnico Bevacqua che notificava il 9 febbraio 2021 ricorso incidentale con il quale si doleva che la stazione appaltante non avesse disposto l'esclusione della ricorrente dalla procedura di gara sulla base di quattro motivi.

2.3. Con secondo atto di motivi aggiunti la ricorrente estendeva, infine, l'impugnazione alla deliberazione dell'8 febbraio 2021 n. 7 con la quale il Consorzio aveva parzialmente annullato il secondo provvedimento di aggiudicazione per un *"errore nell'attribuzione del ribasso di aggiudicazione il quale erroneamente è stato indicato nel ribasso massimo fissato dal bando di gara, ossia nella misura del 20%, laddove si sarebbero dovuti indicare i ribassi offerti, per ciascun lotto, dal concorrente risultato primo in graduatoria"*, senza peraltro modificare i punteggi assegnati alle imprese graduate e con conseguente conferma dell'aggiudicazione allo Studio Tecnico Bevacqua.

2.4. Il giudizio di primo grado era concluso dalla sentenza della prima sezione, 1° marzo 2021, n. 444, di accoglimento del ricorso e conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati.

Il tribunale:

- preliminarmente, dichiarava irricevibile il ricorso incidentale per essere stato proposto oltre il termine di trenta giorni dalla notificazione del ricorso principale come previsto dall'art. 42 cod. proc. amm., senza che valesse a mutare il termine di decorrenza l'adozione dei due provvedimenti di annullamento in autotutela, i quali non avevano in alcun modo inciso sull'ammissione in gara della ricorrente, né sulla valutazione dell'offerta tecnica di questa;

- passando all'esame del ricorso principale, riteneva infondato il primo motivo: qualificato l'avvalimento cui era ricorso l'aggiudicatario come avvalimento c.d. di garanzia in quanto avente ad oggetto il requisito di capacità economica finanziaria richiesto dal bando vale a dire il fatturato globale e specifico per servizi analoghi, e detto sufficiente per siffatta tipologia di ausilio che *“dalla dichiarazione dell'ausiliaria emerge con certezza ed in modo circostanziato l'impegno contrattuale a prestare e a mettere a disposizione dell'ausiliata la complessiva solidità finanziaria e il patrimonio esperienziale della prima”*, giudicava i contratti di avvalimento conclusi dall'aggiudicataria connotati da *“serietà e determinabilità dell'impegno ... in quanto gli operatori economici ausiliari hanno con essi assunto formale impegno nei confronti della stazione appaltante a mettere a disposizione dell'operatore ausiliato le risorse di cui esso sia carente ai fini del perfetto espletamento della attività previste nell'appalto, specificatamente individuate”*;
- fondato, invece, era giudicato il primo dei motivi aggiunti poiché l'amministrazione aveva illegittimamente considerato i servizi analoghi svolti da una delle società ausiliarie sia per ritenere soddisfatti i requisiti di partecipazione alla procedura, ma anche al fine dell'attribuzione del punteggio per l'offerta tecnica violando così la regola per la quale l'avvalimento non è istituito utilizzabile per conseguire un punteggio più elevato per l'offerta tecnica; in definitiva, allora, il Consorzio non poteva valorizzare a fini di punteggio il servizio simile reso da C.B.C. Ingegneria & Topografia s.r.l. in suo favore, nemmeno se fosse dato per provato che il geom. Luigi Bevacqua avesse svolto in quel caso l'attività di *project manager*, non equivalente ad assunzione diretta di responsabilità di esecuzione del servizio;
- aggiungeva, in ogni caso, che se anche quell'esperienza (di *project manager* presso altro operatore economico) potesse essere apprezzata, nondimeno l'attribuzione del punteggio tecnico era viziata da eccesso di potere per irragionevolezza avendo la commissione attribuito a tale esperienza *“necessariamente parziale”*, il punteggio massimo.

3. Propone appello Studio Tecnico Bevacqua Luigi; si è costituito il r.t.i. Exproprianda nella qualità indicata in epigrafe proponendo appello incidentale; il Consorzio di Bonifica Ionio Crotonese, pur regolarmente citato, è rimasto intimato.

Le parti hanno depositato memorie *ex art. 73*, comma 1, cod. proc. amm., cui sono seguite rituali repliche.

All'udienza del 23 settembre 2021 la causa è stata assunta in decisione.

DIRITTO

1. Con il primo motivo dell'appello Studio Tecnico Bevacqua Luigi si duole che il suo ricorso incidentale sia stato dichiarato irricevibile perché tardivamente proposto; a suo dire il giudice non avrebbe considerato che, in ragione del provvedimento di annullamento in autotutela della prima aggiudicazione (la delibera n. 71 del 2020), il ricorso introduttivo del giudizio del r.t.i. Exproprianda era divenuto "*ex se*" improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse, con conseguente venir meno del suo onere di proposizione del ricorso incidentale, il cui interesse, ai sensi dell'art. 42, comma 1, cod. proc. amm., sorge in dipendenza della domanda proposta in via principale e si estingue quando questa sia venuta meno.

