

N. 00584/06 febbraio 2014 REG.PROV.COLL.

N. 03558/2013 REG.RIC.

N. 07050/2013 REG.RIC.

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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sui ricorsi riuniti

A) – n. 3558/2013 RG, proposto dalla Ditta Miccolis Stefano, con sede in Taranto, in proprio e n.q. di capogruppo mandataria della costituenda ATI con la Ditta Padovano Vittorio, rappresentata e difesa dall'avv. Saverio Sticchi Damiani, con domicilio eletto in Roma, via Bocca di Leone n. 78,

contro

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

nei confronti di

Consorzio TRADA, con sede in Corato (BA), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e n.q. di capogruppo mandatario dell'ATI con la Donato Trasporti s.r.l., la Capogna Autoservizi s.r.l. e la Autonoleggi di Giulio s.r.l., contro interessato ed appellante incidentale, rappresentato e difeso dagli avvocati Sante e Giovanni Vittorio

Nardelli, con domicilio eletto in Roma, via Cosseria n. 2, presso lo studio dell'avv. Placidi e

n. 7050/2013 RG, proposto dalla Ditta Miccolis Stefano, come sopra rappresentato, difesa ed elettivamente domiciliata,

contro

l'ASL di Taranto, rappresentata e difesa dall'avv. Francesco Caricato, con domicilio eletto in Roma, via Silla n. 91 e

nei confronti di

ATI Consorzio TRADA, come sopra rappresentata, difesa ed elettivamente domiciliata,

per la riforma

A) –*quanto al ricorso n. 3558/2013 RG*, della sentenza breve del TAR Puglia – Lecce, sez. II, n. 927 del 2013, resa tra le parti e concernente l'aggiudicazione del servizio triennale per il trasporto assistito di utenti in trattamento dialitico non allettati dell'ASL di Taranto, disposta con determinazione dirigenziale del 24 agosto 2012 (ris. danni); B) – e, *quanto al ricorso n. 7050/2013 RG*, della sentenza breve del TAR Puglia – Lecce, sez. II, n. 1593/2013, resa tra le parti e relativa al giudizio sull'anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria del predetto servizio (ris. danni);

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti intimare;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore all'udienza pubblica del 19 dicembre 2013 il Cons. Silvestro Maria Russo e uditi altresì, per le parti, gli avvocati Sticchi Damiani, Caricato (anche su delega dell'avv. Corrente) e G. V. Nardelli;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. – Con bando del 28 febbraio 2011, l'ASL di Taranto ha indetto una procedura aperta, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per il servizio triennale di trasporto assistito degli utenti in trattamento dialitico, non allettati, nell'ambito del territorio di competenza aziendale.

Alla procedura ha partecipato, tra le altre imprese, pure la Ditta Miccolis Stefano, con sede in Taranto, nella qualità di capogruppo mandataria della costituenda ATI con la ditta Padovano Vittorio, proponendo offerta. In esito alla relativa gara, il servizio *de quo* è stato aggiudicato, in forza della determinazione dirigenziale n. 729 del 24 agosto 2012, all'ATI di cui è capogruppo il Consorzio stabile trasporti diversamente abili – Consorzio TRADA, con sede in Corato (BA), che ha ottenuto il punteggio complessivo di 94,70/100. Viceversa, la costituenda ATI Miccolis si è classificata al secondo posto della graduatoria di merito, con punti 83,99/100.

(omissis)

Alla pubblica udienza del 19 dicembre 2013, su conforme richiesta delle parti, i due ricorsi in epigrafe sono congiuntamente assunti in decisione dal Collegio.

(omissis)

6. – Iniziando la disamina del ricorso n. 3558/2013 RG in epigrafe dall'impugnazione incidentale proposta dal Consorzio TRADA, quest'ultimo non convince e va respinto.

In particolare, l'appellante incidentale precisa anzitutto che l'ATI Miccolis, essendo privo del requisito del fatturato minimo indicato nel § 5, lett. C.10) del disciplinare di gara, ha stipulato sul punto un contratto d'avvalimento, il 29 marzo 2011, con la MEDITRAL soc. cons. r.l. Deduce quindi l'appellante incidentale che quest'ultimo viola l'art. 49, c. 2, lett. f) del Dlg 12 aprile 2006 n. 163 ed è nullo ed *inutiliter datum*, per la genericità del relativo contenuto circa l'indicazione delle necessarie risorse messe a disposizione dell'impresa ausiliata, non chiarite dalla dichiarazioni di entrambi i contraenti.

Ebbene, non sfugge certo al Collegio come non possa ritenersi valido ed efficace un contratto di avvalimento che non rechi un serio impegno dell'ausiliaria di mettere a

disposizione dell'ausiliata le proprie risorse per tutta la durata dell'appalto. Infatti, a tal scopo non possono bastare dichiarazioni meramente formali o parafrastiche della legge, perché esse devono contenere la volontà seria di tal impresa ausiliaria di fornire effettivamente all'ausiliata, per tutta la durata dell'appalto, i mezzi di cui essa è carente, specificandone l'oggetto e le modalità di fornitura (cfr., da ultimo, Cons. St., III, 3 settembre 2013 n. 4386; id., V, 12 novembre 2013 n. 5384).

