

SENTENZE CONTRIBUTO 15.11

N. 04646/2016REG.PROV.COLL.

N. 06511/2016 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 in appello iscritto al numero di registro generale 6511 del 2016, proposto da:

Beta Professional Consulting Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Giovanni Spataro - C.F. SPTGNN63M12D086T - e Walter Perrotta - C.F. PRRWTR69D02D086O, con domicilio eletto presso Francesco Lilli in Roma, via di Val Fiorita, n. 90;

contro

Comune di Pisticci, in persona del sindaco p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Patrizia Celestina Caruso - C.F. CRSPRZ66D46G712C - e Anio D'Angella C.F. DNGNAI52R18A662W, con domicilio eletto presso Marco Petrone in Roma, piazza G.Mazzini, n. 27;

nei confronti di

Soes Spa, in proprio e quale capogruppo mandataria dell'Ati con Safety21 Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Christian Lombardi - C.F. LMBCRS71H12D708U - e Vincenzo Fontanarosa C.F. FNTVCN61M26D708N, con domicilio eletto presso Stefano Monti in Roma, via Emilia, n. 81;

Safety21 Spa, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. BASILICATA - POTENZA: SEZIONE I n. 00709/2016, resa tra le parti, concernente l'affidamento quinquennale del servizio di gestione dei procedimenti sanzionatori delle violazioni al codice della strada e noleggio dei sistemi di rilevamento della velocità - ris. danni;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Pisticci e di Soes Spa, nella qualità indicata in epigrafe;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 6 ottobre 2016 il Cons. Oreste Mario Caputo e uditi per le parti gli avvocati Giovanni Spataro, Marco Petrone, su delega dell'avv. D'Angella, e Christian Lombardi.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Beta Professional Consulting s.r.l. con il ricorso notificato l'1.6.2016 ha impugnato il provvedimento d'esclusione, contenuto nel verbale n. 8 del 3.5.2016, dalla procedura aperta indetta dal Comune di Pisticci per l'affidamento del servizio di gestione dei procedimenti sanzionatori delle violazioni al codice della

strada di durata quinquennale e del noleggio di due sistemi di rilevamento della velocità.

L'esclusione è stata comminata in quanto la società ricorrente non aveva indicato nell'offerta economica i costi di sicurezza interni e/o aziendali.

Nei motivi d'impugnazione ha dedotto la violazione del bando di gara, degli artt. 46 e 87 D.Lg.vo n. 163/2006, della normativa nazionale e comunitaria in tema di libero affidamento, certezza del diritto e libera prestazione dei servizi, nonché l'eccesso di potere per travisamento, sviamento e omessa o insufficiente motivazione, richiamando le ordinanze della II Sezione del TAR Piemonte n. 1745 del 16.12.2015 e del TAR Molise n. 77 del 12.2.2016.

2. Si sono costituiti in giudizio il Comune di Pisticci e la mandataria SOES s.p.a., che hanno entrambi sostenuto l'infondatezza del ricorso.

3. Il Tribunale amministrativo regionale per la Basilicata, con la sentenza segnata in epigrafe, ha respinto il ricorso, condividendo, sulla questione dell'indicazione nelle offerte economiche dei costi interni per la sicurezza del lavoro, *"il prevalente orientamento giurisprudenziale, suggellato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con le Sentenze n. 3 del 20.3.2015 e n. 9 del 2.11.2015 (cfr. Sentenze TAR Basilicata n. 350 del 12.4.2016, n. 185 del 3.3.2016, n. 545 del 21.8.2015 e n. 790 del 17.11.2014), secondo cui nei procedimenti per l'affidamento di appalti pubblici la predetta omissione va sanzionata con l'esclusione dalla gara, anche se il predetto adempimento e la relativa sanzione di esclusione non sono previsti dalla lex specialis di gara, in quanto l'art. 87, comma 4, D.Lg.vo n. 163/2006 prescrive espressamente l'obbligo dei partecipanti di indicare "specificamente" nelle offerte i predetti costi"*.

4. Appella la sentenza Beta Professional Consulting s.r.l.

Coi due motivi d'appello la società, oltre a riproporre la domanda di risarcimento danni, lamenta gli errori di giudizio nei quali sarebbe incorso il Tribunale amministrativo regionale per la Basilicata per non aver tenuto conto che, per un verso, l'appalto, rientrando nel genus dei contratti esclusi (cfr. All. II B), sarebbe affrancato, ai sensi dell'art. 20 d.lgs. n. 163 del 2006, dalla specifica indicazione degli oneri di sicurezza; e per l'altro, avrebbe prestato acritica adesione all'orientamento giurisprudenziale che, ancorché maggioritario, oltre ad essere stato revocato in dubbio da altri arresti del giudice amministrativo, terrebbe in non cale la specificità della procedura governata da una lex specialis priva dell'obbligo di scorporo dei costi interni di aziendale nell'offerta economica.

Resistono il Comune di Pisticci e Soes s.p.a. nella qualità in epigrafe in proprio e quale capogruppo mandataria Ati con Safety21 s.p.a.

5. Alla Camera di consiglio del 6.10.206, fissata per la decisione della domanda incidentale di sospensione dell'efficacia della sentenza appellata, la causa, previa rituale comunicazione alle parti, è stata introitata direttamente per la decisione di merito.

6. L'appello è fondato, alla stregua delle considerazioni che seguono.

6.1. Non merita favorevole considerazione il primo motivo di gravame (impennato sulla violazione dell'art. 20 del D. Lgs. n. 163/2006), giacché, anche a sottacersi che la relativa censura, come peraltro già evidenziato dai primi giudici, non risulta neppure effettivamente articolata nel ricorso introduttivo del giudizio di primo grado (ed essendo irrilevante che essa sia stata argomentata nel corso della discussione orale), ed anche a voler prescindere dalla natura mista dell'appalto di cui si discute (misto di servizi e fornitura, come ricostruito dai primi giudici, senza alcuna adeguata contestazione da parte dell'appellante), deve comunque sottolinearsi che se è vero che ai sensi del citato art. 20 l'aggiudicazione degli appalti avente ad oggetto i (soli) servizi indicati nell'elenco allegato II B è disciplinato solo dai successivi artt. 68, 65 e 225 (Cons. Stato, sez. III, 13 maggio 2015, n. 2388; sez. IV, 14 giugno 2014, n. 2853), è altrettanto vero che per gli stessi trovano comunque applicazione i principi derivanti dai Trattati e dalle direttive europee (Cons. Stato, sez. V, 13 marzo 2014, n. 1182) e quindi, per effetto di quanto disposto dall'art. 27 del D. Lgs. 163/2006, i principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e

proporzionalità (Cons. Stato, sez. V, 24 aprile 2013, n. 2282), tra cui rientrano le questioni relative all'adeguatezza ed alla congruità dell'offerta presentata dai concorrenti.

6.2. E' invece fondato il secondo motivo di gravame.

La fattispecie dedotta in giudizio s'offre a paradigma della sentenza del Consiglio di Stato, Ad Plen. 27 luglio 2016 n. 19 che, in materia, ha fissato il seguente principio "Per le gare bandite anteriormente all'entrata in vigore del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, nelle ipotesi in cui l'obbligo di indicazione separata dei costi di sicurezza aziendale non sia stato specificato dalla legge di gara, e non sia in contestazione che dal punto di vista sostanziale l'offerta rispetti i costi minimi di sicurezza aziendale, l'esclusione del concorrente non può essere disposta se non dopo che lo stesso sia stato invitato a regolarizzare l'offerta dalla stazione appaltante nel doveroso esercizio dei poteri di soccorso istruttorio".

La procedura in questione è anteriore all'indicata data; l'obbligo d'indicazione separata non era richiesto né dalle norme di gara né dalla modulistica predisposta dalla stazione appaltante per redigere l'offerta; l'esclusione dell'offerta è stata comminata senza la previa verifica del rispetto (non circoscritto alla formale esposizione sebbene estesa alla quantificazione) sostanziale dei costi minimi di sicurezza aziendale, verifica cui l'amministrazione deve procedere necessariamente prima di poter eventualmente disporre l'esclusione dalla gara di un concorrente.

8. Alla stregua di tali osservazioni l'appello deve essere accolto e, per l'effetto, deve essere annullato l'impugnato provvedimento di esclusione dalla gara.

9. Allo stato la domanda di risarcimento del danno deve essere respinta, non rinvenendo nella fattispecie in esame alcun danno risarcibile.

Invero, per un verso, l'amministrazione appaltante in conseguenza della presente decisione dovrà riattivare il procedimento di gara onde procedere alla verifica sopra indicata onde accertare se l'offerta dell'appellante debba essere o meno effettivamente esclusa, così che allo stato alla predetta non risulta definitivamente preclusa in astratto l'aggiudicazione dell'appalto di cui si discute; d'altra parte, come emerge dalla lettura degli atti di causa e delle difese delle parti, non risulta che sia stato stipulato alcun contratto, giacché l'efficacia della sentenza impugnata (oggi riformata) era stata comunque sospesa (decreto monocratico cautelare n. 2870 del 21 luglio 2016) e l'aggiudicazione definitiva (intervenuta nelle more del giudizio di appello) è stato impugnato innanzi al TAR per la Basilicata che ne ha disposto la sospensione con apposita ordinanza cautelare (n. 109 del 13 settembre 2016).

10. Sussistono giustificati motivi per compensare le spese del doppio grado di giudizio in ragione delle oscillazioni giurisprudenziali sulla questione dedotta in giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma dell'appellata sentenza, accoglie il ricorso di prime cure ed annulla l'impugnato provvedimento di esclusione dalla gara.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 ottobre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Oreste Mario Caputo, Consigliere, Estensore

N. 00023/2016REG.PROV.COLL.

N. 00006/2016 REG.RIC.A.P.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6 di A.P. del 2016, proposto dalla Sicurbau s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Roberto Prozzo C.F. PRZRRT62T18F839E, Lucia Di Salvo C.F. DSQLLCU68E50G273Y e Gianluigi Pellegrino C.F. PLLGLG67T12H501S, con domicilio eletto presso Gianluigi Pellegrino in Roma, corso del Rinascimento, 11

contro

Consorzio per le Autostrade Siciliane, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Riccardo Rotigliano C.F. RTGRCR72C23G273J, domiciliata ai sensi dell'articolo 25 del cod. proc. amm. presso la Segreteria del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro, 13

nei confronti di

Toto S.p.a. - Costruzioni Generali, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Immordino C.F. MMRGPP63P18B429G, Giovanni Immordino C.F. MMRGNN62A23B429H e Arturo Cancrini C.F. CNCRTR55C13H501S, con domicilio eletto presso Arturo Cancrini in Roma, piazza San Bernardo 101

e con l'intervento di

Simav S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Gherardo Marone C.F. MRNGRR40D04F839D e Francesco Marone C.F. MRNFNC75A07F839O, con domicilio eletto presso Luigi Napolitano in Roma, via Sicilia, 50

per la riforma della sentenza in forma semplificata del T.A.R. della Sicilia – Sezione staccata di Catania, Sezione I, n. 905/2015

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consorzio per le Autostrade Siciliane e della Toto S.p.a. - Costruzioni Generali;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 giugno 2016 il Cons. Claudio Contessa e uditi per le parti gli avvocati Cancrini, Gruner per delega dell'avvocato Rotigliano, Immordino, Marone, Pellegrino e Prozzo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue

FATTO

Con ricorso proposto al T.A.R. per la Sicilia, Sezione staccata di Catania, e recante il n. 252/2015, l'odierna appellante Sicurbau s.r.l. impugnava gli atti conclusivi della gara, indetta dal Consorzio Autostrade Siciliane, per la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori di adeguamento statico e miglioramento sismico del viadotto Ritiro A20 Messina-Palermo, per un importo complessivo di euro 57.188.319,47.

Nel giudizio di primo grado la ricorrente, seconda classificata, deduceva che l'aggiudicataria Toto S.p.A. avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, in quanto la sua offerta migliorativa prevedeva l'esecuzione di interventi anche su un altro e diverso tronco stradale, né in proprietà, né nella disponibilità della stazione appaltante, ancora in costruzione; in subordine, sempre a giudizio della ricorrente, nel procedimento di gara erano ravvisabili macroscopici vizi di legittimità nell'attribuzione dei punteggi.

L'aggiudicataria, Toto s.p.a., si costituiva in giudizio articolando, altresì, ricorso incidentale.

Nella tesi dell'aggiudicataria "l'ammissione, e, comunque, l'attribuzione del punteggio finale alla Sicurbau S.r.l. risulterebbero viziati".

Sempre per Toto s.p.a. – fermo restando che l'articolo II.2.1 del bando individuava quale categoria prevalente la OS18-A, classe VIII, per l'importo di €.22.219.449,19, nonché quali categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria la OG3 per €.14.597.558,02, la OS21 VI per €.7.053.020,62, la OS11 V per €.4.754.363,89, la OS12-A III-bis per €.1.353.251,31 e quale categoria a qualificazione non obbligatoria la OS23 VI E.6.669.356,13 – la Sicurbau, non munita della qualificazione nella categoria prevalente OS18-A, aveva prodotto un contratto di avalimento privo della specificità richiesta dall'articolo 88 del d.P.R. n. 207 del 2010, quanto meno con riferimento al personale ed allo stabilimento necessario della Omba Impianti Engineering S.p.A, oltre ad aver omesso la produzione di un serie di documenti richiesti dal disciplinare di gara ed incidenti sulla formulazione dell'offerta. Sotto ulteriori profili, la ricorrente incidentale censurava anche l'attribuzione del punteggio finale alla Sicurbau S.r.l. con riferimento all'offerta tempo, ad alcune carenze nelle analisi di prezzo e ad alcune criticità della soluzione tecnica offerta.

Il Tribunale amministrativo adito, con sentenza in forma semplificata n. 905/2015, accoglieva il ricorso incidentale e dichiarava improcedibile il ricorso principale.

In particolare il Giudice di primo grado, dopo aver richiamato la disciplina e la finalità dell'istituto dell'avalimento, riteneva il contratto prodotto in gara dalla Sicurbau non valido ai fini della qualificazione dell'operatore economico nella gara in discussione.

Tanto, sulla base delle seguenti considerazioni:

a) il contratto di avalimento riguardava il "prestito" del requisito nella categoria OS18A, categoria quest'ultima relativa alla produzione in stabilimento ed il montaggio in opera di strutture in acciaio;

b) l'Autorità di vigilanza (in seguito: ANAC), con una sua determinazione (8 settembre 2004, n. 14), ha chiarito che "l'elemento di novità introdotto dal legislatore nella categoria specializzata OS18 di cui all'allegato A del D.P.R. n. 34/2000 e s.m., mediante l'introduzione della locuzione 'produzione in

stabilimento', rispetto alle declaratorie dei precedenti decreti ministeriali n. 770/82 e n. 304/98, è stato quello di riservare la qualificazione in detta categoria alle imprese che abbiano una effettiva capacità aziendale di produrre in proprio e mettere in opera gli elementi previsti dalla declaratoria della suddetta categoria OS18";

c) tale precisazione sarebbe stata dettata dall'esigenza di individuare in capo allo stesso soggetto la titolarità della produzione e della messa in opera e conseguentemente non si potrebbe prescindere dalla verifica dell'effettiva disponibilità dello stabilimento di produzione; per il giudice di primo grado («in altri termini, "per l'attribuzione della qualificazione nella categoria specializzata OS18 deve essere dimostrata la dotazione stabile di uno stabilimento di produzione con macchinari e maestranze idonee. Questa dotazione implica una specifica capacità aziendale nel settore della categoria e, conseguentemente, la sicurezza che l'impresa ha una specifica organizzazione aziendale tesa alla produzione delle strutture previste nella suddetta categoria" »);

d) il contratto di avvalimento prodotto da Sicurbau, pur contenendo all'allegato 1 l'analitica indicazione dei mezzi e delle attrezzature messi a disposizione dall'ausiliaria, non sarebbe sufficiente perché non recherebbe alcun riferimento allo stabilimento industriale di produzione, laddove sarebbe stato essenziale indicarlo nel predetto contratto in ragione dell'importanza che lo stabilimento ha per questa particolare categoria;

e) la circostanza che i mezzi e le attrezzature fossero ubicati all'interno dello stabilimento, non sarebbe sufficiente perché "un conto è indicare dove le attrezzature sono localizzate, cosa ben diversa è mettere a disposizione uno stabilimento industriale", così come non sarebbe possibile ritenere incluso lo stabilimento nella clausola generale per cui l'ausiliaria mette a disposizione il complesso di beni, personale, servizi, attrezzature e know-how;

f) l'insufficienza del contratto di avvalimento non potrebbe essere neppure oggetto di soccorso istruttorio perché, pur applicandosi l'articolo 38 del decreto legislativo n. 163 del 2006, nel testo successivo alle modifiche introdotte dal decreto-legge n. 90 del 2014, sarebbe possibile solo la regolarizzazione della documentazione e non anche la sostanziale sanatoria della mancanza di un requisito al momento dell'offerta.

Avverso la sentenza di primo grado, Sicurbau ha proposto appello dinanzi al Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana rilevando che con il contratto di avvalimento l'ausiliaria aveva messo a disposizione il proprio complesso aziendale di cui fa parte anche lo stabilimento.

Tale conclusione, peraltro, sarebbe avvalorata dal fatto che il predetto contratto di avvalimento, oltre a descrivere le attrezzature, indica anche la loro ubicazione, ossia il loro inserimento all'interno dello stabilimento, risultando precisato "quali sono le attrezzature operanti nell'area officina (pag. 2); quali sono le attrezzature operanti nel piazzale o nel reparto manutenzione (pag. 3)" (pagina 7 dell'appello). Peraltro, alcune delle attrezzature, oggetto del più volte citato contratto, per le loro caratteristiche non potrebbero essere spostate "dall'area operativa di impiego", in tal modo confermando che anche la puntuale indicazione dello stabilimento è inclusa nel contratto di avvalimento. Sempre per l'appellante dovrebbe poi essere privilegiata un'interpretazione del contratto che individui complessivamente l'oggetto e dovrebbe essere evitato un esame della documentazione di gara che si trasformi in una sorta di "caccia all'errore" (pagina 11 dell'appello).

L'interessata, inoltre, ha dedotto l'erroneità della sentenza anche nella parte in cui ha escluso l'applicazione dell'istituto del soccorso istruttorio perché il decreto-legge n. 90 del 2014 avrebbe ampliato il ricorso al dovere/potere di soccorso istruttorio per supplire alla mancanza di ogni tipo di dichiarazione.

Sicurbau ha infine riproposto i motivi già avanzati con il ricorso principale e dichiarati improcedibili dal giudice di primo grado.

