



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8435 del 2019, proposto dalle società Svas Biosana s.p.a., Farma Logistica srl, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro – tempore, rappresentate e difese dall’Avv. Luigi Tretola, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Roma, presso il suo studio (Lombardo & Associati);

contro

Regione Calabria, in persona del legale rappresentante pro – tempore, rappresentata e difesa dall’avv. Angela Marafioti dell’Avvocatura regionale, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Roma, al viale delle Milizie 34, presso lo studio legale dell’avv. Donatella Plutino; –
appellante *incidentale;*

Serenity s.p.a., in persona del legale rappresentante pro – tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Alessandro Patelli e Ruggero Tumbiolo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Roma, piazza della Marina 1, presso l’avv. Lucio Filippo Longo; – *appellante incidentale*

nei confronti

Azienda Sanitaria Provinciale di Cosenza, Azienda Sanitaria Provinciale di Catanzaro, Azienda Sanitaria Provinciale di Crotona, Santex s.p.a., non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del TAR per la Calabria, Catanzaro, sez. II, n. n. 1635/2019.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dalla Regione Calabria;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dalla società Serenity s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 febbraio 2020 il Cons. Umberto Maiello e uditi per le parti gli avvocati come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1 Con il mezzo qui in rilievo l'appellante principale, Svas Biosana s.p.a., chiede la riforma, previa sospensione, della sentenza n. 1635/2019 del 24/9/2019, pubblicata il 27/9/2019, con cui il TAR per la Calabria – Catanzaro, Sez. II, ha respinto il ricorso proposto dal RTI Svas Biosana s.p.a. / Farma Logistica s.r.l. avverso gli atti conclusivi della procedura di gara, con modalità telematica, per la fornitura domiciliare di ausili per incontinenti ad assorbimento a ridotto impatto ambientale, destinata alle aziende sanitarie della Calabria, aggiudicata alla società Serenity s.p.a., qui anche appellante incidentale.

1.1. La procedura selettiva in argomento, incentrata sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, riflette un contenuto negoziale articolato

siccome distinto in un oggetto principale, riferito alla fornitura di prodotti per incontinenza, ed uno secondario, concernente il servizio di consegna a domicilio di prodotti per incontinenti, con importi pari, rispettivamente, a € 25.175.158,23 euro, per il primo, ed € 3.776.273,73, per il secondo.

1.2. La *lex specialis*, nella specie il disciplinare di gara, nel definire il ventaglio dei requisiti di ammissione alla gara, dopo aver previsto requisiti di ordine generale, di idoneità professionale (punto 2.3 del disciplinare di gara), di carattere economico finanziario (punto 2.4 del disciplinare di gara), all'articolo 2.5., così rubricato "2.5 *Requisiti di carattere tecnico professionale (art. 83, comma 1, lett. c)*", prevedeva, al punto b), che:

"L'operatore economico partecipante dovrà dimostrare riportandolo nel mod. 2 – DGUE- alla parte IV punto C), di possedere i seguenti requisiti:

a) aver eseguito a favore di Amministrazioni o Enti pubblici o privati nell'ultimo triennio antecedente la data di pubblicazione del bando n.1 (uno) un contratto di fornitura di ausili per l'incontinenza ad assorbenza di importo pari o superiore a € 8.000.000,00 (ottomilioni/00) IVA esclusa;

b) aver eseguito a favore di Amministrazioni o Enti pubblici o privati nell'ultimo triennio antecedente la data di pubblicazione del bando n.1 (uno) o in alternativa 2 (due) contratti di servizio di trasporto e/o consegna e/o distribuzione in genere di importo complessivo pari o superiore a € 1.200.000,00 (unmilione duecentomila/00) IVA esclusa;".

