

Pubblicato il 28/02/2018

N. 01216/2018REG.PROV.COLL.

N. 02698/2017 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 2698 del 2017, proposto da: Studio Fracasso S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Marco Mariani, con domicilio eletto presso lo studio Giovanni Bruno in Roma, via Savoia, n. 31;

contro

Comune di Schio, in persona del Sindaco in carica *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Umberto Poscoliero e Marco Merlini, con domicilio eletto presso lo studio Marco Merlini in Roma, via Pasubio, n. 2;

nei confronti di

Consorzio Concessioni Reti Gas S. C. A R. L., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso

dall'avvocato Roberto Carfagna, con domicilio eletto presso lo studio Sebastiano Capotorto in Roma, via di San Domenico, n. 20;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Veneto – Venezia, Sez. I, n. 141/2017, resa tra le parti, con cui è stato rigettato il ricorso avverso l'atto di aggiudicazione definitiva di un appalto di servizi intellettuali disposto dal Comune di Schio.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Schio e di Consorzio Concessioni Reti Gas S. C. A R. L.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 novembre 2017 il Cons. Giovanni Grasso e uditi per le parti gli avvocati Mariani, Merlini e Capotorto, su delega di Carfagna;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Con atto di appello, notificato nei tempi e nelle forme di rito, lo Studio Fracasso s.r.l., come in atti rappresentata e difesa:

a) premetteva che l'intimato Comune di Schio, nella qualità di centrale unica di committenza "Schio Val Leogra", con bando inviato alla G.U.R.I. il 29.2.2016 (e, come tale, soggetto *ratione temporis* alla disciplina del D.lgs. n. 163/2006 e del D.P.R.

207/2010) aveva indetto una procedura di gara per l'appalto del “*servizio di supporto tecnico-amministrativo agli uffici della stazione appaltante nella procedura di affidamento in concessione del servizio di distribuzione del gas naturale nell'ATEM Vicenza 3*”;

b) evidenziava che, all'esito della valutazione delle offerte formulate, la gara era stata aggiudicata alla Consorzio Concessioni Reti Gas;

c) esponeva che, con ricorso formalizzato dinanzi al TAR Vento, aveva contestato l'ammissione (e la conseguenziale aggiudicazione) della controinteressata, sulla base del duplice e concorrente assunto censorio: 1) della ritenuta indeterminatezza e genericità del contratto di avvalimento con il quale il Consorzio aveva inteso acquisire da ditte ausiliarie i prescritti requisiti di esperienza e fatturato; 2) della ventilata incompletezza (peraltro, successivamente superata dalla rinuncia al corrispondente motivo) delle dichiarazioni relative ai requisiti morali;

d) lamentava che i primi giudici avessero, con l'epigrafata sentenza, inopinatamente respinto il gravame, sulla ritenuta idoneità dei valorizzati contratti di avvalimento (c.d. di garanzia), in quanto “sufficientemente determinati” e completi;

e) impugnava la ridetta statuizione, prospettando, con unico, articolato mezzo, *errores in procedendo vel in iudicando*, sotto la denunziata specie della violazione e falsa applicazione dell'art. 49 del D.lgs. 163/2006, dell'art. 88 del D.P.R. 107/2010,

della *lex specialis* di procedura, in una ad eccesso di potere per travisamento dei fatti e perplessità;

f) invocava, altresì, pedissequa riforma della statuizione relativa alla imputazione delle spese della fase cautelare e – per l'eventualità di accertata impossibilità di tutela specifica – condanna al risarcimento del danno per equivalente, nella forfettizzata misura del 10% del prezzo dell'appalto, ovvero in quella ritenuta di giustizia.

2.- Si costituivano in giudizio, per resistere al gravame, il Consorzio Concessioni Reti Gas s. c. a r. l. e il Comune di Schio, che eccepivano l'inammissibilità dell'appello e ne argomentavano, comechessia, la complessiva infondatezza nel merito.

3.- Nel rituale contraddittorio delle parti, alla pubblica udienza del 23 novembre 2017, sulle reiterate conclusioni dei difensori delle parti costituite, la causa veniva riservata per la decisione.

DIRITTO

1.- L'appello è fondato e merita di essere accolto.

In via preliminare, va, peraltro, esaminata, per essere disattesa, l'eccezione di inammissibilità e/o improcedibilità (*recte*, in realtà, irricevibilità per tardività) formulata dalla controinteressata, sull'assunto della ritenuta applicabilità al caso di specie del rito speciale c.d. "superaccelerato" di cui all'art. 120, commi 2 *bis* e 6 *bis* del c.p.a., introdotti dal d. lgs. n. 50/2016.