Si tratta, per vero, di un'esigenza, sì voluta dal citato art. 49, c. 2, ma immanente nel sistema dei contratti (specie di quelli a struttura non predefinita) già prima dell'entrata in vigore dell'art. 88 del DPR 5 ottobre 2010 n. 207. Essa, però, ha uno specifico senso solo quando l'avvalimento riguardi risorse materiali (di prodotto, di processo o di progetto) o anche immateriali (p. es., brevetti, *know how*, ecc.) che impingono direttamente sull'organizzazione e l'operatività dell'impresa ausiliare. In tal caso, essa deve dedurre in contratto proprio la messa a disposizione del proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità (a seconda dei casi: mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti: cfr. Cons. St., VI, 13 giugno 2013 n. 3310). Quando, però, il requisito immateriale fornito riguarda, come nella specie, il solo dato finanziario, allora la rigorosa predeterminazione di tali mezzi e risorse, al di là d'ogni puntigliosa solennità (non richiesta né dall'art. 47, § 3 della dir. n. 2004/18/CE, né dall'art. 49, c. 2 del Dlg 163/2006), non s'elide, ma va intesa secondo le ordinarie regole sulla determinatezza o determinabilità dell'oggetto del contratto, ai sensi dell'art. 1346 c.c. In questi casi, la serietà della fornitura del requisito e delle relative risorse non va commisurata a tutta l'organizzazione aziendale dell'ausiliare, né alla necessaria e puntigliosa definizione *a priori* di ogni singola risorsa economica che s'intenda render disponibile all'impresa ausiliata e delle relative modalità. Occorre aver riguardo piuttosto a come il requisito ausiliato si ponga e che peso abbia, nel sistema delineato dalla *lex specialis*, rispetto all'oggetto dell'appalto. Proprio per questo, il requisito solo finanziario non impone altro obbligo negoziale che l'impegno dell'impresa ausiliaria di rispondere, nei

limiti che il requisito stesso ha nel contesto della gara, con le proprie e complessive risorse economiche quando, in sede esecutiva, la necessità sottesa al requisito si renda attuale. Ciò non implica per forza il coinvolgimento di aspetti specifici dell'organizzazione di detta impresa —dove la non necessità di dedurli in contratto—, se questi non rispondano al concreto interesse della stazione appaltante, desumibile dall'indicazione del requisito stesso.

È proprio ciò che s'è disposto con il contratto *de quo* tra l'ATI Miccolis e l'impresa ausiliaria, in forza del quale quest'ultima l'autorizza ad usare il requisito del fatturato specifico, così messo a sua disposizione, impregnandosi altresì «... *a mettere a disposizione... le risorse necessarie per l'esecuzione dell'appalto e, in particolare, ogni bene ricompreso nell'Azienda della MEDITRAL... o, comunque, ogni bene e risorsa, di qualunque genere e tipo, nella disponibilità di quest'ultima per tutta la durata dell'appalto...».*

La pretesa “genericità” dell'avvalimento è dunque mera petizione di principio, che l'appellante incidentale non si avvede, né seriamente dimostra il contrario, che il requisito prestato serve essenzialmente ad accedere alla gara, non già ad arricchire un'impresa ausiliata che, nella specie, già possiede gli altri requisiti di partecipazione. Né s'avvede che le uniche risorse da mettere a disposizione sono quelle economiche, senza coinvolgimento di mezzi o personale, per cui sfugge che cos'altro di più o di meglio l'ausiliaria avrebbe dovuto dare all'ATI Miccolis, non occorrendo per forza una garanzia d'un certo tipo, piuttosto che d'un altro. Di questo il TAR ha dato contezza, con decisione che il Collegio condivide, laddove rammenta che il requisito prestato attiene, ai sensi dell'art. 41 del Dlg 163/2006, a quelli di carattere economico – finanziario, tale, quindi, da non implicare *necessariamente* anche aspetti organizzativi. Né dunque convince l'argomento dell'appellante incidentale, per cui il ripetuto art. 49 non fa alcuna distinzione tra i diversi tipi di requisiti disponibili per avvalimento, che tal differenza sta, come per qualunque contratto, non solo nelle norme regolatrici del negozio accessorio all'appalto, ma sulla qualità degli interessi delle parti, tra loro e verso la stazione appaltante.

(omissis)

10. – In definitiva, i due appelli, qui riuniti, vanno rigettati, ma la complessità della questione e giusti motivi suggeriscono la compensazione integrale delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sez. III) definitivamente pronunciando sui ricorsi n. 3558/2013 RG e n. 7050/2013 RG in epigrafe, li respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, nelle Camere di consiglio del 19 dicembre 2013 e del 22 gennaio 2014, con l'intervento dei sigg. Magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Vittorio Stelo, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere, Estensore