Nel giudizio di appello si è costituita la Toto che, oltre a ritenere infondato il motivo di impugnazione legato alla validità del contratto di avvalimento, ha riproposto le altre censure già formulate con il ricorso incidentale di primo grado e non esaminate dal T.A.R..

Nella tesi dell'appellata, al contrario, Sicurbau non avrebbe prodotto un valido contratto di avvalimento difettando l'indicazione dello stabilimento per la produzione delle strutture in acciaio, dovendosi interpretare in modo rigido i requisiti contenutistici del contratto di avvalimento.

Soprattutto con riferimento alla predetta categoria, la disponibilità dello stabilimento sarebbe essenziale per questa particolare tipologia di produzione e, mancando nel contratto di avvalimento, vi sarebbe una carenza del requisito di partecipazione non sanabile con l'attivazione del soccorso istruttorio.

Con ordinanza 10 luglio 2015 n. 451 il C.G.A.R.S., ritenuto che le esigenze cautelari dedotte dall'appellante potessero essere adeguatamente tutelate attraverso la ravvicinata fissazione dell'udienza di discussione della causa nel merito, ha accolto l'istanza cautelare formulata in sede di appello ai soli fini della sollecita fissazione del merito.

Con ordinanza n. 52/2016 (resa all'esito della pubblica udienza del 18 novembre 2016) il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, dopo avere ricostruito con approfonditi richiami il quadro normativo rilevante ai fini della definizione della res controversa, ha ritenuto di sottoporre all'Adunanza Plenaria di questo Consiglio tre questioni ritenute rilevanti ai fini del decidere. I quesiti articolati vertono su questioni di diritto che hanno dato luogo o possono dar luogo a contrasti giurisprudenziali (comma 1 dell'articolo 99 del cod. proc. amm.).

In particolare, è stato chiesto a questa Adunanza Plenaria di stabilire

- 1) se l'articolo 88 d.P.R. 207/2010 – nel richiedere che il contratto deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente, l'oggetto indicando le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico – riguarda unicamente la determinazione dell'oggetto del contratto (così legittimando anche interpretazioni di tipo estensivo) oppure, oltre all'oggetto, anche il c.d. requisito della forma-contenuto;
- 2) se nell'ipotesi di categorie che richiedono particolari requisiti – come nel caso di specie risulta per la categoria OS18A – tali particolari requisiti debbano essere indicati in modo esplicito nel contratto di avvalimento oppure possano essere desunti dall'interpretazione complessiva del contratto;
- 3) se l'istituto del soccorso istruttorio, come disciplinato dopo le novità introdotte dal d.l. 90/2014, possa essere utilizzato anche con riferimento ad incompletezze del contratto di avvalimento che, sotto un profilo civilistico, portano ad affermare la nullità del negozio per mancanza di determinatezza del suo oggetto.

Con atto in data 3 maggio 2016 la Simav s.p.a. ha spiegato intervento volontario nel presente giudizio rappresentato di aver proposto dinanzi a questo Consiglio un ricorso in appello (allo stato pendente dinanzi alla Quarta Sezione con il n. 10790/2015) la cui definizione presuppone la risoluzione della medesima quaestio iuris sottoposta a questa Adunanza Plenaria attraverso l'ordinanza di rimessione in oggetto.

Ha inoltre rappresentato che la Quarta Sezione, con ordinanza n. 1334/2016, ha sospeso il giudizio “in considerazione del fatto che il CGARS ha rimesso all’Adunanza Plenaria la soluzione di questioni da cui può dipendere la soluzione della presente controversia”.

Ha quindi concluso chiedendo che questa Adunanza Plenaria enunci il principio di diritto secondo cui l’articolo 88 del d.P.R. 207 del 2010 riguarda unicamente la determinazione dell’oggetto del contratto, legittimando interpretazioni di tipo estensivo del relativo contenuto.

Tutte le parti costituite hanno articolato ulteriori memorie e deduzioni.

Alla pubblica udienza del giorno 8 giugno 2016 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Giunge alla decisione dell’Adunanza plenaria di questo Consiglio il ricorso in appello proposto dalla Sicurbau s.r.l. (società attiva nel settore degli appalti di lavori che aveva partecipato senza successo alla gara per appalto integrato indetto dal Consorzio Autostrade Siciliane (CAS) ai fini della progettazione esecutiva e l’esecuzione dei lavori di adeguamento statico e miglioramento sismico del viadotto Ritiro A20 Messina-Palermo) avverso la sentenza in forma semplificata del T.A.R. della Sicilia – Sezione staccata di Catania con cui è stato accolto il ricorso incidentale proposto dalla prima classificata Toto s.p.a. e, per l’effetto, è stato dichiarato improcedibile il ricorso principale con cui la seconda classificata – e odierna appellante – Sicurbau aveva contestato gli esiti della gara.

2. L’intervento volontario della Simav s.p.a. proposto ai sensi dell’articolo 28, comma 2 del cod. proc. amm. è inammissibile.

2.1. Come si è anticipato in narrativa, l’interveniente ha dichiarato che l’interesse all’intervento nel presente giudizio deriverebbe dalla duplice circostanza: i) che la stessa Simav ha proposto dinanzi a questo Consiglio un ricorso in appello (allo stato pendente dinanzi alla Quarta Sezione con il n. 10790/2015) la cui definizione presuppone la risoluzione della medesima quaestio iuris sottoposta a questa Adunanza Plenaria attraverso l’ordinanza di remissione in oggetto; ii) che la Quarta Sezione, con ordinanza n. 1334/2016, ha sospeso il giudizio “in considerazione del fatto che il CGARS ha rimesso all’Adunanza Plenaria la soluzione di questioni da cui può dipendere la soluzione della presente controversia”.

2.2. Al riguardo il Collegio osserva in primo luogo che la proposta domanda di intervento non è riconducibile ad alcuna delle figure cui tipicamente si riferisce l’istituto dell’intervento nel processo amministrativo, per come da ultimo disciplinato dall’articolo 28 del cod. proc. amm., nonché – per il grado di appello – dall’articolo 97 (ci si riferisce, in particolare: i) all’intervento volontario del controinteressato pretermesso - parte necessaria del processo non evocata in giudizio -; ii) all’intervento volontario della parte eventuale del processo - ad adiuvandum o ad opponendum -; iii) all’intervento per ordine del Giudice, anche su istanza di parte).

In particolare, non sembra che possa essere sufficiente a consentire l’istanza di intervento la sola circostanza per cui il proponente tale istanza sia parte in un giudizio in cui venga in rilievo una quaestio iuris analoga a quella divisata nell’ambito del giudizio principale.

A tacere d’altro, sembra ostare in modo radicale a tale riconoscimento l’obiettivo diversità di petitum e di causa petendi che distingue i due procedimenti, sì da non configurare in capo al richiedente uno specifico interesse all’intervento nel giudizio ad quem.

Al contrario, laddove si ammettesse la possibilità di spiegare l'intervento volontario a fronte della sola analogia fra le quaestiones iuris controverse nei due giudizi, si finirebbe per introdurre nel processo amministrativo una nozione di 'interesse' del tutto peculiare e svincolata dalla tipica valenza endoprocessuale connessa a tale nozione e potenzialmente foriera di iniziative anche emulative, in toto scisse dall'oggetto specifico del giudizio cui l'intervento si riferisce.

Non a caso, del resto, in base a un orientamento del tutto consolidato, nel processo amministrativo l'intervento ad adiuvandum o ad opponendum può essere proposto solo da un soggetto titolare di una posizione giuridica collegata o dipendente da quella del ricorrente in via principale (sul punto –ex multis -: Cons. Stato, IV, 29 febbraio 2016, n. 853; id., V, 2 agosto 2011, n. 4557).

Si tratta, come è del tutto evidente, di un presupposto che non ricorre nel caso in esame, pacifica essendo in tale ipotesi la piena indipendenza (rectius: la radicale indifferenza) fra la posizione della società che richiede l'intervento e l'appellante principale.

2.3. Si osserva poi che risulterebbe sistematicamente incongruo ammettere l'intervento volontario in ipotesi quale quella che qui ricorre in quanto si demanderebbe in tal modo a un Giudice diverso da quello naturale (art. 25, I, Cost.) il compito di verificare in concreto l'effettività dell'interesse all'intervento (e, con essa, la concreta rilevanza della questione ai fini della definizione del giudizio a quo), in assenza di un adeguato quadro conoscitivo di carattere processuale (si pensi, solo a mo' di esempio, alla necessaria verifica che il Giudice ad quem sarebbe chiamato a svolgere, ai fini del richiamato giudizio di rilevanza, circa l'effettiva sussistenza in capo all'interveniente dei presupposti e delle condizioni per la proposizione del giudizio a quo).

2.4. Non è irrilevante osservare, del resto, che la stessa Quarta Sezione, nel sospendere il giudizio n. 10790/2015 proposto dalla Simav, non ha affermato in modo certo e tassativo la dirimente connessione fra il principio di diritto demandato al giudizio di questa Adunanza Plenaria e la definizione del giudizio a quo, ma si è limitato ad enunciare tale connessione in termini sostanzialmente probabilistici (come si è già detto, la Sezione che ha disposto la c.d. 'sospensione impropria' del giudizio si è limitata sul punto a rilevare che questa Adunanza Plenaria è stata investita "[della] soluzione di questioni da cui può dipendere la soluzione della presente controversia" [enfasi aggiunta]).

Il che depone ulteriormente nel senso della carenza nel caso in esame di univoci elementi idonei a supportare l'ammissibilità della spiegata domanda di intervento.

3. Venendo al merito della questione, si osserva che il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, pur avendo rimesso a questa Adunanza Plenaria i soli tre quesiti di cui in narrativa, ha operato un'ampia e articolata disamina sulla genesi e sull'attuale evoluzione dell'istituto dell'avvalimento che, per la sua completezza, merita certamente di essere richiamata con alcune notazioni puntuali.

3.1. Il CGA ha in primo luogo richiamato la genesi dell'istituto, la cui enucleazione in ambito eurounitario risponde all'obiettivo di garantire "[la] massima partecipazione alle gare, consentendo ai concorrenti di utilizzare i requisiti di capacità tecnico-professionale e economico-finanziaria di soggetti terzi, indipendentemente dalla natura giuridica dei legami con altri soggetti".

I caratteri e le finalità di fondo dell'istituto (per come delineati dall'articolo 47 della direttiva 2004/18/CE) sono stati da ultimo sostanzialmente confermati dall'articolo 63 della direttiva 2014/24/UE (cui corrispondono le analoghe previsioni dell'articolo 38, paragrafo 2 della direttiva 2014/23/UE in tema di concessioni e dell'articolo 79 della direttiva 2014/25/UE in tema di cc.dd. 'settori speciali').

3.2. I Giudici rimettenti hanno altresì sottolineato che i compilatori del previgente 'Codice dei contratti, consapevoli dei potenziali rischi connessi a un uso indistinto e strumentale dell'istituto, avevano associato alla sua prima disciplina talune disposizioni volte a prevenire il rischio della nascita di veri e propri 'avvalifici'.

E' noto tuttavia che l'evoluzione normativa degli anni successivi (anche su impulso della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE) ha temperato alcune delle più rigide preclusioni inizialmente a tal fine introdotte (in particolare: i) il c.d. 'primo correttivo' ha eliminato il divieto di subappalto in favore dell'impresa ausiliaria [in tal senso l'articolo 2, comma 1, lettera d) del decreto legislativo 26 gennaio 2007, n. 6], mentre ii) il c.d. 'terzo correttivo' ha eliminato la possibilità per le stazioni appaltanti di stabilire in sede di bando che, in relazione alla natura o all'importo dell'appalto, le imprese partecipanti potessero avvalersi solo dei requisiti economici o dei requisiti tecnici, ovvero che l'avvalimento potesse integrare un preesistente requisito tecnico o economico già posseduto dall'impresa avvalente in misura percentuale fissata nel bando stesso [in tal senso l'articolo 1, comma 1-ter, lettera n), n. 2) del decreto legislativo 11 settembre 2008, n. 152]).

3.3. E' comunque indubbio che il Legislatore abbia introdotto, sino a tempi recenti, disposizioni in tema di avvalimento evidentemente ispirate da un accentuato atteggiamento di cautela (e in taluni casi da una vera e propria 'diffidenza') in ordine alle possibili derive opportunistiche connesse a veri e propri abusi dell'istituto in questione (in tal senso, ad esempio, l'obbligo per l'impresa ausiliaria di presentare un'apposita dichiarazione d'obbligo circa la messa a disposizione dei requisiti e delle risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto – dichiarazione che la giurisprudenza più recente ha ritenuto necessaria nonostante il suo contenuto risulti in parte riproduttivo di quello proprio del contratto stesso di avvalimento -).

3.4. I Giudici rimettenti hanno poi dato atto dell'orientamento secondo cui il contratto di avvalimento (qualificabile come contratto atipico) presenta tratti propri: i) del contratto di mandato di cui agli articoli 1703 e seguenti del codice civile, ii) dell'appalto di servizi, nonché iii) aspetti di garanzia atipica nei rapporti fra l'impresa ausiliaria e l'amministrazione aggiudicatrice per ciò che riguarda l'assolvimento delle prestazioni dedotte in contratto.

3.5. Ancora, deve essere condivisa la tesi dei Giudici rimettenti secondo cui il contratto di avvalimento presenta tipicamente un carattere di onerosità.

Laddove, peraltro, in sede contrattuale non venga espressamente stabilito un corrispettivo in favore dell'impresa ausiliaria, deve comunque emergere dal testo contrattuale l'interesse – di carattere direttamente o indirettamente patrimoniale – che ha indotto l'ausiliaria medesima ad assumere senza corrispettivo gli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento e le connesse responsabilità.

3.6. I Giudici rimettenti hanno altresì osservato (e in modo parimenti condivisibile) che prevalenti ragioni di carattere sistematico depongono nel senso che la forma scritta del contratto di avvalimento sia prescritta ad substantiam.

Depongono in particolare in tal senso:

i) l'articolo 49, comma 2, lettera f) del previgente 'Codice' il quale, nel prevedere che il concorrente debba produrre ai fini della partecipazione alla gara "in originale o copia autentica il contratto [di avvalimento]", presuppone – sia pure in modo implicito – che il Legislatore richieda la forma scritta per la stessa stipula del contratto;

ii) la sussistenza nel caso di specie delle ragioni di responsabilizzazione del consenso che tipicamente presiedono alla scelta legislativa di imporre che il contratto sia stipulato con forma scritta prescritta ad substantiam.

4. Si può quindi passare alla disamina puntuale dei primi due quesiti articolati dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana i quali, come anticipato in narrativa, concernono l'oggetto del contratto di avalimento, le modalità per la sua esplicitazione e le forme di invalidità conseguenti alle violazioni che vi si possano riferire.

4.1. Al riguardo il CGA si è in primo luogo soffermato sull'apparente diversità disciplinare che emerge dal raffronto fra:

- (da un lato) l'articolo 1346 del codice civile (secondo cui l'oggetto del contratto deve essere "possibile, lecito, determinato o determinabile" – in tal modo escludendo che l'invalidità del contratto possa essere pronunciata in ragione della non immediata determinatezza dell'oggetto) e

- (dall'altro) l'articolo 88, comma 1 del d.P.R. 207 del 2010, secondo cui il contratto di avalimento deve indicare "le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico" (in tal modo legittimando, secondo parte degli osservatori, l'interpretazione secondo cui un contratto di avalimento dal contenuto – soltanto – determinabile risulterebbe per ciò stesso invalido).

4.2. I Giudici rimettenti hanno poi dato atto dei diversi orientamenti formatisi sul tema del contenuto formale del contratto di avalimento (anche per ciò che attiene l'esplicitazione dell'oggetto della pattuizione), sottolineando

i) che, in base a un primo – e rigoroso - orientamento, sarebbe sempre insufficiente, ai fini della validità del contratto di avalimento la mera e tautologica riproduzione, in sede contrattuale, dell'impegno di mettere a disposizione "i requisiti necessari per la partecipazione alla gara, con specifica indicazione dei requisiti stessi e dell'impresa ausiliaria";

ii) che, in base a un secondo orientamento, sarebbe possibile distinguere, ai richiamati fini: i) fra un avalimento di garanzia (con cui l'ausiliaria si impegna a mettere a disposizione dell'ausiliata la propria complessiva solidità economico-finanziaria, in tal modo ampliando lo spettro della responsabilità per la corretta esecuzione dell'appalto) e ii) un avalimento operativo (nel cui ambito occorre effettivamente indicare in modo specifico le risorse che l'ausiliaria mettere a disposizione dell'impresa principale);

iii) che, in base a un ulteriore orientamento (il quale a ben vedere condivide il rigore applicativo che caratterizza quello dinanzi richiamato sub i)), tanto nel caso del c.d. 'avalimento di garanzia', tanto nel caso del c.d. 'avalimento tecnico-operativo' le parti dovrebbero necessariamente indicare in sede contrattuale l'oggetto specifico in modo determinato (e, in particolare, dovrebbero indicare gli specifici "fattori della produzione e tutte le risorse che hanno permesso all'ausiliaria di eseguire le prestazioni analoghe nel periodo richiesto da bando" – in tal senso il punto 5.5.3 dell'ordinanza di rimessione -).

Secondo i Giudici rimettenti, prevalenti ragioni sistematiche deporrebbero nel terzo dei sensi indicati.

A tal fine viene richiamata la teorica della c.d. 'forma-contenuto' la quale, muovendo dalla distinzione fra contenuto formale e contenuto sostanziale dell'atto, giunge ad individuare casi di 'nuovo formalismo' in relazione ai quali viene imposta, ai fini della validità dell'atto, la puntuale esplicitazione di una serie di elementi individuati dal Legislatore.

In siffatte ipotesi la forma non rappresenterebbe solo il mezzo di manifestazione della volontà contrattuale ma recherebbe anche “l’incorporazione di un contenuto minimo (...) di informazioni che attraverso il contratto devono essere fornite”, in tal modo evitando sovrapposizioni con la tematica della determinatezza o della determinabilità dell’oggetto.

Per quanto riguarda il caso in esame, la mancata indicazione nel contratto di avvalimento fra la Sicurbau e la Omba Impianti Engineering S.p.A dello stabilimento ove effettuare la produzione comporterebbe l’indeterminatezza dell’oggetto del contratto – per violazione dell’obbligo di indicare in modo compiuto, esplicito ed esauriente le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico (art. 88 del d.P.R. 207 del 2010) –, nonché la violazione del requisito di forma-contenuto.

Mancando tale indicazione compiuta, esplicita ed esauriente il contratto di avvalimento fra le due richiamate società sarebbe nullo con conseguente assenza del requisito di partecipazione in capo all’operatore economico che ha presentato la domanda.