1.3. Ai fini qui in rilievo, Serenity s.p.a., aggiudicataria, si è avvalsa, quanto al servizio di trasporto e/o consegna e/o distribuzione dei dispositivi per incontinenti, della società consortile a responsabilità limitata Logi Center producendo a corredo dell'offerta il relativo contratto di avvalimento. Analogamente, la seconda classificata, Santex s.p.a., si è avvalsa dell'ausilio, sempre limitatamente al suddetto servizio, dell'operatore economico Sergio Leone.

1.4. All'esito della procedura selettiva, alla quale venivano ammesse, giusta decreto n. 4428 del 2.05.2017, il costituendo R.T.I. con mandataria Svas Biosana s.p.a., Serenity s.p.a., Santex s.p.a., mentre restava escluso l'operatore Fater s.p.a., la gara veniva aggiudicata, con determina n. 4649 dell'11.4.2019, alla società Serenity s.p.a., graduata al primo posto con una valutazione complessiva di 99,4 punti, di cui 59,4 per l'offerta tecnica e 40 per l'offerta economica. Al secondo posto si classificava la Santex s.p.a. con un punteggio di 90,71 punti, di cui 54,4 punti per l'offerta tecnica e 36,31 per l'offerta economica, mentre al terzo posto veniva graduato il costituendo R.T.I. con mandataria Svas Biosana s.p.a. con un punteggio di 71,75, di cui 47,06 per l'offerta tecnica e 24,66 per quella economica.

Il giudice di prime cure, a conclusione del giudizio promosso dal costituendo R.T.I. con mandataria Svas Biosana s.p.a., ha, anzitutto, respinto l'eccezione di irricevibilità del ricorso principale nella parte recante contestazioni sull'ammissione dell'aggiudicataria e della seconda graduata. Tanto in ragione della sopravvenuta conoscenza del contratto di avvalimento solo all'esito dell'accesso all'aggiudicazione ed agli atti del procedimento di evidenza pubblica.

Ha, però, respinto il ricorso principale riqualificando nella sua portata applicativa il requisito suindicato, prescritto al punto 5.2. del disciplinare, ritenendolo circoscritto a comprovare l'esecuzione dei servizi qui in rilievo e non anche funzionale al futuro svolgimento del servizio, considerando, su tale premessa, valido l'avvalimento di cui si erano avvalse le due prime ditte graduate ancorché non recanti il dettaglio delle risorse messe a disposizione. Ha, dunque, dichiarato, in ragione del rigetto del ricorso principale, improcedibile il ricorso incidentale, con cui l'aggiudicataria impugnava l'art. 2.5 del disciplinare di gara ove interpretato quale requisito tecnico- professionale anziché economico finanziario, ritenendolo comunque tempestivo.

2. Avverso tale sentenza, l'appellante principale, Svas Biosana, ha articolato i seguenti motivi di gravame:

- a) eccepisce l'erroneità della sentenza del giudice di prime cure nella parte in cui ricostruisce il dettato dell'art. 2.5 del disciplinare di gara (rubricato requisiti tecnico professionale – art. 83, comma 1 lett.c) ritenendo che sia invero da intendersi come requisito economico finanziario, disattendendo così il dato letterale della *lex specialis*;
- b) deduce l'erroneità della sentenza in epigrafe nella parte in cui non ha rilevato la nullità per indeterminatezza del contratto di avvalimento stipulato da Serenity con Logi Center e la mancanza delle pur prescritte dichiarazioni di impegno da parte della ditta ausiliaria. La mancanza della espressa dichiarazione non potrebbe essere supplita dalle mere enunciazioni rese dall'impresa ausiliaria nel detto contratto di avvalimento, che al più potrebbero riguardare un impegno tra le parti, giammai l'ausiliaria e la SUA;
- c) ribadisce che l'esclusione dell'aggiudicataria e della Santex avrebbe dovuto essere disposta anche perché è mancata, da parte delle rispettive ausiliarie, l'espressa dichiarazione di impegno dell'ausiliaria ad eseguire direttamente le prestazioni oggetto del contratto di avvalimento, in aggiunta alla specifica indicazione dei mezzi e delle risorse messe a disposizione;
- d) deduce, infine, che il TAR avrebbe omissso di rilevare anche la necessità che il servizio di consegna venisse eseguito direttamente dall'ausiliaria, unica in grado di garantire la sua corretta esecuzione, atteso che è incontestata la circostanza che le controinteressate non hanno esperienza in merito;
- e) la dimostrata nullità e/o inesistenza e/o inefficacia dei contratti di avvalimento di entrambe le ditte controinteressate non sarebbe in alcun modo scalfita dal ricorso operato (da entrambe) ad un eventuale subappalto per la consegna