La conclusione del ragionamento è che il termine per la proposizione del ricorso incidentale andava calcolato a partire dalla proposizione dell'atto per motivi aggiunti con il quale la ricorrente principale ha impugnato (il 22 gennaio 2021) il secondo provvedimento di aggiudicazione: rispetto ad esso il ricorso, notificato il 9 febbraio 2021, era sicuramente tempestivo.

1.1. Il motivo è infondato; la sentenza di primo grado merita conferma sul punto.

1.2. La tesi dell'appellante si fonda sull'erroneo presupposto per il quale l'annullamento in autotutela di un provvedimento (nel caso di specie, di aggiudicazione) comporti *ipso iure* (la parte utilizza l'espressione *ex se*) l'improcedibilità (per sopravvenuta carenza di interesse) del ricorso con il quale detto provvedimento era stato impugnato in giudizio; pretende, cioè, di

attribuire all'attività di autotutela la capacità di produrre in via immediata e diretta un effetto processuale, che consegue, invece, solo ad un provvedimento del giudice.

Spetta esclusivamente al giudice – in assenza di dichiarazione della parte – verificare se in dipendenza di fatti sopravvenuti all'instaurazione del giudizio la decisione nel merito del ricorso non dia più utilità alcuna alla parte che l'ha proposto (la giurisprudenza amministrativa è estremamente rigorosa avendo subordinato la dichiarazione di improcedibilità ad una sopravvenienza, fattuale o giuridica, tale da rendere certa e definitiva l'inutilità della sentenza, per avere fatto venir meno, per il ricorrente, qualsiasi residua utilità, anche soltanto strumentale o morale, derivante da una possibile pronuncia di accoglimento; qualora, invece, permanga un interesse della parte all'esame della censura, anche ai soli fini risarcitori, il giudice è tenuto a statuire nel merito, onde evitare un'elusione dell'obbligo di pronunciare sulla domanda; così, in particolare, Cons. Stato, sez. VI, 30 luglio 2021, n. 5624; nonché, tra le più recenti, sez. II, 10 maggio 2021, n. 3692; VI, 24 aprile 2021, n. 3388; II, 24 aprile 2021, n. 3342) e, dovendo tale verifica, come quella di tutte le condizioni dell'azione, effettuarsi al momento dell' (assunzione della causa in) decisione, si può sempre verificare un evento ulteriore che faccia rinvenire l'interesse del ricorrente alla decisione nel merito della causa (si pensi al ritiro del provvedimento di annullamento con conseguente solo momentanea perdita di interesse alla decisione nel merito, cfr. Cons. Stato, sez. V, 26 aprile 2021, n. 3367 e le sentenze ivi richiamate).

1.3. L'improcedibilità del ricorso principale per sopravvenuta carenza di interesse è dichiarata dal giudice con la sentenza con la quale chiude il giudizio in rito senza esaminare il merito; fino a quel momento – fino a quando, cioè, non interviene la pronuncia del giudice – i termini processuali connessi alla proposizione del ricorso introduttivo del giudizio continuano a decorrere e la parte che non li rispetta incorre in preclusione.

Così, venendo al caso in esame, sebbene dopo la proposizione del ricorso introduttivo del giudizio sia stato adottato provvedimento di annullamento in autotutela del provvedimento di aggiudicazione, non s'è prodotto in via automatica l'improcedibilità del ricorso introduttivo del giudizio e il termine di cui all'art. 42, comma 1, cod. proc. amm. cui rinvia l'art. 120, comma 5, cod. proc. amm. per il rito in materia di appalti (trenta giorni dalla notificazione del ricorso principale) per proporre il ricorso incidentale è continuato a decorrere.

Lo Studio Tecnico Bevacqua Luigi, che non ha proposto ricorso incidentale entro il predetto termine, è incorso in preclusione.

1.4. Né vale a diversa conclusione l'argomento speso dall'appellante secondo cui se avesse proposto ricorso incidentale nel termine decorrente dalla notificazione del ricorso introduttivo del giudizio, dichiarato improcedibile quest'ultimo per sopravvenuta carenza di interesse, ne sarebbe derivata l'improcedibilità anche del primo, onde si sarebbe trovato a svolgere attività processuale inutile.

Il ragionamento è astratto considerato che il ricorso principale non è stato dichiarato improcedibile dal giudice ma esaminato nel merito; esso, comunque, non coglie nel segno: è inesatto affermare che alla declaratoria di improcedibilità de (i motivi contenuti nel) ricorso principale consegua senza meno l'improcedibilità del ricorso incidentale; al pari di quanto affermato in precedenza per il ricorso principale, anche nel caso del ricorso incidentale spetta al giudice dire se la parte resistente che l'ha tempestivamente proposto possa conseguire una qualche utilità dall'eventuale suo accoglimento, di modo che permanga o meno l'interesse alla decisione.

