

Ancora in tema di effettività dell'avvalimento

di Ilaria Gobbato

Data di pubblicazione: 13-12-2013

Tar Lazio, Roma, Sez. III bis, 12 novembre 2013, n. 9670

Presidente Calveri; Estensore Chinè

In tema di appalti pubblici, non può essere escluso da una gara un raggruppamento che ha dichiarato di avvalersi dei requisiti di capacità economico-finanziaria di una società facente parte dello stesso gruppo. Per di più, dalle chiare previsioni dell'art. 49, comma 2, lett. g), d.lgs. n. 163/2006 emerge che il raggruppamento in questione avrebbe anche potuto omettere di produrre il contratto di avvalimento e limitarsi a presentare una dichiarazione sostitutiva di atto notorio attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo.

In tema di appalti pubblici, in caso di avvalimento tra società dello stesso gruppo, la dichiarazione sostitutiva richiamata dall'art. 49, comma 2, lett. g), d.lgs. n. 163/2006 non deve necessariamente provenire dalla società concorrente alla gara. Infatti, da un lato, la predetta disposizione si limita a prevedere che l'impresa ausiliata "può presentare" la dichiarazione sostitutiva, non certo che la debba sottoscrivere; dall'altro, la dichiarazione sostitutiva, proprio perché alternativa al contratto di avvalimento, può certamente provenire anche dall'impresa ausiliaria, essendo in tal caso le garanzie per la stazione appaltante maggiori.

Tar Lazio, Roma, Sez. III quater, 29 novembre 2013, n. 10231

Presidente Riggio – Estensore Sapone

In tema di appalti pubblici, è necessaria una puntuale individuazione dell'oggetto del contratto di avvalimento (sia che riguardi il requisito economico del fatturato globale, sia che riguardi il requisito di capacità tecnico-professionale), trovando tale incumbente, oltre che un sicuro ancoraggio sul terreno civilistico, altresì conferma nella generale previsione codicistica che configura quale causa di nullità di ogni contratto l'indeterminatezza (ed indeterminabilità) del relativo oggetto. L'obbligo in questione trova la propria essenziale giustificazione funzionale, inscindibilmente connessa alle procedure contrattuali del settore pubblico, nella necessità di non permettere agevoli aggiornamenti del sistema dei requisiti di ingresso alle gare pubbliche.

In questa prospettiva, quindi, la pratica della mera riproduzione, nel testo dei contratti di avvalimento, della formula legislativa della messa a disposizione delle risorse necessarie di cui è carente il concorrente (o espressioni similari) si appalesa, oltre che tautologica (e, come tale, indeterminata per definizione), inidonea a permettere qualsivoglia sindacato, da parte della stazione appaltante, sull'effettività della messa a disposizione dei requisiti. La stazione appaltante, pertanto, deve attentamente valutare se con il singolo avvalimento il concorrente abbia raggiunto una effettiva situazione di equivalenza rispetto al concorrente autosufficiente quanto ai requisiti comprovando di poter disporre di tutte le misure necessarie per supplire alle proprie carenze. I suesposti principi trovano applicazione sia nel caso in cui l'avvalimento investa l'intera organizzazione aziendale, sia nel caso che riguardi, invece, un solo settore.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 9220 del 2013, proposto da: ?Harmonie Mutuelle, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Fatima Mertad, Alberto Fantini, Luca Spaziani e Mario Tonucci, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo, sito in Roma, via Principessa Clotilde, n. 7;

contro

Fondazione Enasarco, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Maurizio Dell'Unto e Vincenzo Cerulli Irelli, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo, sito in Roma, via Dora, n. 1;

nei confronti di

Unisalute S.p.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Francesco Scanzano, Filippo Brunetti ed Elio Leonetti, con domicilio eletto presso il loro studio, sito in Roma, via XXIV Maggio, n. 43;?Unipol Assicurazioni S.p.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Francesco Scanzano, Filippo Brunetti ed Elio Leonetti, con domicilio eletto presso il loro studio, sito in Roma, via XXIV Maggio, n. 43;?Fondiarìa Sai S.p.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Francesco Scanzano, Filippo Brunetti ed Elio Leonetti, con

domicilio eletto presso il loro studio, sito in Roma, via XXIV Maggio, n. 43, Zurich Insurance Public Limited Company, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Giovanni Pesce e Angelo Raffaele Cassano, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo, sito in Roma, viale Liegi, n. 32;

per l'annullamento, previa sospensione in via cautelare:

- dell'aggiudicazione definitiva della procedura aperta in ambito U.E. per l'affidamento di una polizza di assicurazione cumulativa, in favore degli agenti di commercio iscritti alla Fondazione Enasarco disposta in favore della Compagnia Unisalute, in costituendo R.T.I. con Unipol, formalizzata ad esito della seduta del Consiglio di Amministrazione della Fondazione Enasarco del 31 luglio 2013 con Delibera n. 103/2013;

- della nota prot. n. CP/13/001671/P/R in data 1° agosto 2013 con la quale è stata comunicata ad Harmonie Mutuelle la formalizzazione dell'aggiudicazione della procedura aperta in ambito U.E. per l'affidamento di una polizza di assicurazione cumulativa, in favore degli agenti di commercio iscritti alla Fondazione Enasarco, disposta in favore della Compagnia Unisalute in costituendo R.T.I. con Unipol S.p.A.;

- del verbale della Commissione Giudicatrice Permanente di Enasarco del 23 luglio 2013 (aggiudicazione provvisoria);

- del verbale della Commissione Giudicatrice Permanente di Enasarco del 16 luglio 2013 (esito comprova ed apertura offerte economiche);

- del verbale della Commissione Giudicatrice Permanente di Enasarco del 3 luglio 2013 (esame della documentazione amministrativa);

- del Regolamento delle Attività Negoziali di Enasarco (art. 12) e la delibera del Consiglio di Amministrazione della Fondazione in data 18 dicembre 2008, n. 125/2008 di Rep. (di istituzione della Commissione Giudicatrice Permanente) entrambi conosciuti solo *de relato* attraverso l'esame dei verbali di gara;