Deve, invero, escludersi l'applicabilità del rito in questione (e dei relativi termini processuali), sia in considerazione del fatto

che la gara per cui è causa è assoggettata *ratione temporis* al d.lgs. 163/2006 (cfr. Cons. Stato, sez. III, 27 ottobre 2016, n. 4528), sia in relazione alla concorrente circostanza che oggetto di gravame è non soltanto l'ammissione della controinteressata, ma anche il provvedimento di aggiudicazione (laddove, per condivisibile intendimento, il rito *de quo* va applicato solo nei casi in cui risulti una netta distinzione tra fase di ammissione/esclusione e fase di aggiudicazione: in termini, nella giurisprudenza di prime cure, TAR Bari, sez. III, 14 aprile 2017, n. 394).

In concreto, risultando la sentenza notificata al difensore di primo grado in data

2.3.2017 e l'appello notificato in data 31.3.2017, lo stesso deve ritenersi tempestivo.

2.- La materia del contendere concerne il contenuto dei contratti di avvalimento aventi ad oggetto il possesso di requisiti di esperienza (inerenti la capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria), avuto segnatamente riguardo alla necessità della espressa e specifica indicazione delle risorse necessarie alla esecuzione dell'appalto oggetto di aggiudicazione.

3.- In proposito vale rammentare, in termini generali, che la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha elaborato e maturato, avuto riguardo alle caratteristiche ed alle modalità dell'ausilio, una distinzione tipologica tra:

b) avvalimento c.d. di garanzia, che ricorre nel caso in cui l'ausiliaria metta a disposizione dell'ausiliata la propria solidità

economica e finanziaria, rassicurando la stazione appaltante sulle sue capacità di far fronte agli impegni economici conseguenti al contratto d'appalto, anche in caso di inadempimento (Cons. Stato, III, 7 luglio 2015 n. 3390; 17 giugno 2014 n. 3057): tale è l'avvalimento che abbia ad oggetto i *requisiti di carattere economico – finanziario* e, in particolare, il fatturato globale o specifico;

b) avvalimento c.d. tecnico od operativo, che ricorre, per contro, nel caso in cui l'ausiliaria si impegni a mettere a disposizione dell'ausiliata le proprie risorse tecnico – organizzative indispensabili per l'esecuzione del contratto di appalto: tale è l'avvalimento che abbia ad oggetto i *requisiti di capacità tecnico – professionale* tra i quali, ad esempio, la dotazione di personale.

4.- La rilevanza della distinzione va rinvenuta in ciò, che nel primo caso (in cui l'impresa ausiliaria si limita a “mettere a disposizione” il suo valore aggiunto in termini di solidità finanziaria e di acclarata esperienza di settore), non è, in via di principio, necessario che la dichiarazione negoziale costitutiva dell'impegno contrattuale si riferisca a specifici beni patrimoniali o ad indici materiali atti ad esprimere una certa e determinata consistenza patrimoniale e, dunque, alla messa a disposizione di beni da descrivere ed individuare con precisione, ma è sufficiente che dalla ridetta dichiarazione emerga l'impegno contrattuale a prestare ed a mettere a disposizione dell'ausiliata la complessiva solidità finanziaria ed il patrimonio esperienziale, così garantendo una determinata affidabilità e un concreto supplemento di responsabilità

(cfr., *ex permultis*, Cons. Stato, sez. V, 30 ottobre 2017, n. 4973; Id., sez. III, 11 luglio 2017, n. 3422; Id., sez. V, 15 marzo 2016, n. 1032).

In proposito, importa precisare che Cons. Stato, ad. plen., 4 novembre 2016, n. 23, ha formulato il principio di diritto secondo cui l'art. 49 del d.lgs. n. 163/2006 e l'art. 88 del d.P.R. n. 207/2010, in relazione all'art. 47, paragr. 2 della direttiva n. 2004/18/CE, vanno interpretati nel senso che essi ostano a un'interpretazione tale da configurare la nullità del contratto di avvalimento nei casi in cui una parte dell'oggetto del contratto stesso, pur non essendo puntualmente determinata, sia, tuttavia, agevolmente determinabile dal tenore complessivo del documento, e ciò anche in applicazione degli artt. 1346, 1363 e 1367 c.c.