E nel caso di specie, ben poteva lo Studio Tecnico Bevacqua conseguire utilità dall'eventuale accoglimento del suo ricorso incidentale ove l'avesse tempestivamente proposto, poiché la ricorrente, con i motivi aggiunti, aveva esteso l'impugnazione a tutti i sopravvenuti provvedimenti di aggiudicazione (con le conseguenze che subito si diranno), onde restava inalterato il suo

interesse a porre in discussione l'ammissione della ricorrente alla procedura di gara. Di ciò ha correttamente detto il giudice di primo grado.

2. E' possibile passare ora all'esame del secondo motivo dell'appello principale con il quale lo Studio Tecnico Bevacqua Luigi si duole che non sia stato dichiarato inammissibile e/o irricevibile il ricorso introduttivo del giudizio e, con esso, le censure *non ritualmente riproposte* nei successivi atti di motivi aggiunti (tra le quali quella poi accolta e che ha comportato l'annullamento dei provvedimenti impugnati); il giudice di primo grado, in realtà, non ha affatto esaminato detta eccezione, che, dunque, la parte ripropone in appello *ex art. 101, comma 2, cod. proc. amm.*.

Le ragioni per le quali il ricorso introduttivo del giudizio e motivi aggiunti andavano dichiarati inammissibili e/o improcedibili sono le seguenti: il ricorso principale, perché il provvedimento di aggiudicazione con esso impugnato era stato annullato in autotutela dalla stazione appaltante (con delibera n. 71 del 18 dicembre 2020) onde non v'era più interesse del ricorrente all'esame dei motivi ivi proposti; i motivi aggiunti *non ritualmente riproposti* perché la ricorrente aveva specificato che il nuovo provvedimento di aggiudicazione con gli stessi impugnati era inficiato "*in via derivata dai medesimi motivi che colpiscono gli atti impugnati con il ricorso introduttivo*", che diceva da intendersi integralmente trascritti, richiamati e riproposti, ma, venuto meno il ricorso introduttivo, doveva ritenersi definitivamente precluso l'esame dei vizi nello stesso articolati (per quanto, dunque, intesi trascritti, richiamati e riproposti). Il giudice, secondo il ragionamento dell'appellante, avrebbe potuto esaminare i soli inediti vizi autonomi dei nuovi provvedimenti di aggiudicazione articolati nei motivi aggiunti.

2.1. Il motivo è infondato.

2.2. Il giudice di primo grado ha correttamente esaminato nel merito il ricorso introduttivo del giudizio.

Come già riportato nella parte in fatto, con i motivi del ricorso introduttivo del giudizio il r.t.i. Exproprianda censurava non solo il punteggio attribuito

dalla commissione giudicatrice alle offerte tecniche ed economiche, ma, prima ancora, l'ammissione della controinteressata alla procedura di gara: il provvedimento di annullamento in autotutela è intervenuto sul primo profilo, correggendo il punteggio, ma sul presupposto della legittima ammissione in gara dello Studio Tecnico Bevacqua Luigi che, infatti, era confermata prima graduata anche dopo la revisione del punteggio.

Il secondo provvedimento, pertanto, era qualificabile in parte come *atto di conferma* dell'aggiudicazione, ma, in altra parte, quanto agli atti endoprocedimentali (in particolare, all'ammissione dell'aggiudicataria alla procedura di gara) presupposti, *meramente confermativo*.

Come (implicitamente) ritenuto dal tribunale, allora, l'interesse della ricorrente all'esame dei motivi di ricorso volti a contestare l'ammissione in gara dell'aggiudicataria non è certo venuto meno dopo che il (primo) provvedimento di aggiudicazione era stato riformato in autotutela quanto al punteggio assegnato ai concorrenti, poiché dal suo accoglimento avrebbe potuto conseguire ancora il bene della vita sperato, vale a dire l'esclusione dell'aggiudicataria dalla gara e l'eventuale scorrimento della graduatoria.

2.2.2. Detto esaminabile nel merito il ricorso introduttivo del giudizio, l'ulteriore passaggio argomentativo dell'appellante sui motivi aggiunti che la parte dice *non ritualmente proposti* è assorbito.

Ad ogni buon conto, va aggiunto che, per quanto la formula utilizzata dalla ricorrente nei motivi aggiunti possa essere giudicata inesatta – l'invalidità in via derivata ricorre in presenza di un rapporto di presupposizione/conseguenzialità tra atti – è chiara la sua prospettazione: ritenuti fondati i vizi fatti valere nei confronti del primo provvedimento di aggiudicazione in relazione agli atti prodromici – e in particolare avverso l'ammissione della controinteressata alla procedura – ne sarebbe seguita l'illegittimità del nuovo provvedimento di aggiudicazione, anch'esso presupponente la legittima ammissione in gara dell'aggiudicataria.