- di ogni altro presupposto e consequenziale e/o connesso, ancorché non noto;

per la declatoria dell'inefficacia del contratto eventualmente medio tempore stipulato, ai sensi dell'art. 122 del D. Lgs. n. 104/2010;

per l'accertamento del diritto della Società ricorrente all'aggiudicazione della predetta gara e all'affidamento del servizio di assicurazione cumulativa infortuni in favore degli agenti di commercio iscritti alla Fondazione Enasarco per la copertura del rischio da infortunio e malattia, con possibilità di estensione volontaria al nucleo familiare;

per la condanna, ai sensi dell'art. 124 del D. Lgs. n. 104/2010, al risarcimento dei danni in forma specifica o, in via subordinata, per equivalente del danno subito dalla ricorrente a seguito della mancata aggiudicazione della gara e da quantificarsi in corso di causa.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Fondazione Enasarco, Unisalute S.p.A., Unipol Assicurazioni S.p.A. e Fondiaria Sai S.p.A.;Viste le memorie difensive;

Visto il ricorso incidentale dei controinteressati Unisalute S.p.A. e Unipol Assicurazioni S.p.A., con i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 7 novembre 2013 il dott. Giuseppe Chiné e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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 il ricorso introduttivo dell'odierno giudizio, la società ricorrente ha chiesto l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva della procedura aperta in ambito U.E. per l'affidamento di una polizza di assicurazione cumulativa, in favore degli agenti di commercio iscritti alla Fondazione Enasarco, disposta in favore della Unisalute S.p.a. in costituendo R.T.I. con Unipol S.p.a., formalizzata ad esito della seduta del Consiglio di Amministrazione della Fondazione Enasarco del 31 luglio 2013, con Delibera n. 103/2013.

A sostegno del gravame ha dedotto che l'Enasarco, in data 15 aprile 2013, ha indetto una gara europea per la stipula di una polizza di assicurazione cumulativa infortuni in favore degli agenti di commercio iscritti alla predetta Fondazione per la copertura del rischio da infortunio e malattia, con possibilità di estensione volontaria al nucleo familiare. Il criterio di aggiudicazione della citata gara era quello del prezzo più basso, volto ad individuare l'offerta più conveniente.

Ha altresì dedotto che in data 16 luglio 2013, all'apertura da parte della Commissione di gara delle buste contenenti le offerte economiche, in ordine di convenienza sono risultate quella proposta da Zurich Insurance Public Limited Company, di Unisalute in RTI con Unipol e di Harmonie Mutuelle.

La Commissione di gara, in una successiva riunione del 23 luglio 2013, ha disposto

l'esclusione di Zurich Insurance Public Limited Company in quanto avrebbe presentato un'offerta condizionata, incompatibile con la *lex specialis* di gara. Pertanto l'Enasarco, con l'impugnata nota prot. n. CP/13/001671/P/R del 1° agosto 2013, ha comunicato alla ricorrente sia che l'appalto è stato aggiudicato in via definitiva al RTI Unipol/Unisalute, sia lo svincolo della cauzione provvisoria.

Ha ulteriormente dedotto che, in data 6 agosto 2013, ha effettuato l'accesso agli atti di gara, ottenendo la documentazione presentata in gara dal RTI Unisalute/Unipol.

Successivamente, essa ricorrente ha ricevuto la notifica del ricorso giurisdizionale proposto dalla società Zurich Insurance Public Limited Company dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (R.G. n. 8380 del 2013) per l'annullamento della sua esclusione, di talché si è costituita nel predetto giudizio, replicando alle censure della ricorrente.

Con l'odierno ricorso ha invece chiesto l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione della gara e l'affidamento del contratto di appalto in suo favore.

A sostegno dell'odierno gravame ha denunciato le seguenti doglianze: 1) violazione e falsa applicazione degli artt. 41, 48 e 49 del D. Lgs. n. 163/2006; violazione e falsa applicazione della *lex specialis* (Bando: paragrafo III.2.2. – Disciplinare – paragrafi 3.4, 3.4.1 e 6.2.11); eccesso di potere in tutte le forme sintomatiche ed in particolare per difetto di istruttoria, travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, sviamento (sull'illegittimità della mancata esclusione del R.T.I. Unisalute – Unipol per mancata produzione della documentazione necessaria in caso di avvalimento e, di conseguenza, per difetto dei requisiti di capacità economico-finanziaria); 2) Violazione e falsa applicazione dell'art. 38 nonché degli artt. 41, 48 e 49 del D. Lgs. n. 163/2006; violazione e falsa applicazione dell'art. 47 del D.P.R. n. 445/2000; violazione e falsa applicazione della *lex specialis* (Bando: paragrafo III.2.1. e III.2.2. – Disciplinare: paragrafi 3.3, 3.4, 3.4.1, 6.2.1, 6.2.3. e Allegato 4); eccesso di potere in tutte le sue forme sintomatiche ed in particolare per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti (sull'illegittimità della mancata esclusione dalla procedura del R.T.I. Unisalute – Unipol per inesistente dichiarazione relativa alla sussistenza dei requisiti di cui all'art. 38 con riferimento agli amministratori cessati dalla carica nell'anno precedente la pubblicazione del bando da parte dell'impresa ausiliaria); 3) violazione e falsa applicazione dell'art. 38 nonché dell'art. 41, 48 e 49 del D. Lgs. n. 163/2006; violazione e falsa applicazione della *lex specialis* (Bando: paragrafo III.2.1. e III.2.2. – Disciplinare: paragrafi 3.3, 3.4, 3.4.1 e Allegato 3); eccesso di potere in tutte le sue forme sintomatiche ed in particolare per difetto di istruttoria irragionevolezza, illogicità e sviamento (Sull'illegittimità della mancata esclusione dalla procedura del R.T.I. Unisalute – Unipol per grave errore professionale commesso dall'impresa ausiliaria); 4) violazione e falsa applicazione dell'art. 38 nonché dell'art. 46 del D. Lgs. n. 163/2006; violazione e falsa applicazione della *lex specialis* (Bando: paragrafo III.2.1.– Disciplinare: paragrafi 3.3, 3.4.1 e Allegato 3); eccesso di potere per difetto di istruttoria e sviamento (Sull'illegittimità della mancata esclusione in relazione alla dichiarazione dell'impresa ausiliaria di non aver commesso violazioni in materia di imposte e tasse); 5) violazione e falsa applicazione dell'art. 84, comma 10, del D. Lgs. n. 163/2006; violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost.; eccesso di potere per sviamento e travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, irragionevolezza, violazione della *par condicio* (sull'illegittimità

della nomina di una Commissione giudicatrice permanente).

2. Si sono costituiti in giudizio la Fondazione Enasarco e i controinteressati Unisalute S.p.A., Unipol Assicurazioni S.p.A. e Fondiaria Sai S.p.A., tutti instando per la reiezione del gravame.