5. L’impostazione non può essere condivisa.

5.1. Va premesso al riguardo che l’istituto dell’avvalimento è stato introdotto nell’ordinamento nazionale in attuazione di puntuali prescrizioni dell’ordinamento UE e che esso risulta volto, secondo quanto chiarito dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’UE, a conseguire l’apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile.

Si tratta, secondo la Corte, di un obiettivo perseguito dalle direttive a vantaggio non soltanto degli operatori economici, ma parimenti delle amministrazioni aggiudicatrici (in tal senso, sentenza del 23 dicembre 2009 in causa C-305/08, CoNISMa).

L’enucleazione dell’istituto mira inoltre a facilitare l’accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, cui tende altresì la direttiva 2004/18, come posto in rilievo dal considerando 32 (in tal senso la sentenza del 10 ottobre 2013 in causa C-94/12 –SWM Costruzioni).

Trattandosi di obiettivi generali dell’ordinamento eurounitario (e sulla base di generali canoni ermeneutici di matrice UE), grava sull’operatore nazionale l’obbligo di interpretare le categorie del diritto nazionale in senso conforme ad essi (c.d. criterio dell’interpretazione conforme) e di non introdurre in relazione ad essi vincoli e limiti ulteriori e diversi rispetto a quelli che operano in relazione alle analoghe figure del diritto interno (si tratta di un corollario applicativo dei generali principi di parità di trattamento e di non discriminazione che devono assistere le posizioni giuridiche e gli istituti di matrice eurounitaria).

Anche di recente la giurisprudenza della Corte di Giustizia si è soffermata sui vincoli e sui limiti che i Legislatori nazionali possono legittimamente imporre in sede di disciplina positiva dell’istituto dell’avvalimento.

E’ stato affermato al riguardo che gli articoli 47, paragrafo 2 e 48 paragrafo 3 della direttiva 2004/18/CE (in tema, appunto, di avvalimento) non ostano in via assoluta a disposizioni di diritto interno volti a limitare - in casi eccezionali - la possibilità per gli operatori di fare ricorso all’istituto dell’avvalimento.

Tuttavia, in assenza di siffatte e motivate condizioni eccezionali, l’applicazione dei richiamati principi di parità di trattamento e di non discriminazione osta all’introduzione da parte dei Legislatori nazionali di vincoli e limiti alla generale possibilità per gli operatori di fare affidamento sulle capacità di altri soggetti (in tal senso la sentenza 7 aprile 2016 in causa C-324/14 –Partner Apelski Dariusz).

5.2. Riconducendo i principi appena richiamati alle peculiarità del caso di specie, il Collegio osserva che l'applicazione dei richiamati canoni di parità di trattamento e di non discriminazione osta alla proposta interpretazione secondo cui l'individuazione dell'oggetto del contratto di avvalimento dovrebbe sottostare a requisiti ulteriori e più stringenti rispetto a quelli ordinariamente previsti per la generalità dei contratti ai sensi degli articoli 1325 e 1346 e del codice civile; sicché, al contenuto di tali disposizioni, ed all'interpretazione che ne è comunemente data, va riportato anche il disposto di cui all'art. 88, comma 1, del D.P.R. n. 207 del 2010, che va pertanto letto in coerenza con le predette disposizioni codicistiche.

In particolare, l'applicazione dei richiamati canoni osta alla tesi secondo cui:

- mentre per la validità dei contratti in generale è richiesto un oggetto di carattere determinato ovvero determinabile,
- al contrario per il contratto di avvalimento sarebbe sempre e comunque richiesto un oggetto determinato (restando esclusa la determinabilità dello stesso sulla base degli ordinari criteri dell'ermeneutica contrattuale).

Potrebbe in astratto discutersi della legittimità de iure comunitario di una disposizione di diritto interno volta ad imporre in modo esplicito il richiamato canone della necessaria determinatezza dell'oggetto (e, sulla base dei richiamati orientamenti giurisprudenziali, la legittimità di un siffatto orientamento potrebbe essere affermata solo previa adeguata motivazione circa il carattere eccezionale e motivato di tale deroga).

Ma il punto è che non può certamente essere condivisa la tesi interpretativa volta ad introdurre (e in deroga alle generali previsioni di cui all'articolo 1346 cod. civ.) in via necessaria il canone della determinatezza dell'oggetto in assenza – non solo di una valida ragione giustificatrice, ma anche – di una espressa disposizione che chiaramente deponga in tal senso.

5.3. Si osserva in secondo luogo che, nonostante la formulazione non chiarissima delle disposizioni regolamentari che qui rilevano, la previsione di cui all'articolo 88, comma 1, lettera f) del d.P.R. 207 del 2010 (secondo cui "per la qualificazione in gara, il contratto di cui all'articolo 49, comma 2, lettera f), del codice deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente (...) oggetto: le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico") non può essere intesa nel senso di avere introdotto una sostanziale deroga (in senso restrittivo) ai generali canoni civilistici in tema di requisiti dell'oggetto del contratto.

Si osserva al riguardo:

- che, secondo quanto previsto dall'articolo 5, comma 1 del previgente 'Codice dei contratti', il regolamento approvato con d.P.R. 207 del 2010 appartiene al genus dei regolamenti di esecuzione e attuazione di cui all'articolo 17, comma 1, lettere a) e b) della legge 23 agosto 1988, n. 400: si tratta – come è ben noto - di uno strumento normativo attraverso il quale non è possibile introdurre disposizioni sostanzialmente derogatorie della normativa primaria di riferimento;
- che le disposizioni primarie che disciplina(va)no l'istituto dell'avvalimento nella vigenza del decreto legislativo 163 del 2006 (si tratta, in particolare, degli articoli 49 e 50) non legittima(va)no in alcun modo l'introduzione in sede regolamentare di disposizioni volte a derogare all'ordinaria disciplina civilistica in tema di oggetto del contratto (e segnatamente, all'articolo 1346 cod. civ.). Al contrario, l'unica disposizione che rinvia(va) alla valenza attuativa e integrativa del regolamento era il comma 1 dell'articolo 50 il quale, oltre a riferirsi alla diversa materia dell'avvalimento nel caso di operatività di sistemi di attestazione o di qualificazione, non legittima(va) in alcun modo l'introduzione della richiamata disciplina derogatoria;

- che, più in generale, l'articolo 5, comma 5 del previgente 'Codice' (i.e.: la disposizione che, in generale, individuava gli ambiti in relazione ai quali il regolamento avrebbe potuto introdurre disposizioni di attuazione ed esecuzione) non contemplava a propria volta l'introduzione di disposizioni derogatorie in tema di oggetto del contratto di avalimento (né può ritenersi che un'indicazione in tal senso fosse desumibile dalla lettera g) del comma 5, cit., il quale demandava al regolamento il compito di emanare disposizioni attuative ed esecutive in tema di requisiti soggettivi e di qualificazione degli operatori economici).

5.4. Ai limitati fini che qui rilevano, si osserva che neppure le sopravvenute disposizioni di cui al decreto legislativo 19 aprile 2016, n. 50 (di attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE e comunque non rilevanti ai fini della presente decisione) recano, in tema di avalimento, disposizioni derogatorie e di maggior rigore in tema di determinabilità dell'oggetto del contratto.

Si osserva al riguardo:

- che l'articolo 1, comma 1, lettera zz) della legge di delega prevedeva "[la] revisione della disciplina vigente in materia di avalimento, nel rispetto dei principi dell'Unione europea e di quelli desumibili dalla giurisprudenza amministrativa in materia, imponendo che il contratto di avalimento indichi nel dettaglio le risorse e i mezzi prestati, con particolare riguardo ai casi in cui l'oggetto di avalimento sia costituito da certificazioni di qualità o certificati attestanti il possesso di adeguata organizzazione imprenditoriale ai fini della partecipazione alla gara, e rafforzando gli strumenti di verifica circa l'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto di avalimento da parte dell'impresa ausiliaria nonché circa l'effettivo impiego delle risorse medesime nell'esecuzione dell'appalto, al fine di escludere la possibilità di ricorso all'avalimento a cascata e prevedendo che NON possa essere oggetto di avalimento il possesso della qualificazione e dell'esperienza tecnica e professionale necessarie per eseguire le prestazioni da affidare";

- che l'articolo 89 del decreto legislativo n. 50 del 2016 (il quale probabilmente non ha in parte qua utilizzato in modo integrale gli ambiti della delega conferita e non ha introdotto le più rigorose prescrizioni che verosimilmente la l. 50 del 2016 avrebbe consentito) non ha introdotto disposizioni puntuali volte a vincolare le forme di rappresentazione dell'oggetto del contratto, limitandosi a stabilire che esso debba esplicitare l'obbligo nei confronti del concorrente "a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto". Anche in questo caso non ne risulta suffragata la più rigida lettura proposta in sede di ordinanza di rimessione, secondo cui la mera determinabilità (e non già la diretta determinatezza) dell'oggetto del contratto di avalimento ne determinerebbe per ciò stesso la radicale invalidità.

5.5. Si osserva in terzo luogo che le considerazioni dinanzi svolte sub 5.1. e 5.2. (relative al potenziale contrasto con il diritto UE di un'interpretazione volta ad imporre in modo indefettibile il requisito della determinatezza dell'oggetto del contratto di avalimento, nonché l'assenza di disposizioni primarie che confortino una siffatta interpretazione) neppure consentono di prestare adesione alla teorica della nozione di 'forma-contenuto' richiamata in sede di ordinanza di rimessione.

Al riguardo, pur dandosi atto dell'enucleazione di orientamenti volti a propugnare una nozione lata di forma del contratto (sì da individuare ipotesi in cui la puntuale esplicitazione di taluni elementi rileverebbe ai fini della validità del contratto, esplicitandone in qualche misura il contenuto minimo essenziale), non sembra che i richiamati orientamenti siano declinabili in relazione alla materia (che qui viene in rilievo) della forma del contratto di avalimento.

Si osserva al riguardo:

- che la richiamata teorica della c.d. 'forma-contenuto' è stata enucleata in relazione ad ipotesi in cui il Legislatore, al precipuo fine di tutelare la posizione negoziale dei contraenti deboli, predetermina in modo chiaro e tassativo gli specifici elementi che il contratto deve esplicitare in relazione a un determinato oggetto (vengono tradizionalmente richiamati al riguardo: i) i contratti tra imprese e consumatori [Parte III, Titolo I del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206 – c.d. 'Codice del consumo' -], ii) i contratti bancari di cui all'articolo 117 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 ['Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia'], iii) i contratti di credito ai consumatori di cui all'articolo 124, comma 4 del medesimo testo unico; iv) i contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento di cui all'articolo 23 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 ['Testo unico in materia di intermediazione finanziaria'], nonché vi) i contratti di vendita c.d. 'multiproprietà' di cui agli articoli 71 e 72 del richiamato 'Codice del consumo');

- che, nelle ipotesi appena richiamate, l'obbligo di imporre puntuali vincoli di forma (sotto comminatoria di nullità) anche per ciò che riguarda elementi –aliunde – non essenziali del contratto rinvia una puntuale ratio giustificatrice nell'esigenza di colmare, anche attraverso siffatte imposizioni, le asimmetrie informative che tipicamente sussistono fra le parti contraenti. Nelle medesime ipotesi, l'imposizione dei richiamati vincoli di forma richiede una inequivoca esplicitazione normativa e – stante la gravità delle conseguenze connesse alla loro violazione – richiede che la relativa imposizione risponda ai generali canoni della proporzionalità e del minimo mezzo, stante il generale sfavore del Legislatore all'introduzione di vere e proprie forme di 'esclusione occulta' dalle gare;

- che, tuttavia, l'imposizione delle ridette forme di tutela per il contraente debole (e la correlativa introduzione di forme di 'nullità di protezione') non rinvia un'analoga ratio giustificatrice nel settore della contrattualistica pubblica, nel cui ambito agiscono operatori professionali. Non è irrilevante osservare, poi, che gli operatori in cui danno sarebbero destinate ad operare le richiamate ipotesi di 'nullità di protezione' sono coloro che invocano l'applicazione dell'istituto dell'avvalimento, tipicamente individuabili nelle piccole e medie imprese, alle quali potrebbe altrimenti risultare preclusa la stessa partecipazione alle gare;

- che anche a ritenere (ipotesi qui denegata) che il Legislatore possa in astratto introdurre forme di nullità di protezione a tutela dei requisiti di 'forma-contenuto' del contratto di avvalimento, ciò sarebbe possibile solo de iure condendo, laddove – al contrario – la disamina puntuale delle disposizioni che qui rilevano (e, segnatamente, degli articoli 49 e 50 del previgente 'Codice dei contratti', così come dell'articolo 88 del previgente 'Regolamento') non conforta affatto la tesi prospettata con il grado di chiarezza e tassatività che – al contrario – l'imposizione di così stringenti vincoli formali avrebbe imposto in modo indefettibile. Al contrario, si osserva che appare difficilmente sostenibile sotto il profilo sistematico la scelta di porre in comparazione una disposizione (quale l'articolo 1346 del codice civile) che disciplina l'oggetto del contratto – e quindi i suoi requisiti intrinseci e contenutistici – e una disposizione (quale l'articolo 88 del d.P.R. 207 del 2010) che disciplina gli aspetti estrinseci e rappresentativi del contratto di avvalimento.

5.6. Concludendo sul punto, deve ritenersi che l'articolo 88 del d.P.R. 207 del 2010, per la parte in cui prescrive che il contratto di avvalimento debba riportare "in modo compiuto, esplicito ed esauriente (...) le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico", non legittimi né un'interpretazione volta a sancire la nullità del contratto a fronte di un oggetto che sia stato esplicitato in modo (non determinato, ma solo) determinabile, né un'interpretazione volta a riguardare l'invalidità del contratto connessa alle modalità di esplicitazione dell'oggetto sulla base del c.d. 'requisito della forma-contenuto'.

5.6.1. In ipotesi quale quella che qui viene in rilievo, quindi, l'indagine in ordine agli elementi essenziali del contratto (anche ai fini dell'individuazione di eventuali forme di invalidità) deve essere svolta sulla base delle generali regole sull'ermeneutica contrattuale e, segnatamente, sulla base:

- dell'articolo 1363 cod. civ. (rubricato 'Interpretazione complessiva delle clausole'), secondo cui "le clausole del contratto si interpretano le une per mezzo delle altre, attribuendo a ciascuna il senso che risulta dal complesso dell'atto" e

- dell'articolo 1367 del medesimo codice (rubricato 'Conservazione del contratto'), secondo cui "nel dubbio, il contratto o le singole clausole devono interpretarsi nel senso in cui possono avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno".

6. Si osserva poi (rispondendo in parte qua al terzo dei quesiti articolati dai Giudici rimettenti) che non si può giungere a conclusioni diverse da quelle sin qui delineate neppure nelle ipotesi in cui il contratto di avvalimento abbia ad oggetto la messa a disposizione di requisiti connotati da rilevante particolarità (come quelli propri della categoria OS18A - relativa "[alla] produzione in stabilimento ed [al] montaggio in opera di strutture di acciaio" -).

Al riguardo ci si limita ad osservare che, pur dandosi atto dell'evidente necessità che in siffatte ipotesi il possesso del requisito venga accertato in modo rigoroso (e in modo parimenti rigoroso verificato quando esso costituisca oggetto di avvalimento, come sottolineato dall'appellata Toto), non si individuano ragioni testuali o sistematiche per aderire a un'impostazione volta a negare la possibilità che l'accertamento di tale possesso avvenga sulla base dell'interpretazione complessiva del contratto.

A tacer d'altro, l'adesione a una siffatta impostazione finirebbe per far prevalere un approccio di carattere formalistico rispetto alla prevalente esigenza (propria di un istituto di matrice eurounitaria quale l'avvalimento) di garantire la verifica in senso sostanziale circa il possesso effettivo del requisito, se del caso attraverso l'attivazione degli ordinari strumenti dell'ermeneutica contrattuale.

7. Ebbene, riconducendo i principi sin qui individuati alle peculiarità del caso in esame, deve ritenersi che il contratto di avvalimento prodotto dalla Sicurbau ai fini della partecipazione alla gara non risultasse viziato dei lamentati profili di nullità, presentando lo stesso un oggetto agevolmente determinabile dal complessivo tenore del contratto stesso.

7.1. Al riguardo ci si limita ad osservare:

- che il contratto di avvalimento (in atti), di dimensione inusitadamente consistente, indicava in modo effettivamente analitico e puntuale le componenti dell'organizzazione aziendale della Omba Impianti Engineering S.p.A che costituivano oggetto di messa a disposizione in favore della Sicurbau;

- che in particolare, per quanto riguarda l'indicazione dello stabilimento di produzione delle strutture in acciaio, veniva fornito in sede contrattuale un esaustivo elenco dei macchinari e delle attrezzature – voluminosi e di fatto inamovibili - a ciò destinati, con indicazione delle relative matricole identificative;

- che il contratto in questione, pur non indicando nominatim lo stabilimento presso cui le lavorazioni sarebbero state effettuate, consentiva tuttavia – e in modo piuttosto agevole – di determinarne l'esatta ubicazione, attraverso l'univoco richiamo ai macchinari ivi stabilmente collocati (oltretutto, le tabelle incluse nel contratto di avvalimento ricevano un'apposita colonna intestata 'area di impiego' che consentiva in modo univoco e piuttosto agevole la richiamata determinazione spaziale);

- che non può essere condivisa la tesi della Toto secondo cui il contratto di avvalimento in questione risulterebbe comunque invalido per non avere le parti esplicitato in sede contrattuale che l'ausiliaria Omba Impianti Engineering S.p.A. ponesse in modo totale e incondizionato la propria capacità produttiva ad esclusivo servizio della Sicurbau. In tal modo, secondo l'appellata, le parti non avrebbero soddisfatto l'obbligo per l'impresa ausiliaria "[di] mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente" (articolo 49, comma 1, lettera d) del 'Codice dei contratti').

Secondo l'appellata, il contratto in tal modo predisposto risulterebbe invalido in quanto dal suo complessivo tenore emergerebbe che "l'avvalso (Omba Impianti Engineering S.p.A.) non ha perso la piena e incondizionata disponibilità del proprio stabilimento industriale [con] la conseguente facoltà di privilegiare la propria programmazione produttiva a scapito di quella dell'avvalente".

La tesi non può essere condivisa.

