

N. 05423/2016REG.PROV.COLL.

N. 04494/2016 REG.RIC.



**REPUBBLICA ITALIANA**

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 4494 del 2016, proposto da:

Cinecittà Allestimenti Tematizzazioni s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale capogruppo mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con IBM Italia s.p.a. e HGV Advertising s.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Orazio Abbamonte, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Titomanlio, in Roma, via Porpora 12;

contro

Ministero per i beni e le attività culturali e del turismo, Soprintendenza speciale per Pompei Ercolano e Stabia, rispettivamente in persona del ministro e del soprintendente *pro tempore*, rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi 12;

nei confronti di

Consorzio Stabile Arte'M Net, in persona dell'amministratore unico e legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Valentino Vulpetti e Valentina Lipari, con domicilio eletto presso il primo, in Roma, via Sabotino 2/a;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA – NAPOLI, SEZIONE VI, n. 1044/2016, resa tra le parti, concernente una procedura di affidamento in appalto dei servizi di miglioramento delle modalità di visita ed il potenziamento dell'offerta culturale del sito archeologico di Pompei

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero per i beni e le attività culturali e del turismo e della Soprintendenza speciale per Pompei Ercolano e Stabia, e del Consorzio Stabile Arte'M Net;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 dicembre 2016 il consigliere Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Stefano Russo, in sostituzione di Orazio Abbamonte, Valentina Lipari e dello Stato Paola De Nuntis;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale della Campania – sede di Napoli, integrato da due successivi atti recanti motivi aggiunti, la Cinecittà Allestimenti Tematizzazioni s.r.l. impugnava gli atti della procedura di affidamento in appalto del servizio per il miglioramento delle modalità di visita ed il potenziamento dell'offerta culturale del sito archeologico di Pompei, indetta il 28 novembre 2014 dalla Soprintendenza speciale per Pompei Ercolano e Stabia e aggiudicata in via definitiva all'esito della selezione mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa al Consorzio stabile Arte'M Net (decreto n. 83 del 1° aprile 2015).

2. La ricorrente, partecipante in raggruppamento temporaneo di imprese con IBM Itaita s.p.a. e HGV Advertising s.r.l., classificatosi al terzo posto della graduatoria finale, deduceva sotto vari profili che le prime due classificate (oltre al Consorzio aggiudicatario il raggruppamento temporaneo con capogruppo la Space s.r.l.), avrebbero dovuto essere escluse dalla gara e che erano state sopravvalutate, e inoltre che la commissione era illegittimamente formata e non aveva esaminato le offerte tecniche presentate (in modalità informatica) dalle concorrenti in tutti i profili in cui esse si erano articolate.

3. Con la sentenza in epigrafe il Tribunale amministrativo in dichiarata applicazione dei principi sull'ordine di esame di impugnative incrociate nei confronti di procedure di affidamento di contratti pubblici espressi dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato con la sentenza del 25 febbraio 2014, n. 9, esaminava dapprima il ricorso incidentale "escludente" del Consorzio Arte'M Net, e ne accoglieva la censura relativa al contratto di avvalimento tra la ricorrente principale Cinecittà Allestimenti Tematizzazioni e l'ausiliaria Opera Laboratori Fiorentini s.p.a., avente ad oggetto il fatturato specifico richiesto dalla normativa di gara.

Il giudice di primo grado statuiva che nel contatto non erano indicati con sufficiente determinatezza le risorse messe a disposizione per il servizio da aggiudicare e che questa carenza sostanziale del requisito richiesto, derivante a sua volta dal «*invalidità del contratto di avvalimento*», non potesse essere sanata mediante il potere di soccorso istruttorio della stazione appaltante, pur nell'ampia latitudine con cui esso è stato riconosciuto in via legislativa (artt. 38, comma 2-*bis*, e 46, comma 1-*ter*, del Codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163).

