



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm.
sul ricorso numero di registro generale 9950 del 2014, proposto dalla s.r.l. ORION,
in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati
Piero Mazzola e Salvatore Di Mattia, con domicilio eletto presso lo studio
dell'avvocato Salvatore Di Mattia in Roma, via Giuseppe Avezzana, n. 3;

contro

il Comune di Jesi, in persona del sindaco in carica, rappresentato e difeso
dall'avvocato Francesca Petullà, con domicilio eletto presso la Segreteria della Sez.
V del Consiglio di Stato, in Roma, piazza Capo di Ferro, n. 13;

nei confronti di

la s.p.a. SOL, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa
dall'avvocato Giuseppe Franco Ferrari, presso il cui studio è elettivamente
domiciliata in Roma, via di Ripetta, n. 142;
la s.a.s. ECOS di Giuliano Cencioni & C.;

per la riforma

della sentenza del TAR Marche, n. 982 del 3 dicembre 2014, resa tra le parti, concernente l'affidamento del servizio di manutenzione della rete comunale di monitoraggio della qualità dell'aria;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Jesi e della s.p.a. SOL;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 13 gennaio 2015 il Consigliere Doris Durante;

Uditi per le parti gli avvocati Piero Mazzola, Francesca Petullà e Giuseppe Franco Ferrari;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- Con ricorso al TAR Marche n. 556 del 2014, la s.r.l. Orion impugnava i verbali di gara e il provvedimento di aggiudicazione definitiva a favore della s.p.a. Sol della gara d'appalto - da aggiudicarsi con il metodo del prezzo più basso - per l'affidamento per la durata di 36 mesi del servizio di manutenzione della rete di monitoraggio della qualità dell'aria, indetta dal Comune di Jesi con lettera di invito del 21 maggio 2014.

La s.r.l. Orion lamentava che la commissione di gara avesse illegittimamente consentito il c.d. soccorso istruttorio, consentendo di colmare *ex post* le dichiarazioni *ex* articolo 38 del d. lgs. n. 163 del 2006 dei soci accomandatari e del direttore tecnico della ausiliaria s.a.s. Ecos di Giuliano Cencioni & c.; che la commissione avrebbe dovuto escludere la s.p.a. Sol dalla gara per il difetto del

requisito speciale di cui all'articolo 7, comma 2, lettera c) della lettera di invito, per il quale vi è stato l'avvalimento, senza rilevare la nullità del relativo contratto per indeterminatezza.

2.- Il TAR Marche con la sentenza n. 982 del 3 dicembre 2014 respingeva il ricorso, con compensazione delle spese di giudizio per la presenza di contrasti giurisprudenziali sulle questioni dedotte dalla società ricorrente.

In particolare il TAR rilevava, in applicazione dei principi sanciti dall'Adunanza plenaria n. 16 del 30 aprile 2014, l'insussistenza della dedotta violazione dell'articolo 38, comma 1, e dell'articolo 46, commi 1 e 1 *bis*, del d. lgs. n. 163 del 2006, per incompletezza della dichiarazione resa dall'ausiliaria s.a.s. Ecos e della Sol (primo e quarto motivo di ricorso).

Il TAR respingeva le altre censure, assumendone l'infondatezza alla stregua dell'orientamento giurisprudenziale maggioritario.

3.- Con ricorso in appello notificato il 5 dicembre 2014, la s.r.l. Orion ha dedotto in veste critica due delle quattro censure dedotte in primo grado, rinunciando espressamente al primo e al quarto motivo ivi formulate, prestando *in parte qua* acquiescenza alla sentenza di primo grado.

Si è costituito in giudizio il Comune di Jesi, che ha chiesto il rigetto dell'appello.

Alla camera di consiglio del 13 gennaio 2015, il Collegio si è riservato di decidere la causa con sentenza ai sensi degli articoli 38 e 60 c.p.a., dandone comunicazione alle parti.

4.- L'appello è infondato e va respinto.