Al riguardo ci si limita ad osservare che l'applicazione del generale canone (di matrice anche eurounitaria) della proporzionalità induce ad interpretare ed applicare le disposizioni in tema di avvalimento nel senso di imporre all'impresa ausiliaria di porre a disposizione della concorrente le risorse di cui essa è carente in base a un canone di effettività, senza che ciò comporti l'instaurazione di un sostanziale rapporto di esclusiva, ovvero la necessaria deprivatione dell'ausiliaria della possibilità di dedicare ad altri utilizzi la propria capacità imprenditoriale non immediatamente dedicabile al concordato avvalimento.

Si osserva poi che non può essere condiviso (in quanto oltretutto formulato in termini sostanzialmente ipotetici e dubitativi) l'argomento secondo cui, nel corso delle lavorazioni, la Omba Impianti Engineering S.p.A. avrebbe potuto distogliere verso ad altre finalità (e secondo diversi ordini di priorità) le risorse organizzative che si era invece impegnata a mettere a disposizione dell'appellante Sicurbau.

7.2. Anche per tale ragione non può essere condivisa la tesi volta a sostenere l'invalidità del contratto di avvalimento fra la Sicurbau e la Omba Impianti Engineering S.p.A.

8. In base a quanto sin qui esposto, non vi è ragione per esaminare il terzo dei quesiti articolati dai Giudici rimettenti (relativo alla possibilità di invocare il beneficio del c.d. 'soccorso istruttorio' a fronte di incompletezze del contratto di avvalimento che, sotto il profilo civilistico portano ad affermare la nullità del contratto).

Ciò in quanto, per le ragioni dinanzi esposte, in ipotesi quale quella sottoposta al vaglio di questa Adunanza Plenaria non è neppure ravvisabile un'ipotesi di nullità del contratto di avvalimento.

Difetta, quindi, il presupposto della rilevanza della questione in tal modo posta ai fini della risoluzione della res controversa.

9. In conclusione l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato enuncia il seguente principio di diritto relativo ai primi due quesiti posti nell'ambito dell'ordinanza di rimessione in epigrafe:

L'articolo 49 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e l'articolo 88 del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207, in relazione all'articolo 47, paragrafo 2 della Direttiva 2004/18/CE, devono essere interpretati nel senso che essi ostano a un'interpretazione tale da configurare la nullità del contratto di avvalimento in ipotesi (quale quella che qui rileva) in cui una parte dell'oggetto del contratto di avvalimento, pur non essendo puntualmente determinata fosse tuttavia agevolmente determinabile dal

tenore complessivo del documento, e ciò anche in applicazione degli articoli 1346, 1363 e 1367 del codice civile.

In siffatte ipotesi, neppure sussistono i presupposti per fare applicazione della teorica c.d. del 'requisito della forma/contenuto', non venendo in rilievo l'esigenza (tipica dell'enucleazione di tale figura) di assicurare una particolare tutela al contraente debole attraverso l'individuazione di una specifica forma di 'nullità di protezione'.

Le conclusioni di cui sopra trovano applicazione, non ravvisandosi ragioni in senso contrario, anche nel caso di categorie che richiedono particolari requisiti di qualificazione come la OS18A (riguardante "la produzione in stabilimento ed il montaggio in opera di strutture di acciaio").

Resta invece assorbito il terzo dei quesiti articolati dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, atteso che non si pone nel caso in esame la questione di riconoscere o negare il beneficio del c.d. 'soccorso istruttorio'.

10. Ai sensi del comma 4 dell'articolo 99 del cod. proc. amm. l'Adunanza Plenaria decide l'intera controversia, salvo che ritenga di enunciare il principio di diritto e di restituire per il resto il giudizio alla sezione remittente.

Il Collegio ritiene che nel caso in esame sussistano i presupposti perché, a seguito dell'enunciazione del principio di diritto di cui al precedente punto 10, la questione sia rimessa al Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana.

11. Per le ragioni sin qui esposte, deve essere in primo luogo dichiarata l'inammissibilità dell'intervento in giudizio della Simav.

Il Collegio ritiene che sussistano giusti ed eccezionali motivi per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite per quanto riguarda la posizione della Simav.

Nel merito, l'appello principale deve essere accolto in parte e per l'effetto, alla luce dei principi di diritto dinanzi enunciati sub 10, deve essere disposta la riforma dell'appellata sentenza n. 905/2015 per la parte in cui, in accoglimento del primo motivo di ricorso incidentale proposto dalla Toto, i primi Giudici hanno stabilito che la Sicurbau avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura per cui è causa stante l'invalidità del contratto di avvalimento prodotto ai fini della partecipazione.

Per il resto il giudizio deve essere restituito alla Sezione rimettente che dovrà statuire anche in ordine ai residui capi inerenti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), non definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto

dichiara inammissibile l'intervento in giudizio della Simav s.p.a.;

accoglie in parte il ricorso in appello, nei sensi di cui in motivazione, ed enuncia il principio di cui al precedente punto 10;

rimette per il resto la definizione della questione al Giudice rimettente.

Spese compensate per quanto riguarda la posizione della Simav.

Spese al definitivo per il resto.

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

N. 04557/2016REG.PROV.COLL.

N. 03655/2016 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3655 del 2016, proposto dal Ministero dell'Interno, in persona del Ministro dell'Interno, e dall'U.T.G. - Prefettura di Caserta, in persona del Prefetto *pro tempore*, entrambi rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici sono domiciliati in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

contro

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Lorenzo Lentini (C.F. LNT LNZ 57A19 H703F), con domicilio eletto presso l'Avvocato Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, n. 2;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE I n. 00600/2016, resa tra le parti, concernente informativa interdittiva antimafia

visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio di -OMISSIS-;

viste le memorie difensive;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 ottobre 2016 il Consigliere Massimiliano Noccelli e uditi per le Amministrazioni appellate l'Avvocato dello Stato Maria Vittoria Lumetti e per -OMISSIS- l'Avvocato Lorenzo Lentini;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. -OMISSIS-, in proprio e quale legale rappresentante di -OMISSIS- (di qui in avanti, per brevità, -OMISSIS-), ha impugnato in un precedente giudizio avanti al T.A.R. per la Campania, sede di Napoli, l'informazione antimafia interdittiva prot. n. 16659, Cat. 12b.16/ANT/AREA 1^, emessa dalla Prefettura di Caserta il 3 aprile 2014 a carico suo e della società, deducendo, anche con motivi aggiunti, una serie di vizi attinenti alla violazione del d. lgs. n. 159 del 2011, all'eccesso di potere e alla carenza di motivazione, e ne ha chiesto, previa sospensione, l'annullamento.

1.1. Nel primo grado di quel giudizio si è costituito il Ministero dell'Interno per resistere al ricorso, di cui ha chiesto la reiezione.

1.2. Il primo giudice, disposti incumbenti istruttori, ha dapprima accolto l'istanza cautelare proposta dagli appellanti con ordinanza n. 967 dell'11 giugno 2014, con riserva di approfondire nel merito le doglianze dedotte nel ricorso e nei motivi aggiunti.

1.2. Infine, con la sentenza n. 389 del 22 gennaio 2015, il T.A.R. per la Campania, sede di Napoli, ha respinto

il ricorso e i motivi aggiunti.

2. Avverso tale sentenza hanno proposto appello -OMISSIS- e-OMISSIS-, con ricorso rubricato al R.G. n. 896/2015, e ne hanno chiesto, previa sospensione, la riforma.

2.1. In tale giudizio si sono costituiti avanti a questo Consiglio di Stato il Ministero dell'Interno e l'U.T.G. – Prefettura di Caserta per resistere all'appello.

2.2. La Sezione, con l'ordinanza n. 1014 del 5 marzo 2015, ha respinto l'istanza cautelare, proposta dagli appellanti ai sensi dell'art. 98 c.p.a., rilevando che esse stesse avrebbero potuto ovviare al pregiudizio lamentato chiedendo l'aggiornamento dell'informativa ai sensi dell'art. 91, comma 5, del d. lgs. n. 159 del 2011.

3.-OMISSIS-, uniformandosi alle indicazioni contenute in tale ordinanza, ha proposto il 24 marzo 2015 un'istanza di aggiornamento alla Prefettura di Caserta.

3.1. La Prefettura di Caserta, con provvedimento prot. n. 31408 del 2 giugno 2015, ha confermato la informativa antimafia interdittiva precedentemente emessa.

4. Tale nuovo provvedimento è stato impugnato da-OMISSIS- avanti al T.A.R. per la Campania, sede di Napoli, con un nuovo ricorso, introduttivo del presente giudizio, nel quale essa, lamentando ancora una volta la violazione del d. lgs. n. 159 del 2011 e l'eccesso di potere, ha chiesto l'annullamento, previa sospensione, della nuova informativa avente effetto ancora interdittivo.

4.1. Si sono costituiti nel primo grado del giudizio il Ministero dell'Interno e l'U.T.G. – Prefettura di Caserta per resistere al ricorso.

4.2. Il T.A.R. per la Campania, sede di Napoli, con la sentenza n. 600 del 29 gennaio 2016, ha accolto il ricorso ed ha annullato l'informativa.

5. Avverso tale sentenza hanno proposto appello il Ministero dell'Interno e l'U.T.G. – Prefettura di Caserta e ne hanno chiesto, previa sospensione, la riforma.

5.1. Si è costituita la società appellata, con articolata memoria difensiva depositata il 17 giugno 2016, per chiedere la reiezione dell'appello.

5.2. Nella camera di consiglio del 23 giugno 2016, fissata per l'esame della domanda di sospensione, la causa, anche per la sua connessione con il giudizio R.G. n. 896/2015 dianzi menzionato, è stata rinviata insieme con questa, per la sollecita trattazione del merito, alla pubblica udienza del 13 ottobre 2016.

5.3. In tale udienza il Collegio, sentiti i difensori delle parti, ha trattenuto la causa in decisione.

6. L'appello proposto dal Ministero dell'Interno è fondato e va accolto.

7. Occorre ripercorrere brevemente, per chiarezza d'analisi, i fatti salienti del presente giudizio.

7.1. La Prefettura di Caserta, con la prima informativa del 3 marzo 2014, ha recepito e fatto propri, ai fini interdittivi antimafia, gli elementi a carico di-OMISSIS- emersi nel corso delle investigazioni dalla Direzione Distrettuale Antimafia di Firenze sul conto di -OMISSIS-, ritenuto vero *dominus* e gestore di fatto della società, e di altri imprenditori, indagati per l'ipotesi delittuosa di cui all'art. 260 del d. lgs. n. 152 del 2006, oltre che per quella di truffa aggravata, nell'esecuzione delle opere per la realizzazione del nodo di Firenze della linea ferroviaria dell'alta velocità.

7.2. Il T.A.R. per la Campania, sede di Napoli, con la sentenza n. 389 del 2015, come si è accennato, ha ritenuto tali elementi idonei a sorreggere la valutazione di infiltrazione mafiosa compiuta dalla Prefettura di Caserta.

7.3.-OMISSIS-, che ha impugnato tale sentenza, anche per impulso dell'ordinanza cautelare n. 1014 del 2015 emanata da questo Consiglio nel giudizio di appello contro detta sentenza, ha proposto *medio tempore* alla Prefettura di Caserta una istanza di aggiornamento ai sensi dell'art. 91, comma 5, del d. lgs. n. 159 del 2011.

7.4. La Prefettura di Caserta ha emanato una nuova informativa positiva, ad effetto, cioè, interdittivo, nei confronti della società, confermando il precedente giudizio di tale permeabilità mafiosa dell'impresa e

ritenendo influenti gli elementi di novità addotti da -OMISSIS- nella propria istanza di aggiornamento.

8. Con la sentenza qui impugnata, la n. 600 del 2016, il T.A.R. per la Campania, sede di Napoli, accogliendo il nuovo ricorso proposto dalla società, ha annullato la seconda informativa, in quanto:

- lo stralcio della posizione processuale di -OMISSIS-, ritenuto *dominus* della società appellata, indagato con altri soggetti in un procedimento penale per la ipotizzata violazione, tra l'altro, dell'art. 260 del d. lgs. n. 152 del 2006 (traffico illecito di rifiuti), costituirebbe un elemento di novità, rispetto all'originario impianto motivazionale della prima informativa antimafia, sul quale la Prefettura non avrebbe specificamente motivato in sede di aggiornamento (p. 6 della sentenza impugnata);

- l'esistenza di rapporti "non buoni" con la -OMISSIS-, ritenuta dalla prima informativa quale decisivo elemento di collegamento della -OMISSIS- con il -OMISSIS-, secondo quanto emergerebbe dalle intercettazioni telefoniche del 28 settembre 2011, e l'assenza della necessaria connotazione mafiosa sia negli illeciti penali per i quali -OMISSIS- risulta indagato sia nelle frequentazioni di quest'ultimo riscontrate dalle forze di polizia con altri soggetti con lui coindagati dimostrerebbero la mancanza o, comunque, il venir meno di qualsivoglia motivato pericolo di infiltrazione mafiosa (pp. 6-7 della sentenza impugnata).

9. Le motivazioni del primo giudice non sono condivisibili.

9.1. Diversamente da quanto ha ritenuto il T.A.R. per la Campania, anzitutto, occorre ribadire, in sintonia con la ormai consolidata giurisprudenza di questo Consiglio sul punto (v., *ex plurimis*, Cons. St., sez. III, 21 dicembre 2012, n. 6618; Cons. St., sez. III, 28 aprile 2016, n. 1632), che il disvalore sociale e la portata del danno ambientale connesso al traffico illecito di rifiuti, di cui all'art. 260 del d. lgs. n. 152 del 2006, costituiscono, già di per se stessi, ragioni sufficienti a far valutare con attenzione i contesti imprenditoriali, nei quali sono rilevati, in quanto oggettivamente esposti al malaffare e, sempre più di frequente, al concreto pericolo di infiltrazioni delle associazioni criminali di stampo camorristico.

9.2. Non a caso, infatti, l'art. 84, comma 4, lett. a), del d. lgs. n. 159 del 2011 prevede che le situazioni relative ai tentativi di infiltrazione mafiosa, che danno luogo all'adozione dell'informativa, sono desunte, tra l'altro, dai provvedimenti che dispongono una misura cautelare o il giudizio o che recano una condanna, anche non definitiva, per taluni dei delitti di cui all'art. 51, comma 3-bis, c.p.p., tra i quali figura, espressamente, il delitto previsto dall'art. 260 del d. lgs. n. 152 del 2006.

9.3. Né rileva che, nel caso di specie, la Prefettura di Caserta abbia tratto detti elementi da un decreto di perquisizione disposto dalla Procura della Repubblica D.D.A. di Firenze a carico di -OMISSIS- e non da uno dei provvedimenti tipici di cui all'art. 84, comma 4, lett. a), citato, poiché il Prefetto può acquisire anche elementi diversi ed ulteriori da altri provvedimenti dell'autorità giudiziaria penale, inquirente o giudicante, ai sensi dell'art. 91, comma 6, del d. lgs. n. 159 del 2011, come la Sezione ha già chiarito nella sentenza n. 1743 del 3 maggio 2016, alle cui motivazioni il Collegio, per obbligo di sintesi, qui si richiama.

9.4. L'autorità prefettizia, quindi, legittimamente assume o desume elementi indiziari di infiltrazione mafiosa nell'impresa anche dal decreto di perquisizione disposto dal p.m., laddove dalle motivazioni di tale decreto emergano fatti o anche valutazioni del materiale investigativo raccolto nel corso delle indagini, da parte del p.m., aventi una valenza sintomatica di detta infiltrazione, alla stregua del criterio del "più probabile che non".

9.5. Nel caso di specie, sul piano fattuale, ciò è senz'altro avvenuto, perché nel decreto di perquisizione si legge che «è stato accertato dai Ros che il conferimento di questi rifiuti aveva una unitaria regia, ove le ditte smaltitrici si dividevano in pieno accordo i quantitativi, risultando in realtà solo apparenti smaltitori, ma di fatto gestendo tutta l'attività di raccolta, trasporto e smaltimento in discarica, la ditta -OMISSIS-, gestita da -OMISSIS-, che in concreto è risultata avere quasi il monopolio del trasporto e del movimento terra dell'appalto» e che «la figura del -OMISSIS- e della impresa -OMISSIS- è risultata, da accertamenti svolti e da fonti di prova acquisite in atti, strettamente collegata ad ambienti della criminalità organizzata di tipo camorristico e in particolare ai -OMISSIS- e alla -OMISSIS-».

9.6. Si tratta di elementi assai rilevanti, ai fini dell'art. 91, comma 6, del d. lgs. n. 159 del 2011, e di valutazioni indubbiamente gravi, effettuate dalla competente Direzione Distrettuale Antimafia sulla base degli accertamenti svolti, elementi e valutazioni, posti a base del provvedimento interdittivo perché sintomatici, secondo la logica del "più probabile che non" (Cons. St., sez. III, 3 maggio 2013, n. 1743), dell'inquinamento mafioso, che non possono ritenersi in alcun modo superati da quelli adottati nell'istanza di aggiornamento, come ha correttamente ritenuto il Prefetto nell'informativa prot. n. 31408 del 2 giugno 2015, qui impugnata.

9.7. Quanto allo stralcio della posizione di -OMISSIS- rispetto a quella degli altri indagati, che sono stati rinviati a giudizio, correttamente l'informativa ha rilevato, infatti, che si tratta di un elemento neutrale rispetto alle motivazioni sottese alla precedente interdittiva, peraltro confermata dalla sentenza n. 389 del 2015 del T.A.R. per la Campania, per quanto oggetto di impugnazione avanti a questo Consiglio.

9.8. Lo stralcio della posizione processuale di -OMISSIS-, che può essere determinato dalle più varie esigenze processuali e dalle più diverse strategie investigative soprattutto in procedimenti penali, come quello in esame, con numerosi indagati, non costituisce certo un provvedimento che elide o smentisce, in alcun modo, gli elementi e le valutazioni contenute nel provvedimento di sequestro e posti a base del provvedimento interdittivo, poi riconfermato dalla Prefettura di Caserta.

9.9. Nei confronti di -OMISSIS-, anche attualmente, non risulta essere stata richiesta l'archiviazione da parte del p.m. né essere stato emesso dall'autorità giudiziaria penale alcun provvedimento avente efficacia anche *lato sensu* scagionante.

10. Tanto basta a sorreggere, sul piano motivazionale, il nuovo provvedimento interdittivo emesso dalla Prefettura, non essendovi elementi che consentano di ritenere mutato il grave quadro indiziario posto alla base della prima informativa.

10.1. Tali non sono certo, a differenza di quanto ha ritenuto il T.A.R., i contenuti dell'intercettazione telefonica tra -OMISSIS- e la sorella -OMISSIS-, avvenuta il 28 settembre 2011 (doc. 6 fasc. parte appellata), dai quali non è possibile desumere, come fa la sentenza impugnata, che i rapporti tra -OMISSIS- e la -OMISSIS- non siano buoni o, addirittura, siano recisi e/o venuti meno per il solo fatto che -OMISSIS- abbia posto all'incasso tre assegni emessi da -OMISSIS- per l'acquisto delle quote della -OMISSIS-, pure gestita dalla -OMISSIS-.