domiciliare, attesa la diversa natura e funzione dei due istituti che rende gli stessi non sovrapponibili;

f) sarebbero erronee le argomentazioni del TAR in virtù delle quali ha respinto la doglianza con cui il ricorrente RTI lamenta la mancata esclusione di Santex, per violazione dell'obbligo dichiarativo in merito a circostanze rilevanti ai fini della valutazione di affidabilità, afferenti, nello specifico, all'omessa indicazione di una risoluzione contrattuale da parte di Soresa spa in altro contratto di pubbliche forniture. Il TAR non ha tenuto conto, non solo dell'obbligo di aggiornamento del DGUE, ma soprattutto della mancata comunicazione a SUA di tale circostanza che ne avrebbe determinato l'esclusione;

g) la sentenza appellata andrebbe, altresì, riformata nella parte in cui ha riconosciuto la tempestività del ricorso incidentale proposto da Serenity, nonostante la precedente pronuncia cautelare che ne aveva, invece, rilevato la tardività; il tutto, senza, tra l'altro, chiarirne puntualmente le ragioni. Andrebbe, invece, confermata la tardività del ricorso incidentale, attesa la natura immediatamente lesiva dell'art. 2.5 del disciplinare (trattandosi di requisito di partecipazione).

2.1. L'appellante principale ha, poi, richiamato mediante rinvio *per relationem* le proprie memorie difensive ed eccezioni sollevate in primo grado.

3. Si è costituita in giudizio la Regione Calabria, che ha proposto appello incidentale, chiedendo la riforma della medesima sentenza nella parte in cui ha respinto l'eccezione di irricevibilità per tardività del ricorso limitatamente ai motivi con i quali è stata contestata l'ammissione alle fasi successive degli operatori controinteressati.

4. Resiste in giudizio anche l'aggiudicataria, Serenity s.p.a., che ha spiegato appello incidentale, deducendo:

- a) l'irricevibilità, *in parte qua* (limitatamente cioè alle contestazioni sull'ammissione alla gara delle ditte controinteressate in quanto proposte in violazione del disposto di cui all'articolo 120 comma 2 bis c.p.a.), del ricorso principale di primo grado;
- b) la inammissibilità del ricorso principale quanto alla tardiva introduzione (solo con memoria) della censura sulla mancanza della dichiarazione dell'ausiliaria circa il possesso dei requisiti;
- c) l'illegittimità della disciplina di gara nella parte in cui qualifica il fatturato specifico come requisito tecnico professionale ex art. 83, comma 4 e 6, del d.lgs. n. 50 del 2016 e dell'allegato XVII al suddetto d.lgs., dovendo invero intendersi come requisito afferente alla capacità economico finanziaria.

4.1. All'udienza del 27.2.2020 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

5. In via preliminare va affrontata la questione pregiudiziale sulla ricevibilità del ricorso principale di primo grado, qui riproposta con gli appelli incidentali spiegati dall'Amministrazione resistente e dalla aggiudicataria.

5.1. Sul punto va, anzitutto, detto che, pur essendo stato l'art. 120, comma 2 bis, Cod. proc. amm. abrogato dall'art. 1, comma 22, del d.l. 18 aprile 2019, n. 32, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 14 giugno 2019 n. 55, la norma previgente è tuttavia applicabile dato che, ai sensi del detto art. 1, comma 23, le disposizioni di cui al comma 22 si applicano ai processi iniziati dopo la data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto (18 giugno 2019).