In dette ipotesi, neppure sussistono i presupposti per fare applicazione della teorica del “requisito della forma/contenuto” (relativa alle fattispecie in cui la forma non rappresenta soltanto il mezzo di manifestazione della volontà contrattuale, ma reca anche l'incorporazione di un contenuto minimo di informazioni, che, attraverso il contratto, devono essere fornite): ciò, perché non viene in rilievo l'esigenza, tipica dell'enucleazione di tale figura, di assicurare una particolare tutela al contraente debole tramite l'individuazione di una specifica forma di cd. nullità di protezione.

La Plenaria ha aggiunto, ancora, che nessuna variazione al principio di diritto sopra enunciato può desumersi dalle sopravvenute disposizioni di cui al d.lgs. 19 aprile 2016, n. 50

(di attuazione delle direttive nn. 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE).

Pertanto, ai fini della determinazione del contenuto necessario per il contratto di avvalimento, allorché si tratti di “mettere a disposizione” (come, appunto, nell’avvalimento di garanzia) requisiti generali (di carattere economico, finanziario, tecnico-organizzativo, ad es. il fatturato globale o la certificazione di qualità), non sussiste l’esigenza di una indicazione puntuale e specifica, non trattandosi di beni in senso tecnico-giuridico (*id est* di “cose che possono formare oggetto di diritti” *ex* art. 821 c.c.), per i quali sussiste la necessità di sufficiente determinazione (cfr., da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 22 novembre 2017, n. 5429, che pure – ad evitare il rischio, particolarmente rilevante in tale sottogenere di avvalimento, che il prestito dei requisiti rimanga soltanto su un piano astratto e cartolare e l’impresa ausiliaria si trasformi in una semplice cartiera produttiva di schemi contrattuali privi di sostanza – ha ritenuto che, anche in tal caso, dalla dichiarazione dell’ausiliaria debba emergere, con certezza ed in modo circostanziato, l’impegno contrattuale a prestare e mettere a disposizione dell’ausiliata la complessiva solidità finanziaria e il patrimonio esperienziale della prima, così garantendo una determinata affidabilità e un concreto supplemento di responsabilità).

5.- Per contro, nel caso di avvalimento c.d. tecnico od operativo (che ha ad oggetto requisiti diversi rispetto a quelli di capacità economico-finanziaria) sussiste sempre l’esigenza

di una messa a disposizione *in modo specifico* di risorse *determinate*: onde è imposto alle parti di indicare con precisione i mezzi aziendali messi a disposizione dell'ausiliata per eseguire l'appalto (cfr. Cons Stato, sez. V, 22 dicembre 2016, n. 5423).

6.- Ciò premesso, osserva il Collegio che nella vicenda in esame il disciplinare di gara richiedeva, al paragrafo sui requisiti di ammissione, in ordine alla capacità tecnico professionale:

a) al punto 1), l'aver prestato con buon esito, negli ultimi dieci anni dalla data di pubblicazione del bando, servizi analoghi nel settore della distribuzione del gas naturale relativi ad impianti aventi complessivamente un numero di PDR pari ad almeno il 40% del totale dei PDR dell'ATEM Vicenza 3 (la norma specificava, inoltre, cosa dovesse intendersi per servizi analoghi, indicando alla lett. c) quelli di vigilanza e controllo sull'esecuzione del contratto di servizio);

b) al punto 2), una comprovata esperienza nel campo della progettazione e direzione dei lavori di impianti di distribuzione del gas metano ad uso civile, per avere svolto, negli ultimi dieci anni dalla data di pubblicazione del bando, servizi di progettazione e/o direzione lavori e/o collaudo di impianti per una lunghezza totale almeno pari al 20% della lunghezza totale delle reti dell'ATEM Vicenza 3.

Quanto alla capacità economico-finanziaria, era richiesto che l'impresa avesse maturato, nell'ultimo biennio, un fatturato in servizi analoghi a quelli oggetto della gara pari ad € 200.000,00 complessivi (anche qui la norma specificava cosa intendere

con la nozione di servizi analoghi, indicando alla lett. c) la vigilanza ed il controllo sull'esecuzione del contratto di servizio).

Il Consorzio appellato ha stipulato con il Consorzio Italiano Monitoraggio S.c. a r.l. un contratto di avvalimento avente ad oggetto il requisito di capacità tecnico-professionale previsto dalla citata lett. c) del punto 1) ed il requisito di capacità economico-finanziaria di cui alla suesposta lett. c); ha, poi, stipulato un secondo contratto di avvalimento con l'ing. Rosario Lo Cascio concernente il requisito di capacità tecnico-professionale previsto dal punto 2).