10.2. L'irritazione mostrata nel corso della telefonata da -OMISSIS- per l'incasso degli assegni emessi per ingenti importi, senza essere stato preavvisato, non dimostra affatto che i rapporti tra la -OMISSIS- e la -OMISSIS- siano venuti meno, ma anzi conferma che tali rapporti vi sono stati, peraltro in riferimento ad altra società, -OMISSIS-, pur sempre riconducibile alla -OMISSIS-.

10.3. La nota informativa del Comando dei Carabinieri per la Tutela dell'Ambiente del 17 maggio 2012 (doc. 5 fasc. parte appellata), sulla quale più volte la difesa dell'appellata, nella propria memoria, insiste al fine di dimostrare l'assenza di legami tra -OMISSIS- e le organizzazioni criminali, pur essendo precedente agli elementi investigativi posti a fondamento del successivo e sopra richiamato decreto di perquisizione, sottolinea al riguardo, comunque, l'esistenza di un'altra nota informativa, secondo cui la improvvisa cessione delle quote della -OMISSIS- da parte di -OMISSIS- coincide temporalmente con l'incriminazione del di lui figlio, -OMISSIS-, definito come contiguo all'organizzazione del -OMISSIS-.

10.4. Quanto alla natura delle condotte e delle frequentazioni contestate a -OMISSIS-, svalutate dal T.A.R. perché non aventi sicura connotazione "mafiosa", si è detto che il delitto di cui all'art. 260 del d. lgs. n. 152 del 2006 è invece uno dei delitti-spia previsti dall'art. 84, comma 4, lett. a), del d. lgs. n. 159 del 2011, e nel caso di specie dalle motivazioni del decreto di perquisizione si evince, sulla base degli elementi raccolti nelle investigazioni, che -OMISSIS- sarebbe il "regista" dell'intera operazione, coordinando gli altri imprenditori coindagati, in compagnia dei quali, infatti, è stato trovato dalle forze di polizia.

10.5. È irrilevante, infine, anche la circostanza, erroneamente valorizzata dal primo giudice, che nella

richiesta di rinvio a giudizio nei confronti degli altri coindagati non sia stata contestata l'aggravante di cui all'art. 7 del d.l. n. 152 del 1991 o il delitto di cui all'art. 416-*bis* c.p., poiché la valenza sintomatica del delitto di cui all'art. 260 del d. lgs. n. 152 del 2006 ben può prescindere e prescinde, nella stessa astratta valutazione del legislatore, dalla contestazione di tale aggravante o della stessa associazione di stampo mafioso.

11. In conclusione, per tutte le ragioni vedute, l'appello proposto dalle Amministrazioni è fondato e deve essere accolto, sicché, in integrale riforma della sentenza impugnata, va respinto il ricorso proposto in primo grado da-OMISSIS-.

12. Ulteriori elementi di novità, realmente significativi, potranno essere rappresentati dall'impresa alla Prefettura in una eventuale nuova istanza di aggiornamento ai sensi dell'art. 91, comma 5, del d. lgs. n. 159 del 2011.

12.1. Va qui ribadito, infatti, quanto di recente la Sezione precisato, che è in tale sede e, cioè, in quella procedimentale finalizzata all'aggiornamento, fondamentale punto di snodo nella disciplina di questa materia, che la pretesa rilevanza degli elementi sopravvenuti deve essere esaminata dalla Prefettura ai fini di un eventuale aggiornamento c.d. liberatorio dell'informativa (Cons. St., sez. III, 5 ottobre 2016, n. 4121).

13. Le spese del doppio grado di giudizio seguono la soccombenza di-OMISSIS- e sono liquidate in dispositivo.

13.1. Rimane definitivamente a carico dell'appellata anche il contributo unificato richiesto per la proposizione del ricorso in primo grado.

13.2.-OMISSIS- corrisponderà, altresì, anche il contributo unificato prenotato a debito dall'Amministrazione appellante.

13.3. L'istituto della prenotazione a debito infatti, se per un verso esenta la pubblica amministrazione dal pagamento degli importi delle imposte e delle tasse – ivi compresi quelli afferenti al contributo unificato – che gravano sul processo, assolve, altresì, alla funzione, sotto il profilo amministrativo-contabile, di evitare che di detta esenzione possa giovare la controparte in caso di soccombenza (v., *ex plurimis*, Cass., sez. VI - Lav., 3.11.2015, ord. n. 22439; Cons. St., sez. III, 6 giugno 2016, n. 2401).

13.4. Nella ipotesi cui la parte privata è soccombente, come quella presente, la stessa è dunque tenuta al pagamento, in favore dell'erario, delle spese prenotate a debito, analogamente a quanto sarebbe avvenuto nei confronti di qualsiasi altra parte vittoriosa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in integrale riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso proposto in primo grado da -OMISSIS-

Condanna -OMISSIS- a rifondere in favore del Ministero dell'Interno le spese del doppio grado di giudizio, che liquida nel complessivo importo di € 7.000,00, di cui € 2.500,00 per il primo grado ed € 4.500,00 per il secondo grado, oltre gli accessori (spese generali, IVA e CPA) come per legge.

Pone definitivamente a carico di -OMISSIS- il contributo unificato richiesto per la proposizione del ricorso in primo grado nonché il contributo unificato prenotato a debito dal Ministero dell'Interno per la proposizione dell'appello.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'art. 52, comma 1, del d. lgs. n. 196 del 2003, a tutela dei diritti o della dignità delle parti interessate, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare -OMISSIS-, -OMISSIS-, -OMISSIS-, la -OMISSIS-, -OMISSIS-, -OMISSIS- e -OMISSIS-

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

Luigi Maruotti, Presidente
Manfredo Atzeni, Consigliere
Massimiliano Noccelli, Consigliere, Estensore
Stefania Santoleri, Consigliere
Raffaello Sestini, Consigliere

L'ESTENSORE

Massimiliano Noccelli

IL PRESIDENTE

Luigi Maruotti

Pubblicato il 25/10/2016
N. 01332/2016 REG.PROV.COLL.
N. 00261/2016 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte
(Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 261 del 2016, integrato da motivi aggiunti, proposto da:
Atzwanger s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv.ti Gerhard Brandstätter, Walter Greifenegg, Alberto Pierpaolo Prinetto, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Torino, via De Sonnaz, 3;

contro

Iren s.p.a. e Iren Energia s.p.a., rappresentate e difese dall'avv. Giancarlo Cantelli, con domicilio eletto presso l'avv. Andrea Gandino in Torino, corso Duca degli Abruzzi 4;

nei confronti di

Amarc DHP s.r.l. e Sprovieri s.r.l., rappresentate e difese dall'avv. Carlo Gino Sinatra, con domicilio eletto presso l'avv. Alberto Marengo in Torino, corso Galileo Ferraris, 43;

per l'annullamento

- dell'aggiudicazione definitiva – quale risulta dalla determinazione dell'Amministratore delegato di Iren Energia s.p.a. in data 8 gennaio 2016 n. 94/2015 – all'a.t.i. controinteressata dell'appalto avente ad oggetto i lavori per la realizzazione della stazione di scambio termico e pompaggio per il teleriscaldamento presso il termovalorizzatore del Gerbido (TO);
- della relazione in data 28 dicembre 2015;
- della "relazione conclusiva di congruità" adottata dalla commissione tecnica in data 25 maggio 2016 e dei relativi verbali;
- della determinazione di Iren Energia s.p.a. n. 17/2016 del 31 maggio 2016, con la quale è stata confermata l'aggiudicazione definitiva all'a.t.i. controinteressata;
- per il risarcimento del danno in forma specifica ovvero per equivalente;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 settembre 2016 il dott. Savio Picone e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con determinazione n. 129 del 23 ottobre 2015, la Iren s.p.a. (per conto della controllata Iren Energia s.p.a.) ha indetto una procedura aperta per l'appalto avente ad oggetto la realizzazione di una stazione di scambio termico e pompaggio per il teleriscaldamento presso il termovalorizzatore del Gerbido, di importo a base di gara pari ad euro 10.000.000,00 da aggiudicarsi al prezzo più basso.

L'a.t.i. tra Amarc DHP s.r.l. (mandataria) e Sprovieri s.r.l. (mandante) è risultata migliore offerente, con il

ribasso del 45,82% sul corrispettivo a base d'asta.

L'aggiudicazione definitiva dell'appalto è stata disposta con determina di Iren Energia s.p.a. n. 94 del 9 gennaio 2016.

La ricorrente Atzwanger s.p.a., seconda classificata con il ribasso del 18,35%, ha impugnato l'aggiudicazione dinanzi al TAR Emilia Romagna – Sezione di Parma, che con ordinanza collegiale n. 69/2016 ha dichiarato la propria incompetenza territoriale.

Il giudizio è stato ritualmente riassunto dinanzi a questo Tribunale, con atto depositato il 17 marzo 2016.

La Atzwanger s.p.a. ha dedotto, con unica ed articolata censura, l'eccesso di potere per travisamento, difetto d'istruttoria e di motivazione, in relazione all'anomalia del ribasso offerto dal raggruppamento aggiudicatario.

Con motivi aggiunti depositati il 24 marzo 2016, ha altresì dedotto la violazione dell'art. 38 del d.lgs. n.163 del 2006, in relazione alla mancata verifica dell'assenza di cause di esclusione nei confronti delle aggiudicatarie e dei rispettivi amministratori.

Si sono costituite Iren s.p.a., Iren Energia s.p.a., Amarc DHP s.r.l. e Sprovieri s.r.l., chiedendo il rigetto del ricorso.

L'istanza cautelare è stata accolta, con ordinanza di questa Sezione n. 135/2016 così motivata:

“Rilevato, nei limiti della sommaria cognizione propria della fase cautelare:

- che il ribasso dell'a.t.i. aggiudicataria (45,82% sul corrispettivo a base d'asta), tanto in assoluto che in raffronto con i ribassi offerti dalla altre concorrenti, è di entità tale da richiedere un'approfondita e scrupolosa verifica sull'anomalia;

- che la stazione appaltante, in sede di esame delle giustificazioni, non ha adeguatamente valutato la congruità dei costi per manodopera e mezzi (rispettivamente: euro 769.600 ed euro 40.000);

- che, a tal fine, non appare sufficiente la relazione del 28 dicembre 2015 a firma del Direttore di produzione;

Ritenuto, pertanto, di dover sospendere l'efficacia dell'aggiudicazione definitiva, ordinando alla stazione appaltante di rinnovare la verifica di congruità dell'offerta economica dell'a.t.i. AmarcDHP s.r.l. e Sprovieri s.r.l., che dovrà essere affidata ad apposita commissione tecnica composta da tre membri qualificati, da nominarsi ai sensi dell'art. 88, comma 1-bis, del D.Lgs. n. 163 del 2006”.

La stazione appaltante ha provveduto al riesame dell'offerta economica, nominando una commissione tecnica composta dall'ing. Clara, dall'ing. Claus e dall'ing. Rossi. La commissione ha esaminato la documentazione di gara nella sedute del 28 aprile e del 12 maggio 2016. In seguito, nella seduta del 18 maggio 2016, si è svolto l'incontro in contraddittorio con i rappresentanti di Amarc DHP s.r.l. e Sprovieri s.r.l., che hanno prodotto ulteriori documenti. Infine, con verbale del 25 maggio 2016, la commissione ha concluso la propria istruttoria giudicando non anomala l'offerta economica dell'a.t.i. aggiudicataria.

Con determina n. 17 del 31 maggio 2016, la IrenEnergia s.p.a. ha confermato l'aggiudicazione definitiva dell'appalto all'a.t.i. tra Amarc DHP s.r.l. e Sprovieri s.r.l., al prezzo complessivo di euro 5.555.460,00.

La Atzwanger s.p.a. ha impugnato il provvedimento di conferma ed i verbali della commissione tecnica, con motivi aggiunti depositati il 17 giugno 2016, deducendo nuovamente l'eccesso di potere per travisamento, difetto d'istruttoria e di motivazione.

La stazione appaltante e le società controinteressate hanno replicato agli ultimi motivi aggiunti, chiedendone il rigetto.

Alla pubblica udienza del 27 settembre 2016 la causa è passata in decisione.

DIRITTO

Il ricorso originario è improcedibile.

Infatti, ottemperando all'ordinanza cautelare n. 135/2016, la stazione appaltante ha nominato una commissione tecnica per l'integrale rinnovo dell'istruttoria avente ad oggetto l'anomalia del ribasso offerto dall'a.t.i. controinteressata. La commissione ha richiesto, in occasione del contraddittorio con i rappresentanti del raggruppamento, un'integrazione delle giustificazioni e della documentazione tecnica, in relazione alle forniture (scambiatore di calore, sistema aria compressa, valvole a sfera e a farfalla, pompe, carro ponte), alla manodopera (analisi delle ore complessive e delle ore di presenza in cantiere), ai mezzi ed all'attrezzatura di cantiere.

Il provvedimento del 31 maggio 2016, con il quale l'amministratore delegato della Iren Energia s.p.a. ha confermato l'aggiudicazione definitiva dell'appalto all'a.t.i. Amarc DHP s.r.l., non ha contenuto meramente confermativo del precedente atto di aggiudicazione.

Ne discende l'improcedibilità dell'impugnativa originariamente proposta dalla Atzwanger s.p.a. avverso l'atto del 9 gennaio 2016.

I motivi aggiunti sono infondati.

Come è noto, il giudizio di verifica della congruità di un ribasso apparentemente anomalo ha natura globale e sintetica, sulla serietà o meno dell'offerta nel suo insieme, restando irrilevanti eventuali singole voci di scostamento; tale verifica non ha dunque per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze, essendo invero finalizzato ad accertare se l'offerta sia attendibile nel suo complesso e, dunque, se dia o meno serio affidamento circa la corretta esecuzione dell'appalto.

Ciò significa che, in sede processuale, il giudice amministrativo può sindacare le valutazioni compiute dalla stazione appaltante sotto il profilo della loro logicità e ragionevolezza e della congruità dell'istruttoria, ma non può ripetere autonomamente la verifica della congruità del ribasso e delle singole voci di costo, poiché in tal modo finirebbe per invadere una sfera propria della pubblica amministrazione nell'esercizio della discrezionalità ad essa riservata (così, tra molte: Cons. Stato, sez. VI, 7 settembre 2012 n. 4744).

Nella fase cautelare, il Collegio aveva rilevato un insufficiente approfondimento istruttorio, in merito alla congruità dei costi per manodopera (euro 769.600) ed attrezzature (euro 40.000). La relazione del 28 dicembre 2015, a firma del Direttore di produzione della Iren Energia s.p.a., era apparsa eccessivamente sintetica e non motivata.

In seguito, la stazione appaltante ha conferito a tre professionisti l'incarico di riesaminare compiutamente le giustificazioni del raggruppamento aggiudicatario.

La relazione tecnica conclusiva (doc. 23) dà conto della congruità dei costi stimati:

- a) per le forniture, sulla base dei progetti di dimensionamento dei componenti e di prospetti di forniture analoghe;
- b) per la manodopera, sulla base dei costi per la progettazione ed il montaggio, giudicati in linea con il contratto collettivo nazionale applicabile e comparati con i costi omogenei in altri due interventi di analoghe dimensioni e complessità (l'impianto "Tor di Valle" per conto della A.C.E.A. s.p.a.; l'impianto presso il "Centro del Martinetto" per conto della stessa Iren Energia s.p.a.);
- c) per i mezzi di cantiere, sulla base dell'analisi di dettaglio del programma di utilizzo e dei valori di ammortamento.

La voluminosa documentazione tecnica prodotta dall'a.t.i. aggiudicataria è stata allegata ai verbali della commissione e contiene, tra l'altro, la quotazione dei prezzi di fornitura.

E' indubbio, ad avviso del Collegio, che l'analisi dei costi di esecuzione dell'appalto sia stata diligentemente eseguita dalla stazione appaltante, in seguito alla sospensione cautelare dell'aggiudicazione.

Alla luce del supplemento d'istruttoria così svolto, le censure dedotte dalla società ricorrente mediante gli ultimi motivi aggiunti non possono essere accolte. Il giudizio finale di congruità dell'offerta economica dell'a.t.i. Amarc DHP s.r.l. è sorretto da adeguata motivazione. In ossequio ai limiti più volte posti dalla

giurisprudenza, le valutazioni espresse dalla commissione di esperti non possono essere sindacate nel merito, né possono essere sottoposte al vaglio di una consulenza tecnica d'ufficio che finirebbe per sconfinare nella sfera di discrezionalità sottratta alla cognizione del giudice amministrativo.

In conclusione, il ricorso è in parte improcedibile ed in parte infondato.

Le spese di giudizio possono essere compensate, avuto riguardo all'esito della fase cautelare ed al complessivo andamento del procedimento di gara.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando:

dichiara improcedibile il ricorso principale;

respinge i motivi aggiunti;

compensa le spese processuali.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 27 settembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Testori, Presidente

Savio Picone, Consigliere, Estensore

Ariberto Sabino Limongelli, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Savio Picone

Carlo Testori

Corte di Giustizia Europea sez. IV 27/10/2016 n. C-292/15

Nella causa C-292/15,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dalla Vergabekammer Südbayern (sezione amministrativa competente in materia di appalti della Baviera del Sud, Germania), con decisione del 5 giugno 2015, pervenuta in cancelleria il 10 giugno 2015, nel procedimento

Hörmann Reisen GmbH

contro

Stadt Augsburg,

Landkreis Augsburg,

LA CORTE (Quarta Sezione),

composta da T. von Danwitz, presidente di sezione, E. Juhász (relatore), C. Vajda, K. Jürimäe e C. Lycourgos, giudici,

avvocato generale: E. Sharpston

cancelliere: A. Calot Escobar

considerate le osservazioni presentate:

- per la Hörmann Reisen GmbH, da S. Roling e T. Martin, Rechtsanwälte;
- per la Stadt Augsburg e il Landkreis Augsburg, da R. Wiemann, Rechtsanwalt;
- per la Commissione europea, da G. Braun, A. Tokár e J. Hottiaux, in qualità di agenti,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 28 giugno 2016,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'articolo 4, paragrafo 7, e dell'articolo 5, paragrafo 1, del regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia e che abroga i regolamenti del Consiglio (CEE) n. 1191/69 e (CEE) n. 1107/70 (GU 2007, L 315, pag. 1).