3. Con atto ritualmente notificato e depositato in data 30 ottobre 2013, le società Unisalute S.p.A. e Unipol Assicurazioni S.p.A. hanno proposto ricorso incidentale c.d. paralizzante, chiedendo l'annullamento degli atti della procedura di gara (verbali della commissione di gara, delibera di aggiudicazione definitiva della gara comunicata in data 1° agosto 2013 ed ogni altro atto presupposto, conseguente o comunque connesso ancorché sconosciuto alle ricorrenti incidentali), censurando la mancata esclusione dalla gara della società ricorrente.

A sostegno del gravame incidentale hanno denunciato le seguenti doglianze: 1) violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del D. Lgs. n. 163/2006; violazione e falsa applicazione del punto III.2.1. del bando di gara e degli artt. 3 e 6 del disciplinare di gara; 2) violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del D. Lgs. n. 163/2006; violazione e falsa applicazione del punto III.2.1. del bando di gara e degli artt. 3 e 6 del disciplinare di gara; 3) violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del D. Lgs. n. 163/2006; violazione e falsa applicazione del punto III.2.1. del bando di gara e degli artt. 3 e 6 del disciplinare di gara; 4) violazione e falsa applicazione dell'art. 6 del disciplinare di gara; eccesso di potere.

4. Con memoria depositata in vista della camera di consiglio del 7 novembre 2013 la ricorrente ha confutato le doglianze contenute nel ricorso incidentale presentato dalle controinteressate.

5. Alla camera di consiglio del 7 novembre 2013, sentiti i difensori delle parti come da relativo verbale anche in ordine alla possibilità di decisione in forma semplificata ai sensi dell'art. 60 c.p.a., il ricorso è stato trattenuto in decisione.

6. Preliminarmente il Collegio rileva che nella specie, pur in presenza di un ricorso incidentale c.d. paralizzante, sussistono i presupposti per l'esame prioritario del ricorso principale, tenuto conto dell'insegnamento giurisprudenziale secondo cui "l'esame prioritario del ricorso principale è ammesso, per ragioni di economia processuale, qualora sia evidente la sua infondatezza, inammissibilità, irricevibilità o improcedibilità" (così Ad. Pl. 7 aprile 2011, n. 4, pt. 54).

7.1 Il ricorso principale è infondato e deve pertanto essere respinto.

7.2 Con esso la società ricorrente, seconda classificata in gara, propone, in sintesi, le seguenti doglianze:

1) il raggruppamento aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso dalla gara, sia ai sensi del paragrafo 3.4.1. (lett. a) del disciplinare, non avendo prodotto la dichiarazione sostitutiva di certificazione dell'impresa ausiliata attestante l'avvalimento, sia ai sensi dell'art. 49 del d. lgs. n. 163 del 2006 e del paragrafo 3.4.1. (lett. c e d) del disciplinare, non avendo prodotto né il contratto di avvalimento, né le alternative dichiarazioni sostitutive di atto notorio attestanti il legame giuridico ed economico tra ausiliata ed ausiliaria (in quanto appartenenti al medesimo

gruppo);

2) il raggruppamento aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso a causa della mancata produzione delle dichiarazioni sostitutive ex art. 38, comma 1, lett. b), c) e m-ter) del d. lgs. n. 163 del 2006 relative agli amministratori cessati dalla carica nell'anno precedente la pubblicazione del bando, non potendosi considerare idonea quella proveniente dal legale rappresentante della impresa ausiliaria Fondiaria Sai S.p.A.;

3) ulteriori cause di esclusione del raggruppamento aggiudicatario si rinverrebbero nell'assenza del requisito di ordine generale di cui all'art. 38, comma 1, lett. f) del d. lgs. n. 163 del 2006, in quanto la dichiarazione sostitutiva resa da Fondiaria Sai S.p.A. relativa la mancata commissione di grave errore nell'esercizio della propria attività professionale sarebbe stata smentita da notizie di stampa concernenti un procedimento penale a carico di manager della società stessa per i reati di falso in bilancio e aggiotaggio, nonché nella inidoneità della dichiarazione sostitutiva resa da Fondiaria Sai S.p.A. con riferimento alla sussistenza di violazioni gravi, definitivamente accertate, alla disciplina in materia di pagamento di imposte e tasse;

4) il procedimento di gara è comunque viziato dalla violazione dell'art. 84, comma 10, del d. lgs. n. 163 del 2006, in quanto le offerte sono state valutate da una commissione giudicatrice permanente, istituita con delibera del consiglio di amministrazione di Enasarco del 28 dicembre 2008, n. 125, laddove la stazione appaltante avrebbe dovuto provvedere alla nomina della commissione giudicatrice soltanto dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte.

7.3 L'infondatezza del primo ordine di doglianze discende direttamente dalla lettera dell'art. 49, comma 2 del d. lgs. n. 163 del 2006 e del paragrafo 3.4.1. del disciplinare di gara.

Risulta *per tabulas* che il raggruppamento aggiudicatario ha nella specie dichiarato di avvalersi dei requisiti di capacità economico-finanziaria di Fondiaria Sai S.p.A. e che detta società fa parte del gruppo Unipol Gruppo Finanziario S.p.A. Pertanto, ai sensi delle univoche previsioni dell'art. 49, comma 2, lett. g) del d. lgs. n. 163 del 2006 e del paragrafo 3.4.1. lett. d) del disciplinare di gara l'aggiudicataria avrebbe potuto omettere di produrre il contratto di avalimento e limitarsi a "presentare una dichiarazione sostitutiva di atto notorio attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo".

E' documentalmente provato che il legale rappresentante della Unisalute S.p.A. ha prodotto alla stazione appaltante una dichiarazione sostitutiva, datata 27.6.2013, con la quale (punto 6) ha attestato, "come da allegata documentazione ai sensi dell'art. 49 del d. lgs. n. 163 del 2006", di avvalersi "della raccolta premi della Fondiaria Sai S.p.A. che, in ambito UE, riferita al ramo infortuni, ha complessivamente raccolto sia nel triennio 2009 – 2010 – 2011 sia nel triennio 2010 – 2011 – 2012 più di euro 150.000.000,00" nonché "del requisito di Fondiaria Sai S.p.A. che ha sottoscritto coperture assicurative analoghe a quella oggetto della presente gara complessivamente sia nel triennio 2009 – 2010 – 2011, sia nel triennio 2010 – 2011 – 2012 per importi superiori a euro 30.000.000,00".