4. Contro la decisione di primo grado la Cinecittà Allestimenti Tematizzazioni ha proposto appello, nel quale chiede innanzitutto che le contrapposte impugnazioni dedotte nel presente giudizio siano esaminate in base ai principi espressi dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nella sentenza 5 aprile 2016, C-689/13 (Puligenica); contesta inoltre la fondatezza del motivo accolto dal Tribunale amministrativo; e ripropone infine le censure del proprio ricorso da quest'ultimo non esaminate.

5. Nel costituirsi in resistenza all'appello, il Consorzio stabile Arte'M Net ha riproposto ex art. 101, comma 2, Cod. proc. amm. i motivi del proprio ricorso incidentale assorbiti dal Tribunale amministrativo.

6. Si sono costituiti in resistenza anche il Ministero per i beni e le attività culturali e del turismo e della Soprintendenza speciale per Pompei Ercolano e Stabia.

## DIRITTO

1. Il motivo d'appello con cui la Cinecittà Allestimenti Tematizzazioni censura l'accoglimento del ricorso incidentale "escludente" dell'aggiudicatario Consorzio stabile Arte'M Net da parte del Tribunale amministrativo – da esaminare necessariamente prima di quello sull'ordine di scrutinio delle contrapposte impugnazioni, nell'ottica di una riforma della pronuncia di primo grado - è fondato.

2. Sono innanzitutto condivisibili i rilievi dell'appellante secondo cui il requisito in contestazione attiene alla capacità economico-finanziaria del concorrente, benché si tratti del fatturato specifico (conseguito in servizi di «*Allestimenti intesi come presentazione e interpretazione di beni culturali in musei e/o in aree archeologiche e/o in complessi storici e monumentali*»: così il disciplinare di gara), lo stesso non richiedeva una compiuta indicazione nel contratto di avvalimento degli elementi organizzativi dell'azienda dell'ausiliaria Opera Laboratori Fiorentini concretamente messi a disposizione per l'esecuzione dell'appalto.

Sul punto deve essere condiviso l'orientamento giurisprudenziale di questo Consiglio di Stato che in relazione al c.d. avvalimento di garanzia, quale è quello avente ad oggetto il fatturato, non implica necessariamente il coinvolgimento di

aspetti specifici dell'organizzazione della impresa, dacché la possibilità che essi non siano specificati in contratto e nella dichiarazione resa alla stazione appaltante, se non rispondenti ad un concreto interesse della stazione appaltante, quale desumibile dall'indicazione del requisito stesso (in questo senso: Cons. Stato, III, 17 novembre 2015, n. 5703, 4 novembre 2015, nn. 5038 e 5041, 2 marzo 2015, n. 1020, 6 febbraio 2014, n. 584; IV, 29 febbraio 2016, n. 812, che ha specificato che il requisito prestato serve essenzialmente non già ad arricchire un'impresa ausiliata che già possiede gli altri requisiti di partecipazione, ma solo a fornire risorse di carattere economico e finanziario, senza effettivo coinvolgimento di mezzi, attrezzature o personale; V, 15 marzo 2016, n. 1032, 22 ottobre 2015, n. 4860).

3. In ordine a questo decisivo profilo occorre innanzitutto richiamare gli artt. 41 e 42 del Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 163 del 2006.

In particolare, la prima delle citate disposizioni, relativa alla «*Capacità economica e finanziaria dei fornitori e dei prestatori di servizi*» (così la rubrica) include tra essi non solo «*il fatturato globale d'impresa*», ma anche quello «*relativo ai servizi o forniture nel settore oggetto della gara*» (comma 1, lett. c). Altri sono invece i requisiti di capacità «*tecnica e professionale*» previsti dal successivo art. 42.