7.- Ritiene la Sezione – diversamente da quanto ha orientato l'apprezzamento dei primi giudici – che i ridetti avvalimenti fossero solo in parte di mera garanzia, ma in altra (e decisiva) parte di carattere operativo: ciò deve dirsi, in particolare, per la messa a disposizione dell'*esperienza professionale*, nella specie, per giunta, correlata a *servizi di natura intellettuale*, come tali *ad esecuzione necessariamente personale*, quali la progettazione o la direzione dei lavori, la vigilanza e controllo sull'esecuzione del contratto di servizio (cfr., oggi, la rigorosa previsione dell'art. 89, 1° comma d. lgs. n. 50/2016, non applicabile *ratione temporis*, ma espressiva di un principio interpretativo generale già immanente nel sistema, alla luce della illustrata distinzione tipologica).

In relazione a questi ultimi era allora necessario, giusta le esposte premesse, che nel contratto fossero *puntualmente* indicati (e messi quindi, come

tali, *effettivamente e concretamente* a disposizione dell'impresa ausiliata) i mezzi, gli strumenti e le competenze adeguati. E ciò anche al fine di consentire alla stazione appaltante la puntuale ed obiettiva verifica della effettività ed utilità dell'impegno promesso.

In realtà, nei contratti di avvalimento per cui è causa risulta omessa l'indicazione del professionista che aveva maturato l'esperienza nei settori in questione (vigilanza e controllo sull'esecuzione del contratto di servizio; progettazione e direzione dei lavori) e che avrebbe fatto parte del gruppo di professionisti incaricati di svolgere le attività concretamente oggetto di appalto.

Sotto il profilo (unico ed assorbente, stante la mancata riproposizione del ricorso incidentale escludente articolato in prime cure dall'appellata) in questione, per tal via, l'appello deve ritenersi fondato.

8.- Ne discende – con la riforma della impugnata statuizione – l'annullamento della disposta aggiudicazione.

Quanto alla pedissequa domanda risarcitoria, osserva il Collegio:

a) che – giusta la documentazione versata in atti – il contratto aggiudicato risulta stipulato in data 8 marzo 2017;

b) che la relativa durata – trattandosi di prestazioni professionali accessive alla indizione di procedura evidenziale per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale – è di durata indeterminata (di fatto stabilita *per*

relationem rispetto alle fasi della indicenda procedura, della cui intervenuta attivazione non vi è contezza in atti);

c) che – per l'effetto – nulla osta, previa declaratoria di inefficacia del contratto già stipulato – al subentro dell'appellante vittorioso (cfr. artt. 123 e 124 cod. proc. amm.), quale preferenziale ed assorbente tutela in forma specifica delle valorizzate ragioni di pregiudizio (al qual fine non è notoriamente necessario né possibile – a dispetto delle argomentazioni difensive formulate sul punto dalla difesa della stazione appaltante – formulare un giudizio di imputazione per colpa, trattandosi di regola operante in guisa obiettiva;

d) che – nondimeno – non sussistono le condizioni, allo stato degli atti, per valutare con certezza che l'appellante (avuto riguardo al possesso dei prescritti requisiti ed alla congruità dell'offerta formulata) avrebbe titolo a conseguire automaticamente l'aggiudicazione;

e) che – per tal via – la tutela accordata va limitata alla ridetta declaratoria di inefficacia del contratto stipulato, discendendone, a carico del Comune di Schio, l'obbligo, in prospettiva conformativa, di riattivare – nel termine di trenta giorni decorrenti dalla notifica della presenta statuizione – la procedura evidenziale per cui è causa, sottoponendo ad autonoma valutazione l'offerta formulata dall'appellante ed aggiudicandole, all'esito, il contratto, in assenza di ragioni ostative.

9.- Ricorrono, ad avviso del Collegio, giustificati motivi – in ragione del divergente apprezzamento della natura e tipologia

del contestato avvalimento – per disporre, tra le parti in causa, l'integrale compensazione di spese e competenze di lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, in riforma della impugnata statuizione:

- a)* annulla l'aggiudicazione disposta in favore del Consorzio Concessioni Reti Gas S. C. A R. L.;
- b)* dichiara l'inefficacia del contratto stipulato tra il ridetto Consorzio e il Comune di Schio in data 8 marzo 2017;
- c)* dispone che, nel termine di trenta giorni decorrenti dalla notifica della presente decisione, il Comune proceda alla riattivazione della procedura evidenziale per cui è causa, sottoponendo ad autonoma valutazione l'offerta formulata dall'appellante ed aggiudicandole, all'esito, il contratto, in assenza di ragioni ostative;
- d)* compensa integralmente, tra le parti in causa, spese e competenze di lite;
- e)* ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 novembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giovanni Grasso

IL PRESIDENTE
Carlo Saltelli