Tale dichiarazione di avalimento proveniente dalla impresa ausiliata appare pienamente rispettosa delle previsioni del codice dei contratti, nonché della *lex specialis* (par. 3.4.1. lett. a).

Né è condivisibile l'ulteriore censura della ricorrente secondo cui, a fronte di avalimento tra società dello stesso gruppo, la dichiarazione sostitutiva richiamata dall'art. 49, comma 2, lett. g) del codice dei contratti deve necessariamente provenire dalla società concorrente alla gara. Ed invero, da un lato, la disposizione codicistica si limita a prevedere che l'impresa ausiliata "può presentare" la dichiarazione sostitutiva, non certo che la debba sottoscrivere; dall'altro, la dichiarazione sostitutiva, proprio perché alternativa al contratto di avalimento, può certamente provenire anche dall'impresa ausiliaria, essendo in tal caso le garanzie per la stazione appaltante maggiori. In sintesi, può essere ritenuta pienamente conforme alla disciplina di gara la dichiarazione sostitutiva resa nella specie dalla Fondiaria Sai S.p.A., nella quale viene espressamente indicato che essa è "società soggetta all'attività di direzione e coordinamento di Unipol Gruppo Finanziario S.p.a. e facente parte del Gruppo Assicurativo Unipol iscritto all'Albo dei gruppi assicurativi al n. 046".

7.4 Del pari infondata si palesa la seconda doglianza, riferita alla supposta inidoneità della dichiarazione sostitutiva resa dal legale rappresentante della società ausiliaria, anche con riferimento agli amministratori cessati dalla carica nell'anno antecedente il bando.

Ed invero, la tesi sostenuta dalla ricorrente, secondo cui la dichiarazione ex art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006 avrebbe dovuto essere nella specie resa "personalmente" dagli amministratori cessati dalla carica della società ausiliaria si pone in aperto contrasto con l'interpretazione giurisprudenziale corrente della disposizione codicistica (cfr. C.d.S., sez. III, 1° luglio 2013, n. 3544), nonché con le specifiche indicazioni della *lex specialis*, laddove, al modello di Allegato 4, si precisa che il possesso dei requisiti di ordine generale "può essere anche attestato da un solo legale rappresentante della società concorrente, purché, comunque, tale attestazione sia resa ai sensi dell'art. 47 del d.p.r. 445/2000 e sia espressamente nominativamente riferita a ciascuno dei soggetti suindicati".

Quanto poi al rilievo riferito dalla ricorrente alla dicitura contenuta nella dichiarazione sostitutiva in esame "per quanto a propria conoscenza", il Collegio non può che richiamare l'indirizzo giurisprudenziale secondo cui simile dicitura non è idonea ad escludere la responsabilità del dichiarante, assumendo soltanto valenza di mero richiamo al dato normativo dell'art. 47, comma 2, del D.P.R. n. 445 del 2000 (cfr. C.d.S., sez. III, 5 aprile 2013, n. 1894). Di qui la piena legittimità della dichiarazione resa dal legale rappresentante della società ausiliaria.

7.5 Infondato si palesa anche il terzo ordine di doglianze, con cui la ricorrente censura la mancata esclusione del raggruppamento controinteressato: a) in virtù di notizie di stampa relative ad un procedimento penale a carico di manager, ormai cessati dalla carica, della società ausiliaria Fondiaria Sai S.p.A.; b) considerata la inidoneità della dichiarazione sostitutiva resa dalla Fondiaria Sai S.p.A. in relazione all'art. 38, comma 2, lett. g) del codice dei contratti, dalla quale si evince che sono pendenti dinanzi al giudice tributario numerosi contenziosi in materia di imposte e tasse.

Con riferimento a *sub a)* è sufficiente invero rilevare che ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. f) del codice dei contratti sono escluse dalla partecipazione alle gare le imprese "che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante".

Nel caso di specie, per quanto emerso dalla produzione documentale versata in atti, nulla è stato accertato da parte della stazione appaltante, giacché le notizie di stampa richiamate dalla ricorrente si riferivano ad una indagine penale, a quanto pare non ancora approdata neppure alla fase dibattimentale, a carico di ex manager della società ausiliaria. Né, per la verità, la stazione appaltante, in disparte ogni valutazione in ordine alla natura dei reati contestati ed alla loro non inerenza a rapporti contrattuali con pubbliche amministrazioni, avrebbe potuto ritenere accertata la fattispecie di cui alla norma codicistica in virtù di simili notizie di stampa, come tali inidonee da sole a supportare un provvedimento espulsivo a carico del concorrente.

Con riferimento a *sub b)* deve essere rilevato che il requisito di ordine generale di cui all'art. 38, comma 2, lett. g) del codice dei contratti è riferito alla commissione di violazioni "definitivamente accertate" rispetto agli obblighi tributari. E' pertanto evidente che la pendenza di un contenzioso dinanzi al giudice tributario non rende definitivo l'accertamento notificato dagli uffici fiscali al concorrente. Di qui la piena legittimità della dichiarazione sostitutiva nella specie resa dalla società ausiliaria a comprova della sussistenza del requisito.

7.6 Infondata, infine, si palesa l'ultima doglianza, con cui la ricorrente denuncia la supposta violazione dell'art. 84, comma 10, del codice dei contratti.

L'infondatezza della doglianza discende dalla inapplicabilità nel caso di specie della disposizione codicistica, riferita esclusivamente, come si evince univocamente dalla rubrica dell'articolo in esame, alle gare da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Né è possibile ritenere, come sembra fare la ricorrente, che la disposizione codicistica integri un principio generale esportabile alle gare da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso, poiché in tali ultime procedure selettive non si rinvergono quei profili di discrezionalità tecnica con riferimento ai quali il legislatore delegato ha dettato la prescrizione cautelativa in esame. In sintesi, la disposizione normativa non è applicabile né direttamente, né indirettamente alla procedura di gara in esame.

7.7 L'accertata infondatezza di tutte le censure proposte con il ricorso principale ne impone il rigetto, anche con riferimento alla domanda di risarcimento danni genericamente formulata dalla ricorrente.

8. Alla reiezione del ricorso principale consegue la declaratoria di inammissibilità del ricorso incidentale.

9. Per la natura delle questioni esaminate sussistono comunque giusti motivi per compensare spese, diritti ed onorari di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Bis), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- a) respinge il ricorso principale;
- b) dichiara inammissibile il ricorso incidentale.