Così correttamente l'ha intesa il giudice di primo grado, che, dunque, non è incorso in alcuna violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato *ex art. 112 cod. proc. civ.*, come reclamato dall'appellata e, per quanto precedentemente detto sulla natura del secondo provvedimento di aggiudicazione, la ricostruzione merita conferma.

2.2.3. Le considerazioni esposte comportano il rigetto anche dell'eccezione di inammissibilità del primo motivo dell'appello incidentale sollevata dallo Studio Tecnico Bevacqua nella memoria difensiva sulla base delle medesime argomentazioni svolte in primo grado per dire inammissibili i motivi aggiunti.

3. Prima di procedere all'esame del predetto motivo dell'appello incidentale, però, va esaminato l'ultimo motivo dell'appello principale diretto a contestare la sentenza di primo grado per aver accolto la prima censura contenuta nei motivi aggiunti.

3.1. Premette l'appellante che la commissione giudicatrice, nella seduta del 10 dicembre 2020, aveva chiarito di averle attribuito il punteggio massimo di 15 punti per il criterio di valutazione A.2) integralmente in virtù dell'esperienza maturata dal geom. Bevacqua nell'esecuzione del primo lotto del medesimo servizio oggetto di affidamento; da qui l'errore in punto di fatto (o l'"abbaglio", a voler seguire l'appellante) commesso dal giudice: la commissione non aveva assegnato il punteggio sulla base delle pregresse esperienze dell'ausiliaria, ma di quelle dello stesso concorrente; vero questo, continua l'appellante, non si poneva affatto un problema di ammissibilità dell'avvalimento c.d. premiale perché i requisiti esperienziali dell'ausiliaria non era stati affatto considerati in sede di valutazione della sua offerta tecnica.

Contesta, poi, la sentenza nella parte in cui è detta non immediatamente riferibile al geom. Bevacqua (nell'espletamento di servizi similari a quelli oggetto dell'appalto) l'attività di esecuzione del primo lotto del medesimo servizio in affidamento per averla svolta nelle vesti di *project manager* della società ausiliaria C.B.C. Ingegneria e Topografia s.r.l.; a suo parere, sarebbe così introdotto un limite a far valere le proprie (dell'operatore concorrente)

pregresse esperienze professionali che non trova riscontro nella legge di gara e che contrasta con le indicazioni della normativa euro-unitaria (e, in particolare, con l'art. 58, par. 4, della direttiva 24/2014/UE nella parte in cui si limita a consentire alle amministrazioni aggiudicatrici di esigere che gli operatori dispongano di un livello di esperienza comprovato da “*opportune referenze relative a contratti eseguiti in precedenza*”, senza affatto richiedere che il concorrente fosse anche l'intestatario del contratto o colui che ne abbia assunto la responsabilità per l'esecuzione).

La pregressa esperienza del geom. Bevacqua nell'esecuzione del primo lotto era di certo valutabile poiché questi, a quel tempo, era amministratore e legale rappresentante della C.B.C., e in quanto tale aveva stipulato il contratto con il Consorzio, gestito le richieste di proroga e di variante come pure i rapporti con gli enti terzi: in sostanza, egli aveva coordinato e gestito l'esecuzione del contratto.

3.2. Il motivo non è fondato.

3.2.1. In premessa: il tribunale ha ritenuto fondato il motivo di ricorso del r.t.i. Exproprianda sulla base di due ragioni: in primo luogo, per aver la commissione giudicatrice violato il divieto di avvalimento c.d. premiale, vale a dire l'assegnazione del punteggio all'offerta del concorrente sulla base di requisiti acquisiti in via di avvalimento delle ausiliarie, nonché, in secondo luogo, perché, anche ad ammettere che il requisito esperienziale valutato fosse proprio del concorrente e non delle ausiliarie, e, che, dunque, non fosse stato attuato un avvalimento premiale, era stata irragionevole la decisione della stazione appaltante di attribuire il massimo punteggio previsto per il criterio di valutazione A.2.) per un solo servizio simile.

3.2.2. L'appellante contesta entrambi i passaggi della sentenza; se sul primo emergono profili di fondatezza, non lo stesso può dirsi per il secondo.

In effetti, superando un approccio strettamente formalistico alla vicenda, va condiviso che, alla luce del verbale della seduta del 10 dicembre 2020, l'apprezzamento della commissione giudicatrice abbia riguardato la pregressa

esperienza del geom. Bevacqua e non quella dell'ausiliaria C.B.C. Ingegneria e Topografia s.r.l., come pure – fermi i necessari approfondimenti che le allegazioni del r.t.i. Exproprianda anche in questa sede di appello sollecitano – che detta esperienza meritava considerazione per il ruolo preminente che il professionista aveva svolto nell'esecuzione del precedente contratto, maturando, in questo modo, una esperienza curriculare spendibile nelle successive procedure di gara con le pubbliche amministrazioni. Come rilevato dall'appellante, queste considerazioni rendono qui irrilevante l'approfondimento in ordine ai limiti di utilizzabilità dell'avvalimento c.d. premiale, non venendo in gioco requisiti professionali delle ausiliarie.