Ebbene, in relazione a questa diversificazione l'orientamento di questo Consiglio di Stato sopra richiamato, cui si aderisce, afferma che allorché un'impresa intenda avvalersi dei requisiti finanziari di un'altra, «*la prestazione è costituita non già dalla messa a disposizione da parte dell'impresa ausiliaria di strutture organizzative e mezzi 'materiali', ma dal suo impegno a "garantire" con le proprie complessive risorse economiche - il cui indice è costituito dal fatturato - l'impresa 'ausiliata'*», e cioè «*il suo valore aggiunto in termini di "solidità finanziaria" e di acclarata "esperienza di settore"*», dei quali il fatturato costituisce indice significativo (Cons. Stato, III, 4 novembre 2015, nn. 5038 e 5041, 2 ottobre 2015, n. 4617, 6 febbraio 2014, n. 584).

4. In relazione alla carente allegazione ora accennata va inoltre sottolineato che di recente l'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato (sentenza 4 novembre 2016, n. 23) ha statuito che l'indagine in ordine agli elementi essenziali del contratto di avvalimento «*deve essere svolta sulla base delle generali regole sull'ermeneutica contrattuale*» ed in particolare deve essere svolta secondo i canoni enunciati dal codice civile di interpretazione complessiva e secondo buona fede delle clausole contrattuali (artt. 1363 e 1367).

Al principio espresso dall'Organo di nomofilachia questo Collegio soggiunge che analoga prospettiva interpretativa deve essere osservata per quanto riguarda le clausole del bando e del disciplinare di gara riguardanti i requisiti speciali di partecipazione suscettibili di avvalimento, tenendo conto dell'ampio ambito di applicazione dell'istituto dell'avvalimento, in modo da approcciarsi alla questione della determinabilità del contratto ex art. 49 d.lgs. n. 163 del 2006 evitando di incorrere in aprioristici schematismi concettuali che possano irrigidire in modo irragionevole la disciplina sostanziale della gara (in questo specifico senso: Cons. Stato, V, 22 ottobre 2015, n. 4860).

5. Quindi, in ordine a questo decisivo profilo sarebbe stato onere del ricorrente incidentale Consorzio Arte'M Net di enucleare dalla normativa di gara specifiche indicazioni sulla base delle quali ritenere che il requisito in questione, malgrado il suo ancoraggio al fatturato, avesse in realtà una connotazione squisitamente tecnico-operativa, correlata ad una ben individuata organizzazione produttiva da mettere a disposizione per l'esecuzione del servizio.

Ciò non è tuttavia avvenuto. Il controinteressato si è infatti limitato ad affermare in modo apodittico che il fatturato specifico ha natura di requisito di capacità tecnico-professionale e pertanto richiede la compiuta indicazione delle risorse aziendali dell'ausiliaria messe a disposizione all'impresa concorrente ed a richiamare le non vincolanti qualificazioni contenute nella dichiarazione resa alla stazione appaltante ai sensi dell'art. 49, comma 2, lett. d), d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e nel contratto di avvalimento tra l'odierna appellante e l'Opera Laboratori Fiorentini, in cui in effetti si opera un improprio riferimento ai requisiti di capacità tecnica, mentre ciò che viene messo a disposizione della concorrente odierna appellante è il fatturato specifico richiesto dal disciplinare di gara.

Il Consorzio aggiudicatario non ha quindi assolto all'onere su di esso gravante ex art. 2697, comma 1, Cod. civ. di connotare il requisito in contestazione di caratteristiche prettamente tecniche ed operative, e dunque di dimostrare che esso comportasse la necessità di indicare uno specifico sostrato di mezzi aziendali da mettere a disposizione per l'esecuzione dell'appalto, così da ritenere insufficiente l'indicazione del fatturato specifico, invece contenuta nel contratto tra l'odierna appellante e la propria ausiliaria, ed i servizi da cui esso è stato ricavato.

6. Riformata dunque la statuizione su cui si fonda la pronuncia di primo grado, in accoglimento *in parte qua* dell'appello, occorre a questo punto procedere all'esame delle ulteriori censure dedotte da Cinecittà Allestimenti Tematizzazioni, da un lato, e dal Consorzio Arte'M Net dall'altro (ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm.), ed in particolare stabilire quale ordine seguire.