Compensa spese, diritti ed onorari di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 novembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Massimo Luciano Calveri, Presidente

Paolo Restaino, Consigliere

Giuseppe Chine', Consigliere, Estensore

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso n.3740 del 2013 proposto da La Pultra di Tirelli Augusto s.a.s. in proprio e quale mandataria del RTI con mandante Clean Service S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Stefano Martinelli presso il cui studio in Roma, Via Blumenstihl n.71, è elettivamente domiciliata;

contro

- la Regione Lazio, in persona del Presidente pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Fiammetta Fusco, con la quale è elettivamente domiciliata presso la sede dell'Avvocatura regionale in Roma, Via Marcantonio Colonna n.27;?- ASL Rm/C, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Maria Cristina Tandoi, Barbara Bentivoglio e Gabriella Mazzoli ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Bentivoglio in Roma, Via Primo Carnera n.1;?- ASL Rm/D, Azienda Ospedaliera San Giovanni Addolorata, Azienda Ospedaliera San Camillo Forlanini, Ares 118, INMI Spallanzani, ASL Rm/H, Fondazione PTV Policlinico Tor Vergata, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro-tempore, non costituiti in giudizio; ?- ASL - Viterbo, ASL Latina, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro-tempore, non costituite in giudizio; ?- Azienda Policlinico Umberto I, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Paola Baglio, ed elettivamente domiciliata presso la sede della propria Avvocatura in Roma, Viale del Policlinico 155;

nei confronti di

- Teamservice Società Consortile a r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, in proprio e quale mandataria del RTI costituito con Snam Lazio Sud S.r.l. e Linda S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Avilio Presutti e Marco Laudani, ed elettivamente domiciliata presso lo studio del primo in Roma, p.zza San Salvatore in Lauro, 10; ?- Manutencoop Facility Management S.p.a., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Andrea Manzi, Stefano Baccolini e Francesco Rizzo, ed elettivamente domiciliata presso lo studio del primo in Roma, via F. Confalonieri, 5; ?- Cascina Global Service S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, in proprio e quale mandataria del RTI costituito con la Markas Service S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Massimiliano Brugnoletti e Michele Perrone ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Brugnoletti in Roma, via Antonio Bertoloni, 26/B;?- Colser Servizi S.c.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, non costituita in giudizio; ?- Dussmann Service S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, non costituita in giudizio;?- Co.Lo.Coop. - Consorzio Lombardo Cooperative, in persona del legale rappresentante pro-tempore, in proprio e quale mandatario del RTI costituito con National Cleaness S.r.l. e Universal Service S.r.l., non costituito in giudizio; ?- Società Consortile CNS - Consorzio Nazionale Servizi, in persona del legale rappresentante pro-tempore, non costituita in giudizio; ?- Florida 2000 S.r.l. in persona del legale rappresentante pro-tempore, in proprio e quale mandataria del RTI costituito con Tecno Pul S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Paolo Di Martino, presso il cui studio in Roma, via dell'Orso, 74, è elettivamente domiciliata;

per ottenere

A) l'ANNULLAMENTO della determinazione n. b00860 dell'11/03/2013, con la quale la Regione Lazio ha disposto l'aggiudicazione della gara comunitaria per l'acquisizione del servizio di pulizia sanificazione consegna e trasporto occorrente alle aziende sanitarie presenti sul territorio della regione Lazio, con riferimento ai lotti cinque ed otto;

B) la CONDANNA dell'amministrazione regionale al risarcimento del danno in forma specifica, previa declaratoria di inefficacia dei contratti ove eventualmente stipulati, o in subordine per

equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Lazio, dell' ASL Rm/C, dell'Azienda Policlinico Umberto I, di Teamservice Società Consortile, di Cascina Global Service S.r.l., di Manuencoop Facility Management S.p.a. e di Florida 2000 S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visto il ricorso incidentale proposto da Manuencoop Facility Management S.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 novembre 2013 il dott. Giuseppe Sapone e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il proposto gravame la società ricorrente, la quale ha partecipato quale mandataria del costituendo RTI con la mandante Clean Service S.r.l. alla gara, strutturata in 10 lotti, indetta dalla Regione Lazio per l'acquisizione del servizio di pulizia, sanificazione, consegna e trasporto occorrente alle Aziende sanitarie presenti sul territorio regionale e da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ha impugnato la determinazione, in epigrafe indicata, per la parte in cui è stata disposta l'aggiudicazione dei lotti nn.5 e 8.

In punto di fatto deve essere evidenziato che:

a) relativamente al lotto n.5 per il quale è risultata aggiudicataria, con punti 90,07, l'offerta del RTI avente come mandataria Teamservice Società Consortile, la ricorrente si è classificata al settimo posto della relativa graduatoria con punti n.64,89;

b) per quanto concerne il lotto 8 è risultata aggiudicataria l'offerta di Manuencoop Facility Management S.p.a. con punti 92,00 mentre la ricorrente si è collocata al quinto posto con punti 62,01.

Il ricorso è affidato ai seguenti motivi di doglianza:

1) Violazione e falsa applicazione degli artt. 83 e 89 del D.lgvo n.163/2006, dell'art.97 della Costituzione e della lex specialis di gara. Eccesso di potere in tutte le figure sintomatiche ed in particolare travisamento dei fatti, difetto di istruttoria e motivazione, perplessità dell'azione amministrativa, illogicità e sviamento di potere;

2) Violazione e falsa applicazione dell'art.81 del D.lgvo n.163/2006, della legge n.241/1990, dell'art.97 della Costituzione e della lex specialis di gara. Violazione e falsa applicazione dei principi di ordine generale delle procedure concorsuali; Eccesso di potere in tutte le figure sintomatiche ed in particolare travisamento dei fatti, difetto di istruttoria e di motivazione, illogicità, falsità della causa e sviamento di potere;

3) Violazione e falsa applicazione degli artt.10, 86, 87, 88 del D.lgvo n.163/2006, dell'art.121 del DPR n.207/2010, della L. n.241/1990 e della lex specialis di gara. Eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche ed in particolare incompetenza, difetto di motivazione, illogicità e irrazionalità, perplessità dell'azione amministrativa, sviamento di potere;

4) Violazione e falsa applicazione dell'art.3 della L. n.241/1990, degli artt. 2, 74 e 83 del D.lgvo n.163/2006, dell'art.286 del DPR n.207/2010 e della lex specialis di gara. Eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche ed in particolare difetto di istruttoria e di motivazione, perplessità dell'azione amministrativa, travisamento dei fatti, sviamento di potere. Violazione dei principi di correttezza, trasparenza, parità di trattamento e proporzionalità.