5.2. Com'è noto, la disposizione in commento prevede che *"Il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici adottato in attuazione della legge 28 gennaio 2016, n. 11. L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso*

incidentale. E' altresì inammissibile l'impugnazione della proposta di aggiudicazione, ove disposta, e degli altri atti endo-procedimentali privi di immediata lesività."

Da parte sua la versione *ratione temporis* qui applicabile dell'art. 29 del d.lgs. n. 50 del 2016, quella cioè precedente l'entrata in vigore delle modifiche introdotte dal decreto c.d. correttivo n. 56 del 2017 (operanti dal 20 maggio 2017), essendo stato il bando di gara pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea il 28 dicembre 2016 e sulla Gazzetta Ufficiale il 1° gennaio 2017, prevede la pubblicazione degli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori "*...omissis...sul profilo del committente, nella sezione "Amministrazione trasparente", con l'applicazione delle disposizioni di cui al D.lgs. 14 marzo 2013, n. 33. Al fine di consentire l'eventuale proposizione del ricorso ai sensi dell'art. 120 del codice del processo amministrativo, sono altresì pubblicati, nei successivi due giorni dalla data di adozione dei relativi atti, il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni all'esito delle valutazioni dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico professionali. [...]"*.

5.3. Questo essendo il quadro normativo di riferimento, ad una prima lettura dovrebbe concludersi nel senso che il termine di trenta giorni per impugnare il provvedimento che determina le ammissioni alla procedura di affidamento all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali decorre dalla data della pubblicazione del provvedimento stesso nell'apposita sezione "Amministrazione trasparente" del profilo internet del committente.

5.4. Vale, infatti, soggiungere che soltanto dopo l'entrata in vigore delle modifiche apportate dal d.lgs. n. 56 del 2017 si è imposto all'amministrazione aggiudicatrice di osservare le ulteriori condizioni dettate dal rinnovato art. 29, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016, al fine di consentire la decorrenza del termine per impugnare ex art. 120, comma 2 bis, Cod. proc. amm., in particolare quanto all'onere di rendere "in

concreto disponibili, corredati di motivazione" gli atti di cui al secondo periodo (cfr. Cons. Stato, V, 27 dicembre 2018, n. 7256).

5.5. Ciò nondimeno, il contenuto regolatorio della disposizione in argomento va precisato in aderenza al diritto eurounitario per come declinato, quanto ai profili qui di più diretto rilievo, dalla Corte giustizia UE con sentenza della sez. IV, del 14/02/2019, n.54.

6. Occorre, dunque, muovere dal suddetto arresto decisorio, dal quale è possibile mutuare, in via di sintesi, il seguente principio informatore: l'onere di immediata impugnazione del provvedimento recante le ammissioni e le esclusioni dei concorrenti non lede il diritto di difesa dell'operatore economico, ma questi deve essere messo in grado di conoscere agevolmente tutti gli elementi necessari per verificare la correttezza dell'operato della stazione appaltante.

Ed a tale principio si è coerentemente ispirato il giudice di prime cure.

6.1. Osserva, invero, il Collegio che dal provvedimento di ammissione l'odierna appellante non avrebbe giammai potuto comprendere, nemmeno in via embrionale, l'illegittimità della ammissione alla gara delle ditte concorrenti poiché le specifiche valutazioni sottese all'ammissione non sono ricavabili dalle generiche e stereotipate formule contenute nell'atto. Ove diversamente interpretato il combinato disposto dell'articolo 120 comma 2 bis del c.p.a. e dell'articolo 29, comma 1, del codice dei contratti, nella versione antecedente alle specificazioni apportate con il D.Lgs. n. 56 del 2017, non sarebbe conforme agli obiettivi della direttiva 89/665 che sono quelli di favorire la presentazione di un ricorso efficace e quanto più rapido possibile e di garantire la certezza del diritto.