3.2.3. Quel che invece non è superato dalle argomentazioni difensive dell'appellante è la irragionevolezza ed illogicità della decisione della commissione di assegnare il massimo punteggio previsto per il criterio di valutazione A.2) in virtù di un *unico* servizio pregresso, poiché se è vero, come afferma la commissione, che si trattava di servizio identico a quello in affidamento con la procedura di gara, è altrettanto vero che il criterio così come enunciato nel disciplinare, facendo riferimento ai “*similitudine con servizi ritenuti dal concorrente significativi della propria capacità a realizzare la prestazione di che trattasi con la tipologia di servizi oggetto di affidamento*”, dava importanza non solo alla natura del servizio, ma alla pluralità delle esperienze maturate nel tempo.

Bene ha ritenuto, dunque, il primo giudice che, sulla base del criterio di valutazione non potesse un'*unica* esperienza – pur certamente favorevolmente apprezzabile e, dunque, da premiare con adeguato punteggio per la natura delle prestazioni rese – condurre senz'altro all'attribuzione del massimo punteggio.

3.2.4. Le contestazioni dell'appellante sul punto non appaiono, invero, centrate: si imputa al tribunale di non aver precisato quale diverso punteggio la commissione avrebbe dovuto assegnare al concorrente per i servizi in esame (anche in relazione al superamento della prova di resistenza), ma così si oltrepassano, già in prospettiva, i limiti del sindacato del giudice

amministrativo, che non deve sostituirsi alla commissione giudicatrice nella valutazione del punteggio più corretto da assegnare all'offerta tecnica, ma solo giudicare della ragionevolezza, logicità e non arbitrarietà della decisione già assunta (cfr., solo per limitarsi alle più recenti, Cons. Stato, sez. V, 14 giugno 2021, n. 4620; III, 11 marzo 2021, n. 2075; V, 10 marzo 2021, n. 2054; V, 3 febbraio 2021, n. 999).

Allo stesso modo, non premia l'appellante l'insistenza sulla comparazione con i servizi svolti dalla ricorrente che dice modesti; a parte la natura di contestazione da svolgere in via incidentale, infatti, è erroneo il ragionamento poiché pretende che il punteggio sia assegnato in esito a comparazione tra i candidati; formula di giudizio che, a meno che non sia espressamente prevista, non può trovare ingresso nell'apprezzamento delle offerte da parte di una commissione giudicatrice che, di regola, esamina e valuta autonomamente dalle altre ogni singola offerta.

4. Va ora esaminato il primo motivo dell'appello incidentale del r.t.i. Exproprianda con il quale è contestata la reiezione del primo motivo del ricorso introduttivo del giudizio.

A detta dell'appellante, il giudice di primo grado avrebbe articolato il suo ragionamento sulla validità dei contratti di avvalimento conclusi dall'aggiudicataria a partire da un presupposto errato, ossia che il concorrente avesse fatto ricorso all'avvalimento c.d. di garanzia, laddove, invece, lo Studio Tecnico Bevacqua aveva inteso avvalersi anche dei requisiti di capacità tecnica delle ausiliarie dei quali si dichiarava carente, ovvero concludere un avvalimento c.d. operativo.

I contratti di avvalimento, continua l'appellante, di identico tenore, contenevano "*tautologiche espressioni*" e generici impegni quanto alla messa a disposizione dei requisiti di cui il concorrente risultava carente; in altri termini, alcun concreto e determinato impegno sarebbe stato assunto dalle società ausiliarie, e, comunque, prima ancora, non sarebbe determinabile l'oggetto del prestito, in violazione dell'art. 89, comma 1, ult. per. d.lgs. 18

aprile 2016, n. 50 che richiede la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria.

La conclusione cui giunge l'appellante incidentale è che il tribunale avrebbe dovuto dichiarare la nullità dei contratti di avvalimento, quanto al contratto con Prometeoengineering.it s.r.l., per carenza di indicazioni in ordine al fatturato globale e specifico che, posseduto dall'ausiliaria, era trasferito al concorrente (e, dunque, per mancata specificazione dell'oggetto del prestito), e, per le altre ausiliarie, per mancata indicazione in modo specifico e dettagliato delle risorse messe a disposizione dell'ausiliaria a fronte del richiamo in contratto al prestito (anche) di requisiti tecnico – operativi.