Si sono costituite la Regione Lazio, l'ASL Rm/C e l'Azienda Policlinico Umberto I contestando con dovizia di argomentazioni la fondatezza delle prospettazioni ricorsuali e concludendo per il rigetto delle stesse.

Si sono altresì costituite le seguenti imprese :

a) Teamservice Società Consortile, aggiudicataria del lotto n.5;

b) Manutencoop Facility Management S.p.a., aggiudicataria del lotto 8 e collocatasi al secondo posto nella graduatoria del lotto 5;

c) Cascina Global Service S.r.l., collocatasi al 4° posto nella graduatoria del lotto 5.

Tutte hanno contestato la fondatezza delle dedotte doglianze concludendo per il rigetto delle stesse.

La società Manutencoop Facility Management ha altresì proposto ricorso incidentale con il quale ha contestato la mancata esclusione dell'offerta della società ricorrente per entrambi i lotti in questione e formulando a tal fine le seguenti doglianze:

a) Violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara, in particolare violazione e/o falsa applicazione dell'art.49 del D.lgvo n.163/2006. Violazione e/o falsa applicazione dell'art.88 del

DPR n.207/2010. Violazione e/o falsa applicazione del bando di gara e del disciplinare di gara. Eccesso di potere. Difetto di istruttoria. Difetto di motivazione. Errore nei presupposti e travisamento dei fatti;

b) Violazione dell'art.75 del D.lgvo n.163/2006, dell'art.10.1 del disciplinare di gara e della par condicio con riferimento alla cauzione provvisoria prodotta dal RTI di cui la società ricorrente è mandataria;

c) Violazione di legge per violazione del disciplinare di gara (art.9, sub punto 2) nonché del bando di gara (punto III.2.1. " Condizioni di partecipazione). Violazione di legge per violazione degli artt.1 e 4 della L. n.82/1994 e del relativo regolamento di attuazione di cui al DM 7.7.1994 n.276 sub art.3 (Fasce di classificazione). Violazione della circolare 29 maggio 1998 n.3444/C del Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato. Violazione di legge per violazione dei principi generali in materia di gare ad evidenza pubblica, in particolare del principio di par condicio tra i concorrenti.

Alla pubblica udienza del 5.11.2013 la causa è stata trattenuta in decisione.

Il Collegio ritiene necessario dare precedenza all'esame del ricorso incidentale proposto dalla società Manutencoop Facility Management (di seguito Manutencoop) con cui è stata contestata la mancata esclusione dell'offerta della ricorrente per entrambi i lotti in questione, atteso che l'accoglimento dello stesso comporterebbe l'improcedibilità del ricorso principale.

Al riguardo deve essere precisato che l'interesse alla proposizione del ricorso incidentale sussiste non solo per il lotto 8 in cui la soc. Manutencoop è risultata aggiudicataria, ma anche per il lotto 5 in cui la stessa si è posizionata davanti all'offerta del raggruppamento capeggiato dalla ricorrente principale e per il quale ha interesse sia a non essere esclusa sia a non essere scavalcata nella relativa graduatoria dall'eventuale accoglimento di alcune delle censure dedotte in via principale, nonché, in via generale, dall'eventuale annullamento della gara conseguente all'accoglimento delle altre doglianze dedotte, atteso che la suddetta società ha contestato con autonomo ricorso la mancata aggiudicazione a proprio favore del lotto in questione.

Con il primo motivo del ricorso incidentale Manutencoop ha sostenuto che l'offerta del RTI con mandataria la società La Pultra doveva essere esclusa per mancata dimostrazione del possesso del requisito del fatturato globale conseguente alla invalidità dei contratti di avalimento stipulati da entrambe le società componenti il raggruppamento per la dimostrazione del possesso del suddetto requisito.

Al riguardo è stato fatto presente che:

a) il disciplinare di gara (art.9) richiedeva il possesso dei seguenti requisiti:

l) un fatturato globale d'impresa conseguito nel triennio antecedente la pubblicazione della presente procedura pari almeno a 1,5 volte l'importo stabilito per ciascun lotto al quale si partecipa, IVA esclusa. Ove la partecipazione si estende a più lotti, il fatturato globale deve

essere pari almeno a 1,5 volte la somma dei lotti a cui si ciascun concorrente partecipa;

II) un fatturato specifico d'impresa inerente i servizi analoghi nel settore oggetto della gara nel triennio 2008-2009-2010 pari almeno a 0,7 volte il valore del lotto a cui si partecipa, IVA esclusa. Ove si partecipi a più lotti il fatturato specifico deve essere almeno pari a 0,7 volte il valore della somma dei lotti a cui si partecipa;

b) ai fini della dimostrazione del possesso del requisito del fatturato globale le società componenti il raggruppamento ricorrente hanno dichiarato di avvalersi, rispettivamente, di TRA.SER. S.r.l. e di Omnia Servitia S.r.l.;

c) tuttavia entrambi i contratti di avvalimento risultavano in palese contrasto con quanto prescritto dall'art.88 del DPR 207/2010 stante l'estrema genericità del loro contenuto in quanto:

c1) nel contratto stipulato tra la società Pultra e TRA.SER. quest'ultima si impegnava genericamente a consentire l'utilizzo del citato requisito (fatturato globale);

c2) analogamente nel contratto di avvalimento intervenuto tra Clean Service S.r.l. e Omnia Servitia S.r.l. era stato affermato che quest'ultima quale ausiliaria " mette a disposizione della Clean Service S.r.l., per tutta la durata dell'appalto, l'importo di fatturato globale alla stessa mancante";

d) conseguentemente, stante l'invalidità dei contratti di avvalimento, entrambe le società del raggruppamento ricorrente non avrebbero dimostrato il possesso del requisito del fatturato globale e, pertanto, sia l'offerta relativa al lotto n.5 sia quella relativa al lotto n.8 dovevano essere escluse.

La fondatezza di tale conclusione è stata contestata dalla ricorrente principale la quale afferma che la normativa intesa a disciplinare il contenuto del contratto di avvalimento, sarebbe entrata in vigore successivamente alla pubblicazione del bando e, pertanto, non poteva trovare applicazione nella gara in questione.

In proposito il Collegio ha avuto modo di affermare con recente pronuncia (cfr. TAR Lazio, Sez. III quater, Sent. 28 ottobre 2013, n. 9196) che l'art. 357, c. 10, del Regolamento al codice dei contratti pubblici, approvato con D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, secondo cui le disposizioni della parte IV si applicano ai contratti i cui bandi sono pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore, va interpretato nel senso che a tal fine occorre aver riguardo alla pubblicazione sulla Gazzetta della Comunità Europea e non a quella sulla Gazzetta della Repubblica Italiana.