2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra la Hörmann Reisen GmbH e la Stadt Augsburg (città di Augusta, Germania) e il Landkreis Augsburg (distretto di Augusta) (in prosieguito, considerate insieme: le «amministrazioni aggiudicatrici»), in merito alla regolarità di una gara d'appalto per servizi pubblici di trasporto di passeggeri con autobus.

Contesto normativo

3 Il considerando 4 del regolamento n. 1370/2007 così recita:

«Gli obiettivi principali definiti nel Libro bianco della Commissione [europea] del 12 settembre 2001, “La politica europea dei trasporti fino al 2010: il momento delle scelte”, consistono nel garantire servizi di trasporto passeggeri sicuri, efficaci e di qualità grazie a una concorrenza regolamentata (...)».

4 Ai sensi del considerando 7 di tale regolamento:

«Da alcuni studi effettuati e dall'esperienza maturata dagli Stati membri che da vari anni hanno introdotto la concorrenza nel settore dei trasporti pubblici emerge che, con le adeguate garanzie, l'introduzione di una concorrenza regolamentata tra gli operatori in questo settore consente di rendere più appetibili, più innovativi e meno onerosi i servizi forniti, senza per questo ostacolare l'adempimento dei compiti specifici assegnati agli operatori di servizio pubblico. (...)».

5 Il considerando 9 del medesimo regolamento enuncia:

«Per poter organizzare i propri servizi di trasporto pubblico di passeggeri nel modo più rispondente alle esigenze del pubblico, tutte le autorità competenti devono avere la facoltà di scegliere liberamente i loro operatori di servizio pubblico, tenendo conto degli interessi delle piccole e medie imprese, secondo le modalità prescritte dal presente regolamento. Per garantire l'applicazione dei principi di trasparenza, di parità di trattamento degli operatori in concorrenza e di proporzionalità, qualora vengano accordati compensazioni o diritti di esclusiva, è indispensabile definire in un contratto di servizio pubblico stipulato dall'autorità competente con l'operatore di servizio pubblico prescelto la natura degli obblighi di servizio pubblico e il compenso concordato. (...)».

6 Il successivo considerando 19 prevede quanto segue:

«Il subappalto può contribuire a trasporti pubblici di passeggeri più efficienti e rende possibile la partecipazione di imprese diverse dall'operatore di servizio pubblico aggiudicatario del relativo contratto. Tuttavia, per assicurare l'uso migliore delle risorse pubbliche, le autorità competenti dovrebbero essere in grado di definire le modalità di subappalto dei loro servizi di trasporto pubblico di passeggeri, soprattutto in caso di servizi prestati da un operatore interno. Inoltre, non si dovrebbe impedire a un subappaltatore di partecipare a procedure di gara nel territorio di qualsiasi autorità competente. La selezione di un subappaltatore da parte dell'autorità competente o del suo operatore interno dovrebbe essere effettuata in conformità della normativa [dell'Unione]».

7 L'articolo 1 del regolamento n. 1370/2007, intitolato «Finalità e ambito di applicazione», così dispone:

«1. Il presente regolamento ha lo scopo di definire con quali modalità le autorità competenti possono intervenire, nel rispetto del diritto [dell'Unione], nel settore dei trasporti pubblici di passeggeri per garantire la fornitura di servizi di interesse generale che siano, tra l'altro, più numerosi, più sicuri, di migliore qualità o offerti a prezzi inferiori a quelli che il semplice gioco delle forze del mercato consentirebbe di fornire.

A tal fine, il presente regolamento stabilisce le condizioni alle quali le autorità competenti, allorché impongono o stipulano obblighi di servizio pubblico, compensano gli operatori di servizio pubblico per i costi sostenuti e/o conferiscono loro diritti di esclusiva in cambio dell'assolvimento degli obblighi di servizio pubblico.

2. Il presente regolamento si applica all'esercizio di servizi nazionali e internazionali di trasporto pubblico di passeggeri per ferrovia e altri modi di trasporto su rotaia e su strada, ad eccezione dei servizi di trasporto prestati prevalentemente in ragione del loro interesse storico o del loro valore turistico. (...) (...)».

8 L'articolo 2 di tale regolamento è formulato come segue:

«Ai fini del presente regolamento si intende per:

a) "trasporto pubblico di passeggeri": i servizi di trasporto di passeggeri di interesse economico generale offerti al pubblico senza discriminazione e in maniera continuativa;

b) "autorità competente": un'amministrazione pubblica o un gruppo di amministrazioni pubbliche di uno Stato membro, o di Stati membri, che ha il potere di intervenire nei trasporti pubblici di passeggeri in una zona geografica determinata, o qualsiasi altro organismo investito di tale potere;

(...)

i) "contratto di servizio pubblico": uno o più atti giuridicamente vincolanti che formalizzano l'accordo tra un'autorità competente e un operatore di servizio pubblico mediante il quale all'operatore stesso è affidata la gestione e la fornitura dei servizi di trasporto pubblico di passeggeri soggetti agli obblighi di servizio pubblico; (...)

(...)».

9 L'articolo 3, paragrafo 1, del regolamento n. 1370/2007 prevede quanto segue:

«L'autorità competente che decide di concedere all'operatore che ha scelto un diritto di esclusiva e/o una

compensazione di qualsivoglia natura a fronte dell'assolvimento di obblighi di servizio pubblico deve farlo nell'ambito di un contratto di servizio pubblico».

10 Ai sensi dell'articolo 4 di tale regolamento, intitolato «Contenuto obbligatorio dei contratti di servizio pubblico e delle norme generali»:

«1. I contratti di servizio pubblico (...):

(...)

b) stabiliscono in anticipo, in modo obiettivo e trasparente:

i) i parametri in base ai quali deve essere calcolata l'eventuale compensazione; e

ii) la natura e la portata degli eventuali diritti di esclusiva concessi;

in modo da impedire una compensazione eccessiva. (...)

(...)

7. I documenti di gara e i contratti di servizio pubblico sono trasparenti quanto alla possibilità e all'estensione del subappalto. In caso di subappalto, l'operatore al quale, ai sensi del presente regolamento, sono affidate la gestione e la prestazione di un servizio pubblico di trasporto di passeggeri è tenuto a fornire direttamente una parte importante del servizio di trasporto pubblico. Un contratto di servizio pubblico comprendente allo stesso tempo progettazione, costruzione e gestione di un servizio pubblico di trasporto di passeggeri può prevedere il subappalto integrale per la gestione di tali servizi. Il contratto di servizio pubblico determina, in conformità della legislazione nazionale e [dell'Unione], le condizioni applicabili al subappalto».

11 L'articolo 5 di detto regolamento, intitolato «Aggiudicazione di contratti di servizio pubblico», enuncia quanto segue:

«1. I contratti di servizio pubblico sono aggiudicati conformemente alle norme previste nel presente regolamento. Tuttavia, i contratti di servizio o i contratti di servizio pubblico di cui alle direttive 2004/17/CE [del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali (GU 2004, L 134, pag. 1),] o 2004/18/CE [del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU 2004, L 134, pag. 114),] per la fornitura di servizi di trasporto di passeggeri con autobus o tram sono aggiudicati secondo le procedure di cui a dette direttive, qualora tali contratti non assumano la forma di contratti di concessione di servizi quali definiti in dette direttive. Se i contratti devono essere aggiudicati a norma delle direttive [2004/17] o [2004/18], le disposizioni dei paragrafi da 2 a 6 del presente articolo non si applicano.

(...))».

12 L'articolo 5, paragrafi da 2 a 6, del regolamento n. 1370/2007 contiene norme sull'aggiudicazione dei contratti di servizio pubblico che derogano alla normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici. In particolare, l'articolo 5, paragrafo 4, primo comma, di tale regolamento dispone che «[a] meno che sia vietato dalla legislazione nazionale, le autorità competenti hanno facoltà di aggiudicare direttamente i contratti di servizio pubblico il cui valore annuo medio stimato è inferiore a 1 000 000 EUR oppure che riguardano la fornitura di servizi di trasporto pubblico di passeggeri inferiore a 300 000 chilometri l'anno».

13 L'articolo 1, paragrafo 3, lettera b), della direttiva 2004/17 definisce, ai fini della stessa, la «concessione di servizi» come un «contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo».

14 Ai sensi dell'articolo 1 della direttiva 2004/18, come modificata dal regolamento (UE) n. 1336/2013 della Commissione, del 13 dicembre 2013 (GU 2013, L 335, pag.17) (in prosieguo: la «direttiva 2004/18 modificata»):

«1. Ai fini della presente direttiva si applicano le definizioni di cui ai paragrafi da 2 a 15.

2. a) Gli “appalti pubblici” sono contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici aventi per oggetto l’esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi ai sensi della presente direttiva.

(...)

d) Gli “appalti pubblici di servizi” sono appalti pubblici diversi dagli appalti pubblici di lavori o di forniture aventi per oggetto la prestazione dei servizi di cui all’allegato II.

Un appalto pubblico avente per oggetto tanto dei prodotti quanto dei servizi di cui all’allegato II è considerato un “appalto pubblico di servizi” quando il valore dei servizi in questione supera quello dei prodotti oggetto dell’appalto.

Un appalto pubblico avente per oggetto dei servizi di cui all’allegato II e che preveda attività ai sensi dell’allegato I solo a titolo accessorio rispetto all’oggetto principale dell’appalto è considerato un appalto pubblico di servizi.

(...)

4. La “concessione di servizi” è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo.

(...».

15 L’articolo 7 della direttiva 2004/18 modificata, intitolato «Importi delle soglie degli appalti pubblici», fissa le soglie dei valori stimati al netto dell’imposta sul valore aggiunto (IVA) a partire dalle quali l’aggiudicazione di un appalto deve essere effettuata conformemente alle norme della medesima direttiva.

16 Tali soglie sono modificate a intervalli regolari da regolamenti della Commissione europea e adattate alle circostanze economiche. Alla data di pubblicazione del bando di gara oggetto del procedimento principale, la soglia relativa agli appalti di servizi aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici diverse dalle autorità governative centrali ammontava a EUR 207 000 IVA esclusa, ai sensi dell’articolo 7, lettera b), della direttiva 2004/18 modificata.

17 L’articolo 20 di tale direttiva enuncia:

«Gli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell’allegato II A sono aggiudicati secondo gli articoli da 23 a 55».

18 L’articolo 25 della citata direttiva, intitolato «Subappalto», prevede quanto segue:

«Nel capitolato d’oneri l’amministrazione aggiudicatrice può chiedere o può essere obbligata da uno Stato membro a chiedere all’offerente di indicare, nella sua offerta, le parti dell’appalto che intende subappaltare a terzi, nonché i subappaltatori proposti.

Tale comunicazione lascia impregiudicata la questione della responsabilità dell’operatore economico principale».

19 Tra le categorie di servizi elencate all’allegato II A di tale direttiva figura la categoria 2, che fa riferimento ai seguenti servizi:

«Servizi di trasporto terrestre (...), inclusi i servizi con furgoni blindati, e servizi di corriere ad esclusione del trasporto di posta».

20 In forza dell’articolo 90, paragrafo 1, prima frase, della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18 (GU 2014, L 94, pag. 65):

«Gli Stati membri mettono in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla presente direttiva entro il 18 aprile 2016».

21 In base all’articolo 91, primo comma, della direttiva 2014/24:

«La direttiva [2004/18 modificata] è abrogata a decorrere dal 18 aprile 2016».

Fatti principali e questioni pregiudiziali

22 In data 7 marzo 2015 le amministrazioni aggiudicatrici hanno pubblicato, nel supplemento della *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, con il numero 2015/S 047-081632, un bando di gara avente ad oggetto la fornitura di servizi pubblici di trasporto di passeggeri con autobus su talune linee regionali. Secondo quanto indicato in tale bando di gara, gli offerenti erano autorizzati ad assegnare in subappalto fino al 30% della prestazione, calcolato in funzione dei chilometri tabellari.

23 La Hörmann Reisen ha adito la Vergabekammer Südbayern (sezione amministrativa competente in materia di appalti della Baviera del Sud, Germania) al fine di contestare la legittimità di una siffatta limitazione del subappalto. Essa sostiene che tale limitazione è incompatibile con la direttiva 2004/18 modificata e aggiunge che, se è vero che l'articolo 4, paragrafo 7, del regolamento n. 1370/2007, prevede effettivamente la limitazione del ricorso al subappalto, tale regolamento non è applicabile al procedimento principale, in forza dell'articolo 5, paragrafo 1, del medesimo.

24 Le amministrazioni aggiudicatrici ricordano che, ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 1, terza frase, del regolamento n. 1370/2007, «[s]e i contratti devono essere aggiudicati a norma delle direttive [2004/17] o [2004/18], le disposizioni dei paragrafi da 2 a 6 d[i tale] articolo non si applicano». Da ciò, dette amministrazioni evincono che le altre disposizioni di tale regolamento, ed in particolare l'articolo 4, paragrafo 7, di quest'ultimo, restano applicabili ai contratti in argomento. Infine, ad avviso di tali amministrazioni, la limitazione del ricorso al subappalto al 30% della prestazione, imposta nel bando di gara oggetto del procedimento principale, corrisponde all'obbligo enunciato nella disposizione da ultimo citata, secondo cui l'operatore «è tenuto a fornire direttamente una parte importante del servizio di trasporto pubblico».

25 Il giudice del rinvio osserva che il procedimento principale verte essenzialmente sulla questione se le amministrazioni aggiudicatrici avessero la facoltà di limitare il ricorso al subappalto al 30% della prestazione in esame, calcolato in funzione dei chilometri tabellari, mediante l'applicazione dell'articolo 4, paragrafo 7, del regolamento n. 1370/2007, nell'ambito di una procedura di aggiudicazione espletata ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 1, di tale regolamento, in combinato disposto con la direttiva 2004/18 modificata o con la direttiva 2014/24.

26 Per quanto riguarda l'appalto pubblico di servizi oggetto del procedimento principale, il suddetto giudice specifica che il valore di questo appalto supera la soglia di cui all'articolo 7, lettera b), primo trattino, della direttiva 2004/18 modificata, segnatamente EUR 207 000 IVA esclusa.

27 In tale contesto, la Vergabekammer Südbayern (sezione amministrativa competente in materia di appalti, Baviera del Sud) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se a una procedura di aggiudicazione ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 1, del regolamento n. 1370/2007, in combinato disposto con la direttiva 2004/18 [modificata] o con la direttiva 2014/24, si applichino, in linea di principio, le sole disposizioni di tali direttive, non trovando quindi applicazione le norme del regolamento n. 1370/2007 che derogano alle menzionate direttive.

2) Se, di conseguenza, l'ammissibilità del subappalto in una procedura di aggiudicazione ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 1, del regolamento n. 1370/2007, in combinato disposto con la direttiva 2004/18 [modificata] o con la direttiva 2014/24, sia disciplinata esclusivamente dalle regole elaborate dalla Corte di giustizia in relazione alla direttiva 2004/18 [modificata] e dalle disposizioni di cui all'articolo 63, paragrafo 2, della direttiva 2014/24, oppure se, in deroga ad esse, un'amministrazione aggiudicatrice, nell'ambito di una siffatta procedura, possa anche imporre agli offerenti ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 7, del regolamento n. 1370/2007, una quota percentuale di fornitura diretta (commisurata ai chilometri tabellari).

3) Se, in caso di applicabilità dell'articolo 4, paragrafo 7, del regolamento n. 1370/2007 alle procedure di aggiudicazione ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 1, del regolamento n. 1370/2007, in combinato disposto

con la direttiva 2004/18 [modificata] o con la direttiva 2014/24, l'amministrazione aggiudicatrice sia libera di definire, alla luce del considerando 19 del regolamento n. 1370/2007, la quota di fornitura diretta, con la conseguenza che risulti giustificabile la prescrizione, da parte dell'ente aggiudicatore, di una quota di fornitura diretta del 70%, commisurata ai chilometri tabellari».

Sulle questioni pregiudiziali

Osservazioni preliminari

28 Da un lato, occorre rilevare che la Corte ha già qualificato la Vergabekammer bei der Bezirksregierung Arnsberg (sezione amministrativa competente in materia di appalti del governo del distretto di Arnsberg, Germania) come organo giurisdizionale ai sensi dell'articolo 267 TFUE (sentenza del 18 settembre 2014, Bundesdruckerei, C-549/13, EU:C:2014:2235, punti da 20 a 23).

29 Orbene, non risulta da alcun elemento del fascicolo presentato alla Corte che, nella presente causa, siffatta qualificazione non possa parimenti attribuirsi alla Vergabekammer Südbayern (sezione amministrativa competente in materia di appalti, Baviera del Sud).

30 Dall'altro lato, occorre notare che il giudice del rinvio si riferisce, nelle questioni pregiudiziali, oltre che al regolamento n. 1370/2007 e alla direttiva 2004/18 modificata, alla direttiva 2014/24.

31 Per quanto riguarda l'applicabilità della direttiva 2014/24, si deve rilevare che il bando di gara oggetto del procedimento principale è stato pubblicato il 7 marzo 2015, vale a dire prima della data di scadenza del termine di trasposizione delle corrispondenti disposizioni della direttiva 2014/24, fissato al 18 aprile 2016 ai sensi dell'articolo 90, paragrafo 1, di quest'ultima.

32 Ebbene, secondo una giurisprudenza costante della Corte, la direttiva applicabile è, in linea di principio, quella in vigore alla data in cui l'amministrazione aggiudicatrice sceglie il tipo di procedura da seguire e risolve definitivamente la questione se sussista o meno l'obbligo di indire preventivamente una gara per l'aggiudicazione di un appalto pubblico. Sono, al contrario, inapplicabili le disposizioni di una direttiva il cui termine di recepimento sia scaduto dopo tale data (sentenza del 7 aprile 2016, Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, punto 83 e giurisprudenza ivi citata).

33 Ciò considerato, la direttiva 2014/24 non è applicabile *ratione temporis* al procedimento principale.

Sulla prima e sulla seconda questione

34 Con la prima e la seconda questione, che è opportuno esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 5, paragrafo 1, del regolamento n. 1370/2007 debba essere interpretato nel senso che, nel corso di una procedura di aggiudicazione di un appalto di servizi pubblici di trasporto di passeggeri con autobus, l'articolo 4, paragrafo 7, di tale regolamento resti applicabile a tale appalto.

35 Secondo quanto risulta dalla decisione di rinvio, l'appalto oggetto del procedimento principale rientra nella materia dei servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 2, del regolamento n. 1370/2007, e ha ad oggetto servizi pubblici di trasporto di passeggeri con autobus ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 1, di tale regolamento, senza tuttavia assumere la forma di un contratto di concessione di servizi.