4.1. Il motivo è fondato; la sentenza di primo grado va riformata sul punto.

4.1.1. Vero quanto afferma l'appellante sul ragionamento svolto in sentenza.

Il tribunale, qualificato l'avvalimento cui era ricorso l'aggiudicatario come avvalimento di garanzia in quanto avente ad oggetto il prestito del requisito di capacità economico – finanziaria richiesto dal bando, diceva serio e determinato l'impegno delle ausiliarie per essersi espressamente impegnate nei confronti della stazione appaltante a mettere a disposizione dell'ausiliato le risorse di cui era carente, così facendosene sostanzialmente garante.

Il presupposto fattuale è però erroneamente assunto dal giudice: lo Studio tecnico Bevacqua non aveva concluso con le società ausiliarie un mero avvalimento di garanzia, poiché queste non si impegnavano a prestare il solo “fatturato globale e specifico”, ma anche requisiti di capacità tecnico – professionale.

4.1.2. La circostanza non necessita di particolare approfondimento poiché è ammessa dalla stessa aggiudicataria, la quale, nei contratti di avvalimento (salvo che in quello con Prometeoengineering s.r.l. in cui v'è riferimento solo al requisito del fatturato), si dice carente tanto dei “*requisiti di capacità economica e finanziaria*” di cui al par. 4.3 del disciplinare di gara, quanto dei “*requisiti di capacità tecnica professionale*” di cui al par. 4.4.

Per il par. 4.3. erano requisiti di capacità economico e finanziaria: a) il fatturato globale inteso “*avere realizzato nei migliori tre anni degli ultimi cinque esercizi, antecedenti la data di pubblicazione del bando, un fatturato globale pari o maggiore a 1,5 volte gli importi relativi ai lotti per i quali si intende partecipare*” e b) il fatturato per servizi simili ossia “*avere realizzato per servizi di natura tecnica afferenti procedure espropriative presso Enti Pubblici e/o soggetti privati nei migliori tre anni degli ultimi cinque esercizi, antecedenti la data di pubblicazione del bando, un fatturato globale pari o maggiore agli importi relativi ai lotti per i quali si intende partecipare*”.

Per il par. 4.4. erano, invece, requisiti di capacità tecnica e professionale: “*a) elenco di servizi simili a quelli oggetto di appalto espletati negli ultimi dieci anni antecedenti la data di pubblicazione del bando e relative a procedure espropriative presso Enti pubblici e privati*”.

Lo Studio Tecnico Bevacqua, allora, ricorrendo all’apporto delle società ausiliarie allo scopo di conseguire (anche) il requisito di capacità tecnica e professionale richiesto dal par. 4.4. del disciplinare di gara (oltre ai requisiti di cui al par. 4.3), concludeva con esse un avvalimento c.d. operativo (in tal senso, è giurisprudenza costante, cfr. Cons. Stato, sez. IV, 11 novembre 2020, n. 6932 e senza considerare che, secondo un orientamento che va consolidandosi nella giurisprudenza, anche il prestito del requisito del “fatturato specifico” può dar luogo, a determinate condizioni, ad un avvalimento operativo, cfr. Cons. Stato, sez. V, 26 novembre 2020, n. 7436; III, 9 marzo 2020, n. 1704).

4.1.3. E’ noto che, secondo orientamento ormai consolidato in giurisprudenza, a seconda che si tratti di avvalimento c.d. garanzia ovvero di avvalimento c.d. tecnico o operativo, diverso è il contenuto necessario del contratto concluso tra l’operatore economico concorrente e l’ausiliaria; in particolare, solo in caso di avvalimento c.d. tecnico operativo sussiste sempre l’esigenza della concreta messa a disposizione di mezzi e risorse specifiche, e specificamente indicate nel contratto, indispensabili per l’esecuzione

dell'appalto che l'ausiliaria ponga a disposizione del concorrente (cfr. Cons. Stato, sez. V, 21 luglio 2021, n. 5485; V, 12 febbraio 2020, n. 1120 e le sentenze ivi richiamate; le ragioni alla base del predetto orientamento giurisprudenziale sono in Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giuris., 19 luglio 2021, n.722); solo così sarà rispettata la regola posta dall'art. 89, comma 1, secondo periodo, d.lgs. n. 50 del 2016 nella parte in cui commina la nullità all'omessa specificazione dei requisiti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria.