Sicchè le disposizioni del citato D.P.R. n. 207/2010 non trovano applicazione nel caso di specie, essendo entrate in vigore dopo la pubblicazione del bando sulla G.U.C.E..

Ciò premesso, va peraltro precisato che l'esigenza di una puntuale individuazione dell'oggetto del contratto di avvalimento (sia che riguardi il requisito economico del fatturato globale, sia che riguardi il requisito di capacità tecnico-professionale) è stata avvertita dalla

giurisprudenza amministrativa già prima dell'entrata in vigore dell'art. 88 del citato Regolamento.

Ha condivisibilmente rilevato il giudice di appello (C.d.S., Sez. V, Sent. n. 4510/2012) che "tale esigenza, difatti, oltre ad avere un sicuro ancoraggio sul terreno civilistico, nella generale previsione codicistica che configura quale causa di nullità di ogni contratto l'indeterminatezza (ed indeterminabilità) del relativo oggetto, trova la propria essenziale giustificazione funzionale, inscindibilmente connesse alle procedure contrattuali del settore pubblico, nella necessità di non permettere - fin troppo - agevoli aggiornamenti del sistema dei requisiti di ingresso alle gare pubbliche".

Prosegue la suddetta decisione evidenziando che "in questa prospettiva, la pratica della mera riproduzione, nel testo dei contratti di avalimento, della formula legislativa della messa a disposizione delle *risorse necessarie di cui è carente il concorrente* (o espressioni similari) si appalesa, oltre che tautologica (e, come tale, indeterminata per definizione), inidonea a permettere qualsivoglia sindacato, da parte della stazione appaltante, sull'effettività della messa a disposizione dei requisiti", mentre quest'ultima deve attentamente valutare se con il singolo avalimento il concorrente abbia raggiunto una effettiva situazione di equivalenza rispetto al concorrente autosufficiente quanto ai requisiti comprovando di poter disporre di tutte le misure necessarie per supplire alle proprie carenze (cfr. C.d.S., Sez. V, 20.6.2011, n. 3670 ed ancora nn. 3066, 5496 e 6079/2011 e n. 1624/2009).

I suesposti principi trovano applicazione sia nel caso in cui l'avalimento investa l'intera organizzazione aziendale (C.d.S., Sez. III, 18.4.2011, n. 23444; V, 23.5.2011, n. 3066) sia nel caso che riguardi, invece, un solo settore (C.d.S., Sez. III, 15.11.2011, n. 6040).

In conclusione l'art. 88 del D.P.R. n. 207/2010, enunciando la necessità che il contratto di avalimento descriva compiutamente "le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico" non appare dotato del carattere di innovatività poiché "esplicita un canone già esistente nell'ordinamento di settore, e dotato di una portata ben più ampia di quella attinente al solo *prestito* dei requisiti di qualificazione in senso stretto".

Pertanto la censura in esame, con le precisazioni sopra evidenziate, merita adesione.

Le suesposte considerazioni non vengono scalfite dal rilievo della ricorrente principale, secondo cui il RTI che vede la società La Pultra quale mandataria poteva eventualmente essere escluso dal lotto 5 ma non dal lotto 8 per il quale ciascuna impresa componente possedeva comunque in via autonoma requisiti di partecipazione, alla luce di quanto stabilito dal punto 9 del disciplinare di gara secondo cui "l'impresa ovvero RTI o Consorzio che concorre a più lotti e dichiara di possedere i fatturati di cui ai punti 7 e 8 in misura inferiore a quelli richiesti, sarà ammessa a partecipare unicamente ai lotti per i quali possiede i requisiti e sarà esclusa dai restanti in ragione dell'ordine decrescente di importanza economica dei lotti".

In merito il Collegio osserva che la tesi della ricorrente principale omette di considerare che un'offerta formulata sulla base della sussistenza di un contratto di avalimento al fine di dimostrare il possesso di un determinato requisito di partecipazione è diversa da un'offerta

formulata senza l'utilizzo di tale istituto; pertanto, una volta acclarata la nullità del contratto di avvalimento al fine di dimostrare il possesso del requisito, l'offerta dell'impresa concorrente non poteva essere sanata sul presupposto, anche fondato, che quest'ultima possedeva in proprio il requisito de quo, in quanto un tale modus operandi finirebbe con il consentire una modifica dell'originaria offerta in palese contrasto con il principio della par condicio dei concorrenti.

Pertanto, assorbita ogni ulteriore doglianza, il ricorso incidentale deve essere accolto.

Conseguentemente il ricorso principale va dichiarato improcedibile essendo venuto meno nella ricorrente principale, in quanto concorrente esclusa, l'interesse a contestare la gara in questione.

Le spese del presente giudizio, liquidate in dispositivo seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Sezione III quater, definitivamente pronunciando sul ricorso n.3740 del 2013, come in epigrafe proposto, accoglie il ricorso incidentale e dichiara improcedibile il ricorso principale.

Condanna la società ricorrente al pagamento in parti uguali delle spese del presente giudizio, liquidate in complessivi Euro 12.000 a favore della Regione Lazio, dell'Azienda Policlinico Umberto I, dell'Asl Rm/C, di Teamservice Società Consortile a r.l., di Manutencoop Facility Management S.p.a. e di Cascina Global Service S.r.l..

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 novembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Italo Riggio, Presidente

Giuseppe Sapone, Consigliere, Estensore

Giulia Ferrari, Consigliere

BREVI ANNOTAZIONI

L'OGGETTO DELLE PRONUNCE

Con due interessanti pronunce il Tar Lazio torna sul tema dell'avvalimento, adottando però due posizioni distinte a seconda che si tratti di avvalimento infra-gruppo o meno. In particolare, se nel caso di avvalimento da parte di un "soggetto terzo" sarebbe necessario al concorrente presentare, ai fini della partecipazione alla gara, un contratto di avvalimento che rechi una puntuale individuazione delle risorse e dei mezzi che vengono messe a disposizione dell'ausiliata (ciò peraltro sia nel caso di avvalimento di requisiti economico-finanziari che nel caso di requisiti tecnico-organizzativi), nel caso invece di avvalimento c.d. infragruppo è sufficiente la presentazione di una dichiarazione circa la sussistenza del legame giuridico ed economico tra ausiliata ed ausiliaria.