A questo riguardo, per ragioni di economia processuale si ritiene di potere esaminare i motivi di ricorso principale riproposti con il presente appello, i quali sono infondati, per la parte in cui censurano la mancata esclusione del concorrente secondo classificato nella procedura di gara in contestazione e cioè il raggruppamento con capogruppo la

Space s.p.a., così da privare la Cinecittà Allestimenti Tematizzazioni dell'interesse a vedersi scrutinate le censure invece rivolte nei confronti del Consorzio Arte'M Net ed inoltre quelle relative allo svolgimento della gara.

Infatti, una volta accertata la legittimità dell'ammissione alla gara della Space, viene meno per l'odierna appellante la possibilità di aspirare al risarcimento del danno da mancato utile, che invece la stessa ha domandato nel presente appello, attesa l'avvenuta stipula e successiva esecuzione del contratto posto a gara da parte del consorzio aggiudicatario.

7. Tutto ciò precisato, la Cinecittà Allestimenti Tematizzazioni sostiene innanzitutto che il raggruppamento secondo classificato avrebbe dovuto essere escluso perché la sua offerta non reca la separata indicazione degli oneri interni per la sicurezza e dunque in applicazione dei principi espressi dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato nella sentenza del 20 marzo 2015, n. 3 (poi ribaditi dallo stesso consesso con sentenza 2 novembre 2015, n. 9).

8. La censura non può essere accolta alla luce del parziale mutamento di indirizzo dell'Organo di nomofilachia avvenuto con sentenza del 27 luglio 2016, n. 19 (alla quale questa Sezione si è conformata con le sentenze 17 novembre 2016, n. 4755, 7 novembre 2016, n. 4646 e 11 ottobre 2016, n. 4182). Secondo quest'ultima pronuncia, infatti, in assenza di specifica richiesta contenuta nella normativa di gara, il solo mancato rispetto sul piano sostanziale dei costi minimi di sicurezza può essere legittima causa di esclusione da procedure di affidamento bandite anteriormente all'entrata in vigore del c.d. nuovo Codice dei contratti pubblici (decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50).

Ebbene, nel caso di specie nemmeno viene dedotta l'esistenza di una clausola di *lex specialis* contenente quest'obbligo o che l'offerta della Space non assicurasse il rispetto degli oneri per la sicurezza interni richiesti per lo svolgimento del servizio in contestazione. Inoltre, diversamente da quanto sostenuto dall'appellante in memoria conclusionale, l'ultima pronuncia dell'Adunanza plenaria sull'argomento ha portata generale e non può essere dunque circoscritta ai soli appalti pubblici di lavori.

9. Infondata è poi la censura secondo cui la Space avrebbe dovuto essere esclusa per mancata dichiarazione ex art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 163 del 2006 del proprio "direttore tecnico" ing. Salvatore Lusso.

In realtà questa figura è prevista nei soli appalti pubblici di lavori e la legislazione in materia affida ad esso il ruolo di interlocutore nei confronti del direttore dei lavori nominato dalla committenza pubblica nella fase esecutiva del contratto, e dunque nell'ambito della funzione di controllo tecnico ed amministrativo spettante a quest'ultimo, così da richiederne la verifica dell'affidabilità morale già in sede di procedura di affidamento del contratto medesimo. Altrettanto non è previsto invece nel settore dei servizi, per i quali può parlarsi di responsabili tecnici – quale è appunto il citato ing. Lusso, come correttamente controdedotto dal Consorzio Arte'M Net – e nei cui confronti non è consentito estendere analogicamente gli obblighi dichiarativi previsti dal citato art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006 e le conseguenti sanzioni espulsive in caso di relativa violazione.