36 A termini dell'articolo 5, paragrafo 1, prima frase, del regolamento n. 1370/2007, un contratto come quello oggetto del procedimento principale deve essere, in linea di principio, aggiudicato conformemente alle norme previste in tale regolamento.

37 Tuttavia, qualora un contratto non assuma la forma di un contratto di concessione di servizi, come definito nelle direttive 2004/17 o 2004/18 modificata, l'appalto di servizio pubblico di trasporto di passeggeri con autobus è aggiudicato, ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 1, seconda frase, del regolamento n. 1370/2007, secondo le procedure di cui alle suddette direttive.

38 Inoltre, l'articolo 5, paragrafo 1, terza frase, del regolamento n. 1370/2007 prevede, riguardo a un tale caso di aggiudicazione dell'appalto di servizio pubblico di trasporto di passeggeri con autobus, che «le

disposizioni dei paragrafi da 2 a 6 d[i tale] articolo non si applicano».

39 Si deve pertanto constatare che l'articolo 5, paragrafo 1, seconda frase, del regolamento n. 1370/2007 contiene una deroga alla regola generale stabilita all'articolo 5, paragrafo 1, prima frase, di tale regolamento e che la portata esatta di tale deroga è di seguito precisata dall'articolo 5, paragrafo 1, terza frase, di tale regolamento, secondo cui l'articolo 5, paragrafi da 2 a 6, di quest'ultimo non si applica.

40 Nessun'altra disposizione di tale articolo 5 o del regolamento n. 1370/2007 estende ulteriormente la portata di questa deroga.

41 Ne consegue che, ai fini dell'aggiudicazione di un appalto di servizio pubblico di trasporto di passeggeri con autobus, come quella oggetto del procedimento principale, non debbano applicarsi soltanto le disposizioni di cui all'articolo 5, paragrafi da 2 a 6, del regolamento n. 1370/2007, mentre restano applicabili le altre disposizioni di tale regolamento.

42 Ciò posto, occorre dichiarare che l'articolo 4, paragrafo 7, del regolamento n. 1370/2007 si applica in caso di aggiudicazione di un appalto di servizio pubblico di trasporto di passeggeri con autobus ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 1, di tale regolamento.

43 Tale conclusione è avvalorata dallo scopo del regolamento n. 1370/2007.

44 Infatti, a termini dell'articolo 1, paragrafo 1, primo comma, del citato regolamento, quest'ultimo ha lo scopo di «definire con quali modalità le autorità competenti possono intervenire, nel rispetto del diritto [dell'Unione], nel settore dei trasporti pubblici di passeggeri per garantire la fornitura di servizi di interesse generale che siano, tra l'altro, più numerosi, più sicuri, di migliore qualità o offerti a prezzi inferiori a quelli che il semplice gioco delle forze del mercato consentirebbe di fornire».

45 Il fatto che il regolamento n. 1370/2007, per sua natura, miri a prevedere modalità di intervento in regimi generali di appalti pubblici, implica che esso contiene norme speciali relativamente a questi ultimi.

46 A tal riguardo, occorre rilevare che la direttiva 2004/18 modificata è di portata generale, mentre il regolamento n. 1370/2007 riguarda soltanto i servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia.

47 Ebbene, nei limiti in cui sia l'articolo 4, paragrafo 7, di tale regolamento che l'articolo 25 della direttiva 2004/18 modificata contengono disposizioni relative al subappalto, occorre considerare che la prima disposizione reca una norma speciale rispetto a quelle previste nella seconda disposizione e, in quanto *lex specialis*, prevale su queste ultime.

48 Di conseguenza, alla prima e alla seconda questione occorre rispondere che l'articolo 5, paragrafo 1, del regolamento n. 1370/2007 deve essere interpretato nel senso che, nel corso di una procedura di aggiudicazione di un appalto di servizio pubblico di trasporto di passeggeri con autobus, l'articolo 4, paragrafo 7, di tale regolamento resta applicabile a tale appalto.

Sulla terza questione

49 Con la terza questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 4, paragrafo 7, del regolamento n. 1370/2007 debba essere interpretato nel senso che esso osta a che l'amministrazione aggiudicatrice stabilisca nella misura del 70% la quota di fornitura diretta da parte dell'operatore a cui è affidata la gestione e la prestazione di un servizio pubblico di trasporto di passeggeri con autobus, come quello oggetto del procedimento principale.

50 A termini dell'articolo 4, paragrafo 7, prima frase, del regolamento n. 1370/2007, i documenti di gara e i contratti di servizio pubblico sono trasparenti quanto alla possibilità e all'estensione del subappalto.

51 Da ciò si evince che il legislatore dell'Unione, per quanto riguarda il subappalto della gestione e della prestazione di un servizio pubblico di trasporti disciplinato dal suddetto regolamento, ha conferito alle autorità competenti un ampio potere discrezionale.

52 Occorre in proposito rilevare che, essendo lecito che un'amministrazione aggiudicatrice vieti il subappalto di un servizio pubblico di trasporto di passeggeri con autobus all'aggiudicatario dell'appalto, in

caso di aggiudicazione di tale appalto ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 7, del regolamento n. 1370/2007, il potere discrezionale menzionato al punto precedente comprende la possibilità di vietare il subappalto soltanto per una parte dell'appalto.

53 Inoltre, qualora il subappalto sia previsto nell'ambito della gestione e della prestazione del servizio pubblico di trasporto di passeggeri con autobus, l'articolo 4, paragrafo 7, seconda frase, del regolamento n. 1370/2007 non autorizza, per l'appalto interessato, un subappalto integrale, poiché prescrive che l'operatore a cui è affidato tale servizio è tenuto a fornire direttamente una parte importante del medesimo. Soltanto nel caso in cui il contratto di servizio pubblico comprenda allo stesso tempo la progettazione, la costruzione e la gestione di un servizio pubblico di trasporto di passeggeri è possibile, ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 7, terza frase, di tale regolamento, il subappalto integrale per la gestione di tali servizi.

54 Di conseguenza, l'articolo 4, paragrafo 7, del regolamento n. 1370/2007 non osta a che l'amministrazione aggiudicatrice limiti, in modo significativo, la possibilità di fare ricorso al subappalto nell'ambito di un appalto come quello oggetto del procedimento principale.

55 Nel caso di specie, il bando di gara oggetto del procedimento principale costituisce un documento di invito alla concorrenza che precisa, in modo trasparente, come risulta inequivocabilmente dalla decisione di rinvio, che il ricorso al subappalto è limitato a una quota pari al 30% della prestazione, commisurata ai chilometri tabellari.

56 In considerazione di quanto precede, si deve constatare che una limitazione di questo tipo non oltrepassa il potere discrezionale che l'articolo 4, paragrafo 7, del regolamento n. 1370/2007 conferisce alle autorità competenti.

57 Ciò considerato, alla terza questione occorre rispondere che l'articolo 4, paragrafo 7, del regolamento n. 1370/2007 deve essere interpretato nel senso che esso non osta a che l'amministrazione aggiudicatrice stabilisca nella misura del 70% la quota di fornitura diretta da parte dell'operatore a cui è affidata la gestione e la prestazione di un servizio pubblico di trasporto di passeggeri con autobus, come quello oggetto del procedimento principale.

Sulle spese

58 Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

Per questi motivi, la Corte (Quarta Sezione) dichiara:

- 1) L'articolo 5, paragrafo 1, del regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia e che abroga i regolamenti del Consiglio (CEE) n. 1191/69 e (CEE) n. 1107/70, deve essere interpretato nel senso che, nel corso di una procedura di aggiudicazione di un appalto di servizio pubblico di trasporto di passeggeri con autobus, l'articolo 4, paragrafo 7, di tale regolamento resta applicabile a tale appalto.**
- 2) L'articolo 4, paragrafo 7, del regolamento n. 1370/2007 deve essere interpretato nel senso che esso non osta a che l'amministrazione aggiudicatrice stabilisca nella misura del 70% la quota di fornitura diretta da parte dell'operatore a cui è affidata la gestione e la prestazione di un servizio pubblico di trasporto di passeggeri con autobus, come quello oggetto del procedimento principale.**

Pubblicato il 09/11/2016

N. 11092/2016 REG.PROV.COLL.

N. 05813/2016 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5813 del 2016, integrato da motivi aggiunti, proposto da:
Hospital Service s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato
Giuliano Di Pardo C.F. DPRGLN68B11F839V, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, piazza del
Popolo, 18

contro

Azienda Ospedaliera San Camillo Forlanini, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa
dagli avvocati Giuseppe Fratto C.F. FRTGPP63P03H501M, Egidio Mammone C.F. MMMGDE60M13B758S,
Vincenzo Gambardella C.F. GMBVCN61B22H501F, con domicilio eletto presso la sede aziendale in Roma,
circonvallazione Gianicolense, 87

nei confronti di

- Servizi Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., in proprio e quale capogruppo mandataria
del r.t.i. con Adapta Processi Industriali per l'Igiene e la Sterilizzazione s.p.a., rappresentata e difesa dagli
avvocati Ermes Coffrini, Marcello Coffrini e Massimo Colarizi, con domicilio eletto presso lo studio di
quest'ultimo in Roma, viale Bruno Buozzi, 87;

- Adapta Processi Industriali per l'Igiene e la Sterilizzazione s.p.a., in persona del legale rapp.te p.t., n.c.

per l'annullamento

- del bando di gara per l'affidamento del "Servizio di noleggio e lavaggio della biancheria e di tutti gli effetti
tessili (lenzuola, coperte, materassi, guanciali, vestiario e divise del personale etc.) nonché fornitura di
T.N.T. non sterile e di teleria e capi sterili per camera operatoria necessari a soddisfare le esigenze
residenziali/alberghiere e le attività sanitarie dell'azienda ospedaliera S. Camillo-Forlanini";

- del provvedimento di approvazione degli atti di gara, nonché dei verbali di gara con gli allegati, del
disciplinare di gara, del capitolato speciale con gli allegati, dei chiarimenti resi dalla stazione appaltante,
dell'avviso di modifica e sostituzione del capitolato, della proroga del termine per la presentazione delle
offerte, dello schema di contratto;

- della nota prot. n. 8239 del 9 marzo 2016 di comunicazione dell'aggiudicazione definitiva;

- del provvedimento n. 269 del 9 marzo 2016 di aggiudicazione definitiva;

- della nota prot. n. 8728 del 14 aprile 2016 di diniego di accesso all'offerta tecnica;

- della nota prot. n. 7653 del 4 aprile 2016 di rigetto dell'istanza di riesame;

- del provvedimento di nomina della Commissione, delibera n. 1152 del 21 ottobre 2016;

- dell'attività e dei provvedimenti afferenti la valutazione dei requisiti di ordine generale,
tecnico/professionale ed economici, nonché della congruità dell'offerta;

- dell'eventuale contratto di appalto ove stipulato;

nonché

per la declaratoria del diritto della ricorrente a conseguire l'aggiudicazione della gara e l'inerente contratto
di appalto, nonché per l'inefficacia del contratto eventualmente stipulato e per la condanna dell'ente alle

correlate obbligazioni;

in subordine, per il riesame da parte della Commissione della sussistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza ovvero per la trasmissione degli atti di gara all'Autorità Garante della Concorrenza per effettuare tale valutazione;

sempre in subordine, per l'annullamento dell'intera procedura, con riedizione della gara e ordine alla stessa amministrazione di assicurare l'erogazione del servizio avviando una procedura negoziata tra le imprese partecipanti per individuare la migliore offerta qualità/prezzo;

nonché per il risarcimento dei danni in forma specifica e, in subordine, per equivalente.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera San Camillo Forlanini e della Servizi Italia s.p.a. in proprio e nella qualità;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 ottobre 2016 il dott. Alfredo Storto e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato all'Azienda Ospedaliera S. Camillo-Forlanini il 9-13 maggio 2016, a Servizi Italia s.p.a. il 9-12 maggio 2016, al r.t.i. tra Servizi Italia s.p.a. e Adapta Processi Industriali per l'Igiene e la Sterilizzazione s.p.a. il 9-12 maggio 2016 e ad Adapta Processi Industriali per l'Igiene e la Sterilizzazione s.p.a. il 9-16 maggio 2016 e depositato il successivo 13 maggio, la Hospital Service s.r.l. impugna, relativamente al lotto 1, gli atti della procedura aperta da aggiudicare con il criterio dell'art. 83 d.lgs. n. **163/2006**, indetta dall'A.O. S. Camillo-Forlanini per il servizio meglio indicato in epigrafe.

In particolare, il lotto 1, avente base d'asta di € 16.500.000,00, era stato definitivamente aggiudicato al r.t.i. tra Servizi Italia e Adapta, nel mentre l'odierna ricorrente si era classificata al secondo posto.

Quest'ultima, che aveva già lamentato nel corso della gara la mancata esclusione del controinteressato e il successivo parziale diniego di accesso documentale, avanza istanza istruttoria e lamenta nel merito:

- 1) la violazione e la falsa applicazione del d.lgs. **163/2006**, del d.P.R. n. 207/2010, della l. n. 298/1974, del Reg. CE 1071/2009, del d.P.C.m. 8 gennaio 2015, delle regole e dei principi in tema di qualificazione per l'ammissione e la partecipazione a gare pubbliche, della normativa di gara, della *par condicio*, nonché il difetto di istruttoria, lo sviamento di potere e il difetto di motivazione, in quanto il servizio di lavanoio messo a gara sarebbe stato configurato unitariamente dalla normativa di gara, senza distinguere tra prestazione principale e secondaria, cosicché l'ammissione del r.t.i. controinteressato, avente carattere verticale, sarebbe illegittima avendo Adapta assunto attività non svolte anche dalla capogruppo Servizi Italia, qualificandole di fatto come secondarie;
- 2) la violazione e la falsa applicazione del d.lgs. **163/2006**, del d.P.R. n. 207/2010, della *lex specialis* di gara, difetto di istruttoria, sviamento di potere, difetto di motivazione in quanto la Commissione, nella seduta dell'11 gennaio 2016, aveva attribuito punteggi grandemente diversi, discrezionali e non proporzionali con particolare riguardo ai criteri quantitativi stabiliti dal bando;
- 3) la violazione e la falsa applicazione del d.lgs. **163/2006**, del d.P.R. n. 207/2010, della normativa di gara, della l. 55/1990, della *par condicio*, del d.P.C.m. 11 maggio 1991, n. 187, del principio di pubblicità, di imparzialità e di buon andamento della p.a. di cui all'art. 97 Cost., difetto di istruttoria, sviamento di potere, difetto di motivazione, in quanto il r.t.i. controinteressato avrebbe dovuto essere escluso dalla gara per violazione del divieto di intestazione fiduciaria ex art. 38, comma 1, lett. d), d.lgs. n. **163/2006**, posto che

l'8,7% delle azioni di Servizi Italia s.p.a., corrispondente alla quota di controllo di cui all'art. 2359 c.c., è detenuto dalla società di diritto americano Kabouter Management LLC che non è una società fiduciaria autorizzata ai sensi della l. n. 1966/1939;

4) la violazione e la falsa applicazione del d.lgs. **163/2006**, del d.P.R. n. 207/2010, della normativa di gara, della l. 287/1990, delle Dir. 18/04 e 24/14 e Tuefi, travisamento dei fatti, violazione del principio di trasparenza e *par condicio*, dello Statuto p.m.i., del principio di concorrenza e parità di accesso alle gare pubbliche, difetto di istruttoria e di motivazione, sviamento di potere, in quanto il r.t.i. controinteressato sarebbe sovrabbondante, posto che avrebbero potuto concorrere singolarmente entrambe le aziende che vi avevano dato vita, gestori uscenti del servizio, cosicché la loro partecipazione alla gara in r.t.i. avrebbe avuto un effetto distortivo della concorrenza comprovato dalla dominanza che tali aziende hanno nel settore del lavanolo;

5) la violazione e la falsa applicazione degli artt. 86, 87, 88 e 89 del d.lgs. **163/2006**, del d.lgs. 81/2008, della normativa di gara, del principio di parità, trasparenza dell'azione amministrativa, nonché carenza di istruttoria, erroneità e/o difetto dei presupposti, carenza di motivazione, in quanto, avendo il r.t.i. Servizi Italia un punteggio superiore ai 4/5 di quello previsto dalla normativa di gara sia per la componente qualitativa sia per quella economica dell'offerta, la Stazione appaltante avrebbe dovuto verificarne la congruenza ex artt. 86 ss. d.lgs. n. **163/2006**, mentre dagli atti di gara non emerge che tale verifica sia stata effettuata;

in via subordinata, ai fini dell'annullamento della gara,

6) la violazione e la falsa applicazione dell'art. 15, comma 3, d.l. 95/2012, della l. 296/**2006**, delle ll.rr. 14/2008, 4/**2006**, 8/**2006**, 17/2009, sviamento di potere, difetto di istruttoria e di motivazione, in quanto la procedura di gara si sarebbe svolta in mancanza di idonea autorizzazione da parte della Regione Lazio;

7) la violazione e la falsa applicazione degli artt. 2 e 27 del d.lgs. **163/2006**, dell'art. 120, comma 2, del d.P.R. n. 207/2010, del principio di pubblicità, di parità di trattamento, del giusto procedimento, di trasparenza e di imparzialità, in quanto l'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche è avvenuta in seduta riservata anziché pubblica;

8) la violazione e la falsa applicazione del d.lgs. **163/2006**, del d.P.R. n. 207/2010, della *lex specialis*, sviamento di potere, difetto di motivazione, per l'irregolare composizione della Commissione che ha svolto le operazioni di gara del 12 novembre 2015, diversa da quella designata dalla Stazione appaltante, per la sostituzione del Presidente, dott.ssa Gagliano, con la dott.ssa Anna Salducci, priva dei requisiti di esperienza e competenza e neppure indicata supplente nel provvedimento di nomina della Commissione;

9) la violazione e la falsa applicazione del d.lgs. **163/2006**, del d.P.R. n. 207/2010, della Direttiva CE2004/18, dei principi di trasparenza, efficienza, buona amministrazione, *par condicio*, eccesso e sviamento di potere, in quanto la legittimità dell'intera procedura sarebbe inficiata a causa della duplicazione degli aspetti qualitativi assunti come criteri e sub criteri di valutazione;

10) la violazione e la falsa applicazione degli artt. 42 e 83 c.c.p. per illegittima commistione tra criteri afferenti alla valutazione dell'offerta e criteri relativi a requisiti soggettivi di ammissione, dell'art. 44 c.c.p. e dell'art. 50 della Direttiva CEE 2004/18/C, manifesta incoerenza;

11) la violazione e la falsa applicazione della *lex specialis*, della lettera di invito, del codice degli appalti, del d.P.R. 207/2010, dei principi di trasparenza, pubblicità, *par condicio*, incompetenza, difetto di motivazione e di istruttoria, a causa dell'omessa indicazione della metodologia prescelta dalla Stazione appaltante per l'attribuzione dei punteggi da parte dei commissari;

12) la violazione e la falsa applicazione del codice degli appalti, della normativa comunitaria, della *lex specialis*, del principio di imparzialità ed efficienza della p.a., di parità di trattamento, difetto di istruttoria, illogicità, ingiustizia grave e manifesta, in quanto l'intera gara è inficiata dall'asimmetria informativa determinata dalla carenza del dato essenziale costituito dal consumo storico di biancheria.