4.1.4. E' altrettanto noto il principio (*ex multis*, cfr. Cons. Stato, sez. V, 20 luglio 2021, n. 5464; III, 4 gennaio 2021, n. 68, ma fissato dall'Adunanza plenaria nella sentenza del 14 novembre 2016, n. 23) secondo cui l'indagine in ordine agli elementi essenziali dell'avvalimento c.d. operativo deve essere svolta sulla base delle generali regole sull'ermeneutica contrattuale e in particolare secondo i canoni enunciati dal codice civile di interpretazione complessiva e secondo buona fede delle clausole contrattuali (artt. 1363 e 1367 cod. civ.). Il contratto di avvalimento non deve quindi necessariamente spingersi, ad esempio, sino alla rigida quantificazione dei mezzi d'opera, all'esatta indicazione delle qualifiche del personale messo a disposizione ovvero alla indicazione numerica dello stesso personale. Tuttavia, l'assetto negoziale deve consentire quantomeno *"l'individuazione delle esatte funzioni che l'impresa ausiliaria andrà a svolgere, direttamente o in ausilio all'impresa ausiliata, e i parametri cui rapportare le risorse messe a disposizione"* (Cons. Stato, sez. IV, 26 luglio 2017, n. 3682); deve cioè prevedere, da un lato, la messa a disposizione di personale qualificato, specificando se per la diretta esecuzione del servizio o per la formazione del personale dipendente dell'impresa ausiliata, dall'altro i criteri per la quantificazione delle risorse e/o dei mezzi forniti (cfr. Cons. Stato, sez. III, 30 giugno 2021, n. 4935).

4.1.5. Ebbene, nel caso dei contratti di avvalimento stipulati dallo Studio Tecnico Bevacqua per acquisire i requisiti di capacità tecnica e professionale dei quali era sprovvista, manca qualsivoglia indicazione della tipologia di

risorsa e di mezzi messi a disposizione, che possa consentire di determinare l'impegno concreto assunto dalle ausiliarie per consentire il complessivo espletamento delle prestazioni oggetto dell'appalto da parte dell'operatore economico concorrente.

L'impegno dell'ausiliaria è, infatti, espresso in formula di stile (come *“formale impegno nei confronti della stazione appaltante e del concorrente “professionista” a fornire e a mettere a disposizione di quest'ultimo i requisiti di carattere economico e finanziario nonché tecnico – organizzativo richiesti dal Bando e dal Disciplinare, ed eventualmente, le risorse di cui è carente per tutto l'arco di durata del contratto”*, così all'art. 2, ed ancora, all'art. 3 si legge *“(...) la società “ausiliaria” metterà a disposizione del concorrente “ausiliato”, in caso di aggiudicazione ed in relazione alle necessità, anche le capacità e le risorse operative eventualmente necessarie al perfetto espletamento delle attività previste nell'appalto”*), senza alcun riferimento specifico all'ausilio concreto in termini di mezzi e risorse umane (ovvero, volendo utilizzare le espressioni più volte nelle sentenze citate, alle “funzioni”) parametrato all'oggetto specifico dell'appalto in affidamento.

4.1.6. Lo Studio Tecnico Bevacqua, nella memoria depositata in giudizio, oppone due argomenti per dire irrilevante l'indeterminatezza dei contratti di avvalimento in punto di mezzi e risorse messi a disposizione dell'ausiliata.

In primo luogo, sostiene che le risorse umane e i mezzi messi a disposizione del concorrente per l'esecuzione dell'appalto, assenti nei contratti di avvalimento, erano però puntualmente elencati nell'offerta tecnica formulata alla stazione appaltante.

Aggiunge, poi, che ad una lettura integrata dei contratti di avvalimento, dell'offerta tecnica e delle dichiarazioni rese dalle ausiliarie alla stazione appaltante risulterebbe chiaro che le ausiliarie abbiano assunto l'impegno alla *“esecuzione diretta”* delle prestazioni nei confronti della stazione appaltante, con la conseguenza di rendere superflua l'indicazione dettagliata delle risorse messe a disposizione, dovendo l'ausiliaria eseguire l'impegno assunto con l'intera sua organizzazione aziendale o professionale.

4.1.7. Entrambe le ragioni non paiono convincenti.

Non la prima.

È vero che nell'offerta tecnica dello Studio tecnico Bevacqua sono riportate le risorse umane e strumentali che compongono l'organizzazione delle ausiliarie C.B.C. Ingegneria e Topografia s.r.l., Espro Progetti, Espropri Italia s.r.l., ma tale indicazione non può valere a sopperire alle carenze e all'indeterminatezza del contratto di avvalimento.

A prescindere da ogni altra considerazione, si realizzerebbe una evidente inversione logico – temporale: l'operatore economico concorrente intanto può inserire nella sua offerta tecnica l'indicazione dei mezzi e delle risorse delle ausiliarie impiegabili per l'esecuzione delle prestazioni in affidamento, in quanto ne abbia acquisito la disponibilità con valido contratto di avvalimento.

Il ribaltamento proposto dall'appellata rende, anzi, dubbia la stessa affidabilità dell'offerta tecnica, perché, in carenza di idonea messa a disposizione delle risorse nei contratti di avvalimento, il concorrente dichiara alla stazione appaltante di poter impiegare risorse altrui senza che siano mai state validamente prestate.

Neppure vale il secondo argomento speso dal concorrente.