IL PERCORSO ARGOMENTATIVO

Nella prima delle due pronunce in commento, il Tar - chiamato a decidere della legittimità dell'aggiudicazione nei confronti di un soggetto che aveva dichiarato di avvalersi della capacità economico-finanziaria di una **società appartenente al medesimo gruppo** - ha dichiarato conforme all'art. 49 del Codice dei contratti la presentazione da parte della concorrente di una dichiarazione con cui la medesima ha dichiarato di avvalersi dei requisiti di altra società del gruppo. A detta del Collegio, infatti - atteso che, ai sensi dell'art. 49, comma 2, lett. g) del d. lgs. n. 163 del 2006, l'aggiudicataria avrebbe potuto omettere di produrre il contratto di avvalimento e limitarsi a "*presentare una dichiarazione sostitutiva di atto notorio attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo*" - la produzione della predetta dichiarazione sarebbe pienamente rispettosa delle previsioni del Codice dei contratti. Quel che conta - si desume sempre dalla decisione in commento - è che vi sia la prova della sussistenza del legale: prova, questa, che nel caso all'analisi del Collegio, sarebbe stata fornita tramite una dichiarazione resa dalla medesima impresa ausiliaria. Alcun cenno viene fatto dal Collegio all'effettività della messa a disposizione dei mezzi e delle risorse connesse ai requisiti oggetto di avvalimento.

Aspetto quest'ultimo che è invece centrale **nella seconda delle due pronunce** qui esaminate, con la quale il Tar Lazio ha confermato la necessità che il contratto di avvalimento rechi la puntuale indicazione delle risorse e dei mezzi che l'ausiliaria mette a disposizione dell'ausiliata. Tale esigenza, infatti, oltre ad avere un sicuro ancoraggio sul terreno civilistico (nella generale previsione codicistica che configura quale causa di nullità di ogni contratto l'indeterminatezza ed indeterminabilità del relativo oggetto), trova la propria essenziale giustificazione funzionale, inscindibilmente connesse alle procedure contrattuali del settore pubblico, nella necessità di non permettere agevoli aggiramenti del sistema dei requisiti di ingresso alle gare pubbliche. In

quest'ottica, la mera riproduzione delle formule legislative si appalesa, oltre che tautologica (e, come tale, indeterminata per definizione), inidonea a permettere qualsivoglia sindacato, da parte della stazione appaltante, sull'effettività della messa a disposizione dei requisiti. Tali principi - precisa ancora il Collegio - trovano applicazione anche in relazione ai bandi non disciplinanti dall'art. 88 del d.P.R. n. 207/2010, atteso che la previsione ivi contenuta - a mente della quale il contratto di avvalimento deve descrivere compiutamente "le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico" - non sarebbe dotata di carattere di innovatività esplicando, al contrario, un canone già esistente nell'ordinamento di settore, e dotato di una portata ben più ampia di quella attinente al solo prestito dei requisiti di qualificazione in senso stretto".

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

A poca distanza temporale, il Tar Lazio è intervenuto sul tema dell'avvalimento con due pronunce dal contenuto contraddittorio.

Per un verso, infatti, il Giudice Amministrativo ha confermato ancora una volta la necessità che la documentazione presentata ai fini del ricorso all'istituto dell'avvalimento contenga gli elementi necessari a comprovare l'effettività della messa a disposizione dei requisiti: ciò peraltro (e il punto merita di essere evidenziato) sia nel caso di requisiti economico-finanziari sia tecnici-organizzativi. La pronuncia conferma quindi l'orientamento, sempre più incalzante e consolidato, di cui si è fatto portavoce il Consiglio di Stato (in decisioni peraltro già commentate sulla presente rivista on line) affermando la necessità della specifica individuazione delle risorse e dei mezzi che, per l'effetto dell'avvalimento, vengono messa a disposizione dell'ausiliata da parte dell'ausiliaria. Il principio dell'effettività è a tal punto rilevante, ai fini dell'ammissibilità del ricorso all'istituto previsto dall'art. 49 del Codice, che - come anticipato - il TAR Lazio lo ritiene applicabile anche nel caso di requisiti economico-finanziari: requisiti, questi, in relazione ai quali, invece, la giurisprudenza (così come invero l'Autorità di Vigilanza) aveva avuto modo di evidenziare la natura "immateriale" con conseguente impossibilità di stabilire un collegamento puntuale con una determinata componente della prestazione richiesta all'appaltatore e con le strutture aziendali necessarie per farvi fronte.

Logico sarebbe stato trovare conferma di tale interpretazione anche nella prima delle due sentenze qui brevemente commentate. Se è pur vero, infatti, che, in caso di avvalimento infragruppo, il concorrente non è tenuto alla presentazione di un contratto di avvalimento (essendo per l'appunto sufficiente la presentazione di una dichiarazione ai sensi dell'art. 49, comma 2, lett. g) del Codice, è altrettanto vero che la mera presentazione di una dichiarazione nei termini letterali di cui al menzionato articolo non garantisce - pur in presenza di un collegamento giuridicamente rilevante tra ausiliata e ausiliaria - l'effettività della messa a disposizione: principio, questo, che non vi sono ragioni per disattendere in caso di avvalimento infragruppo.

Infatti, nonostante il dettato letterale dell'art. 49, comma 2, lett. f) sopra richiamato - epifanico del *favor* con cui il legislatore ha inteso disciplinare l'avvalimento infragruppo -, non può passare inosservato che il comma 2, lett. c) del medesimo art. 49, come modificato a seguito del c.d. Decreto Sviluppo, impone alla società ausiliaria la presentazione di una dichiarazione attestante, non solo il possesso dei requisiti generali e di quelli speciali, ma anche delle "risorse oggetto di avvalimento": ciò senza operare alcuna distinzione tra avvalimento infragruppo o meno. Alla luce di ciò, la medesima *ratio* che indotto la giurisprudenza a ribadire il principio della effettività della messa a disposizione nel caso di avvalimento verso "soggetti terzi" dovrebbe consentire, mediante la produzione da parte dei concorrenti di una dichiarazione più articolata rispetto al dato letterale di cui alla lettera f) più volte richiamata, alla Stazione Appaltante di poter verificare che l'avvalimento sia effettivo anche quando ausiliaria e ausiliata appartengano al medesimo gruppo.

PERCORSO BIBLIOGRAFICO

G. Balocco, *Commento all'art. 49*, in F. Caringella, M. Proto, *Codice dei contratti pubblici*, Ed. Dike, 2013, pp. 314 ss.; I. Gobbato, *L'avvalimento deve essere "effettivo"*, in questa Rivista.