La ricorrente ha dunque chiesto, in via principale, l'annullamento degli atti gravati e l'aggiudicazione in suo favore, in subordine, previo annullamento dell'aggiudicazione, di riesaminare l'esistenza dell'intesa restrittiva della concorrenza ovvero l'annullamento della procedura con conseguente risarcimento del danno, in forma specifica o per equivalente, vittoria di spese e refusione del contributo unificato.

Si è difesa l'Azienda Ospedaliera S. Camillo-Forlanini eccependo, *in limine*, la tardività del ricorso posto che, a fronte dell'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva con deliberazione n. 269 del 9 marzo 2016, il ricorso sarebbe stato notificato soltanto il 13 maggio 2016; ha comunque concluso per l'inammissibilità ovvero per l'infondatezza dell'impugnativa.

Analoghe conclusioni ha preso Servizi Italia s.p.a., costituitasi in proprio e quale capogruppo mandataria del r.t.i. con Adapta.

Con atto di motivi aggiunti la Hospital Service s.r.l., avuto contezza dell'offerta tecnica del r.t.i. controinteressato, ha quindi riproposto le censure già formulate col ricorso introduttivo ed ha articolato le seguenti:

1) la violazione e la falsa applicazione del d.lgs. **163/2006**, del d.P.R. n. 207/2010, dei principi di trasparenza, pubblicità, imparzialità, parità di trattamento, giusto procedimento, per non avere il r.t.i. controinteressato sottoscritto l'offerta tecnica;

2) la violazione e la falsa applicazione del d.lgs. **163/2006**, del d.P.R. n. 207/2010, della *lex specialis*, sviamento di potere, difetto di istruttoria e di motivazione, in quanto la Commissione giudicatrice non avrebbe aperto le confezioni contenenti i prodotti in TNT e in TTR presentati dal r.t.i., valutandoli così "a scatola chiusa" e, comunque, alla luce del consentito accesso documentale, per la conferma dell'illegittimità della valutazione e dei punteggi attribuiti con riguardo a vari sub criteri; in via subordinata, ai fini dell'annullamento della gara,

3) la violazione e la falsa applicazione del d.lgs. **163/2006**, del d.P.R. n. 207/2010, della l. 241/1990, dei principi di trasparenza, pubblicità, imparzialità, parità di trattamento, giusto procedimento, in quanto, a seguito dell'accesso documentale, è emerso che la Commissione non soltanto non ha aperto l'offerta tecnica in seduta pubblica, ma non ha neppure vidimato la documentazione (progetto e schede tecniche) prodotte dal r.t.i.

L'Azienda Ospedaliera S. Camillo-Forlanini ha ribadito l'eccezione di irricevibilità del ricorso, precisando che la ricorrente avrebbe preso parte con un proprio procuratore già alla seduta di gara del 17 febbraio 2016 nella quale era stata comunicata l'aggiudicazione provvisoria (come resterebbe dimostrato dalla prima richiesta di accesso del 22 febbraio 2016), nel mentre il provvedimento di aggiudicazione definitiva, in data 9 marzo 2016, era stato conosciuto già al momento della sua approvazione, visto che il 10 marzo 2016 era stato pubblicato all'Albo pretorio e inserito sul sito web aziendale.

Nel merito, al pari della parte controinteressata, ha ribadito le proprie conclusioni reiettive.

All'esito della odierna udienza la causa è stata posta in decisione.

DIRITTO

1. L'impugnativa spiegata col ricorso introduttivo è tempestiva.

Per un verso, infatti, la pubblicazione della delibera di aggiudicazione mediante affissione all'albo pretorio (cfr. C.d.S., 18 ottobre 2013, n. 5070) ovvero sul sito web (v. Tar Sardegna, 12 maggio 2011, n. 478) della stazione appaltante non è idonea a determinare la decorrenza del termine d'impugnazione.

Per altro verso, «ai fini dell'impugnazione degli atti di gara, la presenza di un delegato di un'impresa concorrente alle operazioni di gara di apertura delle offerte tecniche e di quelle economiche, nonché di aggiudicazione provvisoria, non determina per la suddetta impresa il *dies a quo* per la proposizione del ricorso, atteso che solo l'aggiudicazione definitiva produce, nei confronti dei partecipanti alla gara diversi dall'aggiudicatario, un effetto lesivo (consistente nella privazione definitiva, salvo interventi in autotutela

della stazione appaltante od altre vicende comunque non prevedibili né controllabili, del "bene della vita" rappresentato dall'aggiudicazione della gara); sì che solo dalla piena conoscenza della aggiudicazione definitiva (in quanto unico atto conclusivo della procedura selettiva, in relazione al quale sorge un onere di tempestiva impugnazione da parte dei concorrenti non aggiudicatari) e di tutti gli elementi di cui al comma 2, lett. c), dell'art. 79, d.lgs. n. **163/2006** decorrono i termini per l'impugnazione di quegli atti che hanno portato alla aggiudicazione provvisoria (avente in ogni caso natura di mero atto endoprocedimentale, la cui autonoma impugnazione costituisce una mera facoltà)» (cfr. C.d.S. 2015, n. 25).

Segnatamente, nel caso di specie, l'odierna ricorrente – la quale ha dedotto, incontestata, che il provvedimento di aggiudicazione definitiva le è stato comunicato l'8 aprile 2016 – ha spedito il ricorso per la notifica lunedì 9 maggio 2016 e, quindi, l'ultimo giorno utile tenuto conto, per gli effetti dell'art. 52, comma 3, c.p.a., che l'8 maggio 2016 era domenica.

2. Venendo alle censure articolate col ricorso introduttivo, va respinta la prima tenuto conto che il bando di gara, da un lato, non distingueva tra prestazioni principali e secondarie, configurando quella di lavanolo come una prestazione unitaria e complessa e, dall'altra, considerava *tout court* ammissibile la partecipazione alla gara delle associazioni temporanee di impresa ai sensi dell'art. 37 del d.lgs. n. **163/2006** (v. pagg. 52 e 54 del capitolato speciale, nella quale ultima è chiesta addirittura ai rappresentanti delle imprese raggruppate una dichiarazione «attestante le parti del servizio che saranno eseguite dalle singole imprese, che sarà vincolante per il raggruppamento in caso di aggiudicazione»), senza distinguere tra raggruppamenti verticali e orizzontali; ne discende che l'indicazione partita del soggetto raggruppato in relazione alle singole prestazioni comprese nel Lotto 1 effettuata nell'offerta del controinteressato, che non ha invece dichiarato in ordine alla natura verticale ovvero orizzontale del raggruppamento, non assume la valenza di una riqualificazione delle prestazioni, ovvero di una non consentita scomposizione del contenuto della prestazione volta a distinguere fra prestazioni principali e secondarie, ma piuttosto quella di una indicazione che corrisponde, nell'equivalenza della capacità tecnica di entrambe le aziende raggruppate (come messo in evidenza in un successivo motivo proprio dalla ricorrente), ad una puntuale prescrizione della legge di gara nonché alla generale previsione dell'art. 37, comma 4, d.lgs. n. **163/2006** a prescindere da distinzioni legate alla natura morfologica del raggruppamento verticale od orizzontale, alla tipologia delle prestazioni principali o secondarie, scorporabili o unitarie, o al dato cronologico del momento della costituzione dell'associazione, costituita o costituenda.

2.1. Va invece dichiarato inammissibile il secondo articolato motivo di ricorso, che risulta generico laddove censura la valutazione delle offerte tecniche svolta dalla Commissione, in particolare con riguardo ai sottocriteri previsti dalla legge di gara, senza offrire al Giudicante alcun riferimento puntuale ed asseverato sia con riguardo ai punteggi non attribuiti sia con riguardo alla rilevanza delle censure, partitamente e complessivamente, in termini di capovolgimento dell'esito di gara (c.d. prova di resistenza) anche alla luce dell'ampia forbice che divide i punteggi in comparazione (80 punti alla ricorrente e 91,45 punti al r.t.i. controinteressato).

2.2. Neppure può essere accolto il terzo motivo di ricorso, tenuto conto che la ricorrente non prova né la natura fiduciaria della società estera che detiene l'8.690% del pacchetto azionario della Servizi Italia s.p.a. né la ricorrenza degli affermati presupposti di cui all'art. 2359 c.c., cosicché non può dirsi violato l'art. 38, comma 1, lett. d), del d.lgs. n. **163/2006**.

2.3. Quanto alla lamentata sovrabbondanza del raggruppamento (quarto motivo di ricorso), questa Sezione ha già avuto modo di rilevare (sent. 26 aprile 2016, n. 4741), che, «se è vero che l'ordinamento in generale, e la regola della specifica gara, non vietano la cosiddetta ATI sovrabbondante, vale a dire il raggruppamento di più soggetti individualmente già in possesso dei requisiti per partecipare alla selezione (...), è anche vero che l'uso di strumenti consentiti in via generale non è di per sé neutro, ben potendo esserne apprezzato il

concreto esito, anche e soprattutto alla luce del principio della tutela della concorrenza (così Cd.S. sent. 4 novembre 2014, n. 5423)». Pertanto «ai fini della verifica di una condotta anticoncorrenziale, è necessario, da un lato, che venga in rilievo non una isolata condotta, ma la portata anticoncorrenziale di una serie di atti rivelatori, anche, in tesi, in sé legittimi dei quali si faccia tuttavia un uso strumentale, non coerente con il fine per il quale sono attribuiti i relativi poteri e che si deve concretizzare nella restrizione della concorrenza per la partecipazione alla gara. Inoltre, è necessario che di tali comportamenti si faccia una disamina puntuale e concreta che sia in grado di connotare con tratto di concretezza e di incisività la condotta anticoncorrenziale del raggruppamento nel caso di specie».

Tanto premesso, la ricorrente ha desunto la violazione dell'art. 8 del disciplinare di gara («sono altresì esclusi dalla gara i concorrenti coinvolti in situazioni oggettive lesive della *par condicio* tra i concorrenti»), quantomeno sotto il profilo della mancata attivazione della Commissione per verificare l'allegato *vulnus*, dal fatto che le società consorziate siano i gestori uscenti del servizio e, pertanto, avrebbero scelto la forma associata per salvaguardare i rispettivi livelli di fatturato, dal mancato impiego delle economie di scala commisurate al r.t.i. e dalla posizione di assoluta dominanza dalle stesse rivestita nel mercato del lavanolo, che sarebbe da queste controllato nella misura del 40%.

Il complesso di tali elementi ad avviso del Collegio non vale tuttavia ad integrare un reticolo comportamentale convergente verso una manifesta finalità anticoncorrenziale, considerata anche l'assenza di anomalie rivelatrici nel dato economico dell'offerta ovvero nell'assetto organizzativo del r.t.i., risultando inoltre alcune delle affermazioni della ricorrente (in ordine alla finalità unica di salvaguardare i livelli di fatturato e al mancato impiego di adeguate economie di scala) ipotetiche ovvero generiche.

Il motivo non può dunque essere accolto.

2.4. Non è accoglibile neppure il quinto motivo di ricorso tenuto conto, in linea generale, che «le problematiche relative alla motivazione della anomalia della offerta si pongono in termini notevolmente diversi a seconda del grado e del tipo di anomalia che abbia dato luogo alla verifica dell'offerta» e che, in particolare, «qualora si proceda (...) alla verifica a norma dell'art. 86, co. 3, del codice dei contratti, recante l'ipotesi in cui l'offerta migliore ha riportato un punteggio non inferiore ai quattro quinti del massimo tanto per l'aspetto tecnico quanto per l'aspetto economico, non occorre una motivazione particolarmente approfondita, non potendosi neppure parlare di offerta sospetta di anomalia, bensì solo di verifica effettuata per scelta discrezionale dell'Amministrazione; e, com'è noto e come già accennato, il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta si connota per poteri, che, poiché inerenti la verifica dell'anomalia delle offerte, attengono alla sfera propria di discrezionalità tecnica della stazione appaltante, sicché il giudice amministrativo può sindacare le valutazioni compiute dalla p.a. sotto il profilo della loro logicità e ragionevolezza e della congruità dell'istruttoria, ma non può operare autonomamente siffatta verifica, pena l'invasione di quella sfera tipica» (così, *ex multis*, C.d.S. 9 luglio 2014, n. 3492).

Ciò posto, nella specie, come considerato dall'Azienda resistente, risulta dal provvedimento di aggiudicazione definitiva (n. 269 del 9 marzo 2016) che «sono state esperite con esito positivo le verifiche sul possesso dei requisiti di ordine generale e della capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale, rese in sede di gara dalle ditte aggiudicatarie».

3. Prima di eventualmente esaminare le censure articolate in via subordinata col ricorso introduttivo con finalità demolitoria dell'intera gara, occorre prendere in considerazione quelle articolate coi motivi aggiunti e volte, invece, ad ottenere in via principale la mera esclusione del controinteressato r.t.i. dalla gara.

3.1. Segnatamente col primo dei motivi aggiunti (spediti per la notifica il 25 luglio 2016) la ricorrente, che ha versato in giudizio i relativi atti acquisiti a seguito di accesso documentale del 28 giugno 2016, censura la mancata sottoscrizione dell'offerta tecnica e, in particolare, degli allegati ai capitoli 2, 3, 4 e 6 contenenti l'elencazione degli articoli offerti con la descrizione, mediante schede tecniche, delle caratteristiche di questi e il processo di sterilizzazione impiegato da controparte.

Si sono difese l'amministrazione e la parte controinteressata, deducendo che la sottoscrizione, da apporre peraltro sull'ultima pagina, era prevista dal bando soltanto per l'offerta economica e non anche per quella tecnica e che tale carenza rivestirebbe comunque carattere inessenziale e sarebbe sanabile mediante il soccorso istruttorio.

La censura è fondata.

Osserva in proposito il Collegio che, nel caso di specie, a fronte della produzione documentale della ricorrente, non v'è stata contestazione in ordine alla mancata sottoscrizione dei documenti in questione i quali, alla stregua di quanto disposto dall'art. 35 del capitolato speciale (pagg. 55 ss.), integrano nei suoi elementi essenziali l'offerta tecnica, costituita da una relazione tecnica da inserire nella "busta n. 2" che, tra le altre cose, deve evidenziare «tipologia e caratteristiche degli articoli proposti».

Ha in proposito chiarito la giurisprudenza che «la sottoscrizione dell'offerta, prescritta ai sensi dell'art. 74 d.lgs. n. 163 del 2006, si configura come lo strumento mediante il quale l'autore fa propria la dichiarazione contenuta nel documento, serve a renderne nota la paternità ed a vincolare l'autore alla manifestazione di volontà in esso contenuta. Essa assolve la funzione di assicurare provenienza, serietà, affidabilità e insostituibilità dell'offerta e costituisce elemento essenziale per la sua ammissibilità, sia sotto il profilo formale che sotto quello sostanziale, potendosi solo ad essa riconnettere gli effetti dell'offerta come dichiarazione di volontà volta alla costituzione di un rapporto giuridico. La sua mancanza inficia, pertanto, la validità e la ricevibilità della manifestazione di volontà contenuta nell'offerta senza che sia necessaria, ai fini dell'esclusione, una espressa previsione della legge di gara (Cons. St. Sez. V, 7.11.2008, n. 5547). Non può ritenersi equivalente alla sottoscrizione dell'offerta l'apposizione della controfirma sui lembi sigillati della busta che la contiene» (così C.d.S. 25 gennaio 2011, n. 528).

Inoltre, l'art. 46 comma 1-bis del d.lgs. n. 163/2006, relativo all'incertezza sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, va letto nel senso che può essere sanzionata con l'esclusione dalla gara l'offerta che presenti un margine di incertezza significativo, sia per il contenuto intrinseco della stessa, sia in relazione all'oggetto dell'appalto: analogamente, sono da ritenere essenziali quegli elementi dell'offerta atti ad incidere in maniera significativa sul contenuto della stessa, tanto che la loro mancanza renda l'offerta non soddisfacente rispetto alle richieste della stazione appaltante. Pertanto, va escluso il concorrente il quale abbia omissa la sottoscrizione dell'offerta tecnica – la quale non è negozialmente imputabile ad alcuno – mentre la mancata esplicita previsione di tale carenza tra le cause di esclusione è irrilevante "trattandosi di mancanza di un elemento essenziale dell'offerta che anche nell'attuale assetto normativo disegnato dall'attuale art. 46, comma 1-bis, del Codice appalti, in cui è stato codificato il principio di tassatività delle cause di esclusione, rileva quale causa di estromissione del concorrente dalla gara d'appalto (in questi termini Consiglio di Stato, 21 giugno 2012 n. 3669 e 8 agosto 2013, n. 727).

In conclusione, la mancata sottoscrizione dell'offerta tecnica, che costituisce uno dei documenti integranti la domanda di partecipazione alla gara, non può essere considerata, in via di principio, un'irregolarità solo formale sanabile nel corso del procedimento, atteso che essa fa venire meno la certezza della provenienza e della piena assunzione di responsabilità in ordine ai contenuti della dichiarazione nel suo complesso posto che la sottoscrizione di un documento è lo strumento mediante il quale l'autore fa propria la dichiarazione anteposta contenuta nello stesso, consentendo così non solo di risalire alla paternità dell'atto, ma anche di rendere l'atto vincolante verso i terzi destinatari della manifestazione di volontà (*ibidem*).

Da tanto discende che il r.t.i. aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso dalla gara e, quanto all'odierno processo (non risultando che si sia proceduto alla stipula del relativo contratto), che va accolta la domanda di annullamento dell'aggiudicazione del lotto 1, fatti salvi gli ulteriori provvedimenti che l'amministrazione dovrà adottare in esecuzione della presente sentenza.

4. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Quater), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, accoglie i motivi aggiunti e per l'effetto annulla l'aggiudicazione impugnata.

Condanna l'amministrazione e la parte controinteressata, in solido tra loro, a rifondere alla ricorrente le spese processuali, che liquida in complessivi € 20.000,00 (ventimila), nonché a rimborsare il contributo unificato.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 ottobre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Sapone, Presidente

Alfredo Storto, Consigliere, Estensore

Massimo Santini, Consigliere