5.- Con il primo motivo di appello, si deduce che l'aggiudicataria doveva essere esclusa dalla gara per carenza del requisito economico – finanziario richiesto dall'articolo 7, comma 2, della *lex specialis*, perché la sua ausiliaria (s.a.s. Ecos), che avrebbe dovuto fornire tale requisito, ne sarebbe a sua volta carente, avendo effettuato nell'anno 2013 servizi per un ammontare inferiore a 199.875 euro, non

raggiungendo di conseguenza la soglia minima fissata dalla *lex* di gara di 500.000 euro.

La censura è infondata.

L'articolo 7, comma 2, della *lex specialis* richiedeva quale requisito di partecipazione “aver svolto negli ultimi tre anni servizi analoghi a quello oggetto di gara per un importo singolarmente apprezzato pari o superiore a quello posto a base di gara e per un ammontare complessivo pari almeno a 500.000 euro”.

Tale previsione va intesa nel senso che le imprese concorrenti dovevano aver prestato in uno degli ultimi tre anni (determinante è l'espressione “singolarmente apprezzato”) servizi analoghi per un importo pari o superiore a quello posto a base di gara di euro 199.875 e per un ammontare complessivo di euro 500.000.

La contraria tesi dell'appellante, secondo la quale in tutti e ciascuno degli ultimi tre anni era necessario aver realizzato un importo pari o superiore a quello posto a base di gara, toglie senso all'avverbio “singolarmente” e finisce col richiedere un requisito sproporzionato rispetto al valore dell'appalto ed in violazione del principio del *favor participationis*.

Ciò posto, la Ecos, avendo svolto servizi analoghi negli ultimi tre anni per importi singolarmente considerati (di 302.783,49 nel 2011, 283.041,33 nel 2012 e 103.559,14 nel 2013 per il totale di euro 689.333,96), soddisfa entrambi i requisiti richiesti dall'articolo 7 della *lex* di gara.

6.- E' infondato anche il secondo motivo di appello, con cui parte ricorrente deduce che il contratto di avalimento sarebbe nullo per indeterminatezza dell'oggetto.

L'avalimento - contratto con il quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente ausiliato a fornire i requisiti di cui questi sia carente e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto - può riguardare qualunque requisito, sia di carattere economico – finanziario che tecnico

organizzativo o di attestazione della certificazione Soa (articolo 49, comma 1, del d. lgs. n. 163 del 2006).

Nel caso di specie, come si desume dalla scheda contrattuale di avvalimento del 3 giugno 2014, oggetto della prestazione contrattuale è il requisito finanziario, cioè l'aver svolto nel triennio antecedente (2010 – 2011 – 2012) servizi analoghi a quelli oggetto di gara per un determinato importo.

La s.a.s. Ecos, così come richiesto dal bando, ha prestato il requisito economico – finanziario ed ha indicato per ciascuno dei medesimi anni la natura del servizio svolto ed il relativo committente.

Non si può dunque ravvisare l'indeterminatezza dell'oggetto, non avendo il contratto un contenuto meramente 'tautologico' (il che è ravvisabile allorché il contratto si limiti a riprodurre la formulazione della norma, ovvero la messa a disposizione dell'ausiliata delle "risorse necessarie di cui è carente il concorrente", senza altra specificazione), essendo al contrario riportato in modo completo, esplicito ed esauriente lo specifico requisito messo a disposizione dell'impresa ausiliata (cfr. sul punto Cons. Stato, sez. III, 15 novembre 2011, n. 6040; sez. V, 8 ottobre 2011, n. 5496; sez. IV, 16 febbraio 2012, n. 810).

Per quanto esposto, l'appello deve essere respinto.

7.- Le spese del secondo grado di giudizio possono essere compensate, in considerazione dell'esistenza di contrasti giurisprudenziali sulle questioni dedotte.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sul ricorso n. 9950 del 2014, come in epigrafe proposto, lo respinge. Compensa le spese del secondo grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 gennaio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente
Antonio Amicuzzi, Consigliere
Doris Durante, Consigliere, Estensore
Nicola Gaviano, Consigliere
Fabio Franconiero, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/04/2015

IL SEGRETARIO

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