Astrattamente – e fermo restando la necessità di approfondire ogni profilo della questione – quel che afferma lo Studio Tecnico Bevacqua potrebbe essere condivisibile: se l'ausiliaria si impegna all'esecuzione diretta delle prestazioni potrebbe dirsi superflua l'indicazione specifica delle risorse poste a disposizione del concorrente; nel caso di specie, però, una dichiarazione di impegno di siffatto contenuto non trova affatto riscontro nella documentazione in atti: le ausiliarie non hanno in alcun modo dichiarato di voler eseguire direttamente le prestazioni oggetto del contratto di appalto in affidamento.

Tanto nei contratti di avvalimento (le cui clausole essenziali sono già state trascritte), quanto nella dichiarazione resa alla stazione appaltante, v'è sempre l'impegno a *“fornire e a mettere a disposizione”* i requisiti e le risorse, mai quella ad

eeguire direttamente le prestazioni (in particolare nella dichiarazione resa alla stazione appaltante l'impegno è *“di obbligarsi, nella qualità di società ausiliaria, sia nei confronti [del concorrente ausiliato] e sia nei confronti [della stazione appaltante] a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto i requisiti – di capacità economica e finanziaria e di capacità tecnica e professionale – e le risorse necessarie di cui il Professionista concorrente è carente”*).

Sollecitare un'interpretazione delle clausole contrattuali e della dichiarazione nel senso dell'impegno all'esecuzione diretta della prestazione significa richiedere al giudice di trarre una volontà negoziale in contrasto con la dichiarazione resa; ciò che non è possibile perché ne verrebbe una modifica sostanziale dell'offerta. Nella stessa offerta, che pure come detto riporta l'elencazione dettagliata delle risorse umane e dei mezzi tecnici delle ausiliarie, si specifica che di esse si servirà il concorrente per l'esecuzione delle prestazioni oggetto dell'appalto (pag. 12 in cui si dice che le risorse umane e strumentali erano *“... messe a disposizione del concorrente ausiliato per l'espletamento dei servizi oggetto dell'appalto”*); ciò che presuppone sia avvenuto il prestito delle risorse ed è dichiarazione incompatibile con l'esecuzione diretta delle prestazioni da parte delle ausiliarie.

4.1.8. E' sufficiente quanto fino a questo momento esposto per dire fondato il motivo dell'appello incidentale; nondimeno, a completamento del discorso, va detto sussistente anche l'ulteriore profilo di indeterminatezza – in questo caso di tutti – (de)i contratti di avvalimento individuato dall'appellante incidentale: non v'è in nessuno di essi specificazione delle pregresse esperienze professionali delle ausiliarie dalle quali desumere che esse siano effettivamente in possesso di quei requisiti (non solo tecnico – professionali, ma anche) economico – finanziari che pongono a disposizione del concorrente.

Detto altrimenti: è onere dei contraenti precisare – nei contratti di avvalimento e non altrove (e, precisamente, non nell'offerta tecnica come ancora una volta avvenuto nel caso in esame) – il fatturato globale maturato

dalle ausiliarie nel periodo rilevante per il disciplinare ovvero, in caso di prestito del fatturato specifico, da quali pregresse esperienze professionali lo stesso sia maturato e in che tempi; solo in questo modo, del resto, la stazione appaltante è in condizione di vagliare la credibilità dell'impegno, anche solo come garante, che sarà assunto dell'ausiliario.

Si tratta di condizione indispensabile per dir valido il contratto di avvalimento, anche se della tipologia dell'avvalimento c.d. di garanzia.

5. In conclusione, l'appello principale di Studio Tecnico Bevacqua è respinto e l'appello incidentale di Exproprianda accolto nei sensi di cui in motivazione; la sentenza di primo grado va in parte riformata con l'accoglimento del primo motivo del ricorso di primo grado.

6. Le spese del presente grado di giudizio seguono la soccombenza nei rapporti tra le parti private; nulla spese a carico dell'amministrazione che non si è costituita nel presente giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti:

- respinge l'appello principale di Studio Tecnico Bevacqua Luigi;
- accoglie nei sensi di cui in motivazione l'appello incidentale di Exproprianda s.r.l. e, per l'effetto, in parziale riforma della sentenza del Tar Calabria n. 444/2021, accoglie il primo motivo del ricorso di primo grado di Exproprianda s.r.l..

Condanna Studio Tecnico Bevacqua Luigi al pagamento delle spese del presente grado del giudizio, che liquida in € 5.000,00, oltre accessori e spese di legge, a favore di Exproprianda s.r.l.; nulla spese nei confronti del Consorzio di Bonifica Ionio Crotonese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 settembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Federico Di Matteo, Consigliere, Estensore

Giovanni Grasso, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere

L'ESTENSORE
Federico Di Matteo

IL PRESIDENTE
Luciano Barra Caracciolo

IL SEGRETARIO