6.2. Né d'altro canto è possibile riversare sulla stessa ditta che ha partecipato alla gara le divise lacune informative ponendo a suo carico l'onere di formalizzare un'istanza di accesso ai documenti presentati dalle controinteressate, dal momento che i suddetti oneri informativi, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 29

del d. lgs 50/2016 e 120, comma 2 bis, e per come integrati dalla pronuncia del giudice comunitario, gravano in via esclusiva sulla stazione appaltante.

6.3. Questa stessa Sezione (cfr. CdS, Sez. III n. 546 del 22.1.2020), in una vicenda analoga a quella qui in rilievo, ha già di recente evidenziato che è proprio la compressione dei tempi per l'esercizio del diritto di difesa, prevista dal particolare rito, a giustificare in questo caso uno spostamento in capo alla stazione appaltante dell'onere di rendere conoscibili non solo gli effetti dispositivi degli atti di gara, ma anche gli elementi fattuali e giuridici presupposti (necessari per valutare consapevolmente l'esistenza di eventuali profili di illegittimità, ed articolare efficacemente le relative censure).

Il punto di equilibrio fra esigenze di celerità e tutela comunque del diritto di difesa è stato infatti individuato dalla Corte di Giustizia nella necessità che l'effettività di tale diritto venga garantita almeno da una adeguata e tempestiva conoscenza di tali elementi: di talché la dequotazione dell'accesso non è irragionevole, ma funzionale a garantire il complesso assetto su cui si fonda la compatibilità del rito con le garanzie rimediali imposte dal diritto dell'U.E.

Nel caso in esame l'applicazione al caso di specie di tali principi conduce, come detto, alla conferma della censurata statuizione della sentenza di primo grado.

6.4. In ragione di ciò va, dunque, confermato il capo della decisione appellata nella parte in cui ha statuito che potevano trovare ingresso le censure articolate in primo grado dall'odierna appellante circa la pretesa mancanza dei requisiti di capacità tecnica in capo alle prime due ditte graduate, atteso che le prospettate lacune dei contratti di avvalimento sono state conosciute dalla ricorrente principale solo a seguito dell'accesso eseguito il 7.05.2019.

6.5. Del pari corretta si rivela l'ulteriore statuizione, sempre in rito, del giudice di prime cure che ha respinto l'eccezione di inammissibilità sollevata dalla società Serenity, e qui riproposta con appello incidentale dalla detta controinteressata, ed

affidente alla censura con cui la ricorrente, Svas Biosana s.p.a., lamentava l'assenza della dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria, attestante il possesso dei requisiti generali e tecnici e l'impegno a non partecipare alla gara in proprio o in forma associata o consorziata. Tale censura, a dire dell'appellante incidentale, sarebbe stata introdotta nella memoria difensiva del 7.06.2019 anziché per mezzo di motivi aggiunti.

La piana lettura del ricorso di primo grado consente di riscontrare l'assunto del TAR secondo cui la doglianza in argomento era già contenuta nelle pagg. 14-15 del ricorso introduttivo e quindi non costituisce una nuova censura.

7. Quanto al merito, giova qui rammentare che l'appellante muove dall'erroneità del *decisum* di prime cure nella parte in cui ha ricostruito il contenuto precettivo dell'art. 2.5 del disciplinare di gara in distonia con il dato letterale della *lex specialis*, che assegnava al requisito ivi previsto la natura di requisito di capacità tecnico – professionale, non avvedendosi, a cagione di ciò, della nullità dei contratti di avvalimento prodotti dalle prime due ditte graduate.