10. La Cinecittà Allestimenti Tematizzazioni sostiene inoltre che l'offerta tecnica del raggruppamento con capogruppo la Space sarebbe stata sopravvalutata rispetto alla propria.

Senonché questa censura è generica e comunque esorbitante dai limiti del sindacato di legittimità devoluto a questo giudice.

L'appellante si diffonde nel censurare il punteggio attribuito al consorzio aggiudicatario, mentre riserva al secondo graduato la seguente deduzione: «*Il RTI Space anch'esso, con un progetto assolutamente privo di specifica proposta sul punto (relativamente agli allestimenti multimediali nelle aree del sito archeologico; n.d.e.) viene addirittura valutato con il massimo punteggio relativo al predetto sottocriterio*» (pag. 14 dell'appello). A fronte di ciò la Cinecittà Allestimenti Tematizzazioni contrappone il pregio della propria offerta, corroborata dalla perizia di parte depositata nel giudizio di primo grado, e quindi sollecitando in modo inammissibile un sindacato di tipo sostitutivo rispetto alle valutazioni tecnico-discrezionali riservate alla commissione giudicatrice, senza peraltro alcuna specificazione circa le asserite carenze dell'altrui progetto.

11. Ad analoghe conclusioni deve giungersi per quanto riguarda l'ulteriore vizio dell'offerta della Space, consistente nella mancata indicazione del nominativo del subappaltatore da essa previsto per i lavori specialistici previsti dal contratto posto a gara.

12. In ragione di tutto quanto sinora rilevato la collocazione in graduatoria del raggruppamento con capogruppo la Space risulta immune dalle censure di legittimità formulate e tale da precludere definitivamente l'aspirazione dell'odierna appellante ad aggiudicarsi la gara.

L'esame dei motivi concernenti invece l'operato della commissione giudicatrice o la posizione di conflitto di interessi di alcuni dei suoi componenti non potrebbe in ogni caso giovare alla stessa nell'ottenere l'equivalente monetario

consistente nel mancato utile ritraibile dal contratto, perché l'accoglimento degli stessi comporta la rinnovazione parziale della gara e non anche l'accertamento del diritto all'aggiudicazione di quest'ultima.

Per contro, la domanda di risarcimento del danno da mancata aggiudicazione di una gara d'appalto richiede la prova che una volta annullata l'aggiudicazione la ricorrente si sarebbe classificata al primo posto della graduatoria ed avrebbe quindi ottenuto l'aggiudicazione (cfr. in particolare Cons. Stato, IV, 23 maggio 2016, n. 2111, la quale ha anche precisato che si deve tenere conto dell'esito del ricalcolo delle offerte e dell'accertamento di possibili carenze dei requisiti soggettivi). Prova che nel caso di specie è contraria alle pretese della Cinecittà Allestimenti Tematizzazioni, in relazione alla posizione della Space, come sopra accertato.

13. In conclusione, l'appello deve essere accolto nella sola parte relativa all'accoglimento del ricorso incidentale di primo grado, mentre deve essere respinto per il resto. In conseguenza di ciò la riforma della pronuncia del Tribunale amministrativo è solo parziale e relativa al ricorso incidentale del Consorzio Arte'M Net, che deve essere respinto in parte e dichiarato improcedibile nel resto, stante l'infondatezza del ricorso principale della Cinecittà Allestimenti Tematizzazioni.

Le spese di causa possono nondimeno essere compensate per la complessità delle questioni controverse.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte e per il resto lo respinge e per l'effetto, in riforma parziale della sentenza di primo grado, respinge il ricorso principale della Cinecittà Allestimenti Tematizzazioni s.r.l.; respinge in parte e per il resto dichiara improcedibile il ricorso incidentale del Consorzio stabile Arte'M Net.

Compensa le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 dicembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

Raffaele Prosperi, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

L'ESTENSORE  
Fabio Franconiero

IL PRESIDENTE  
Giuseppe Severini