7.1. Il disciplinare di gara, al punto b) dell'art. 2.5 richiedeva la dimostrazione in capo al partecipante di avere eseguito, nel triennio antecedente alla pubblicazione del bando ed in favore di soggetti pubblici o privati, “... *n. 1 (uno) o in alternativa 2 (due) contratti di servizio di trasporto e/o consegna e/o distribuzione in genere di importo complessivo pari o superiore a € 1.200.000,00 ... IVA esclusa*”. L'art. 5.1 del medesimo disciplinare stabiliva, poi, che il requisito in esame dovesse evincersi “... *da certificati rilasciati in originale o in copia conforme e vistati dalle amministrazioni o dagli enti medesimi, inseriti nel sistema AVC pass dagli operatori; in mancanza di detti certificati, gli operatori economici possono inserire nel predetto sistema le fatture relative all'avvenuta esecuzione, indicando, ove disponibile, il CIG del contratto cui si riferiscono, l'oggetto del contratto stesso e il relativo importo, il nominativo del contraente pubblico e la data di stipula del contratto*”.

7.2. Giusta quanto già anticipato in premessa il giudice di prime cure, prescindendo dalla classificazione assegnata dalla legge di gara al requisito in argomento, ne ha dequotato l'attitudine conformativa sul versante esperienziale assegnandogli una valenza solo retrospettiva con effetti, dunque, circoscritti al vissuto professionale dell'ausiliaria, sostanzialmente equiparando, quanto al risultato, il requisito in argomento a quelli di natura economico – finanziaria rispetto ai quali è diffusamente ritenuto ammissibile l'avvalimento cd. di garanzia.

7.3 Com'è noto, sono state prospettate in dottrina e giurisprudenza tesi contrapposte in ordine al corretto inquadramento dei requisiti di partecipazione concernenti il fatturato pregresso dell'operatore economico, proprio con riguardo ai suoi possibili riflessi sulla disciplina dell'avvalimento.

Da un lato, si è sostenuto che il fatturato serve a dimostrare essenzialmente l'adeguata dimensione economica dell'impresa esecutrice: pertanto, in caso di avvalimento, sarebbe sufficiente dimostrare che l'ausiliaria si sia impegnata a mettere a disposizione dell'appaltatore la propria acquisita capacità finanziaria, in particolare nei casi in cui occorra garantire la stazione appaltante dei possibili rischi collegati ai profili economici dell'appalto. Secondo questo punto di vista, l'ausiliaria non si obbliga a fornire mezzi materiali all'esecutore, ma solo a mettere a disposizione la propria affidabilità economica: il contratto di avvalimento ha per oggetto questo elemento, puntualmente determinato.

Dal lato opposto, si è evidenziato che il fatturato non ha solo una valenza economica, ma delinea la dimensione tecnica dell'impresa e la sua reale presenza sul mercato. In tale ottica, in caso di avvalimento, l'ausiliaria deve obbligarsi a conferire all'appaltatore adeguate risorse del proprio apparato produttivo, precisamente indicate nel contratto di avvalimento.

La giurisprudenza di settore ricostruisce su basi differenti il regime dell'uno e dell'altro contratto: nel caso di avvalimento c.d. "tecnico od operativo", prevale

l'esigenza di definire in modo concreto le risorse ed i mezzi messi a disposizione dall'ausiliaria; viceversa, nel caso dell'avvalimento c.d. "di garanzia", l'impresa ausiliaria si limita a mettere a disposizione il suo valore aggiunto in termini di solidità economico - finanziaria, di talchè non è necessario, in linea di massima, che la dichiarazione negoziale costitutiva dell'impegno contrattuale rechi l'indicazione specifica di indici materiali atti a esprimere una certa e determinata consistenza patrimoniale, essendo sufficiente inferire dalla ridetta dichiarazione l'impegno contrattuale a mettere a disposizione dell'ausiliata la propria complessiva solidità finanziaria così garantendo una determinata affidabilità e un concreto supplemento di responsabilità (cfr. Cons. Stato, sez. V, 25 luglio 2019, n. 5257; V, 14 giugno 2019, n. 4024; V, 5 aprile 2019, n. 2243; V, 20 novembre 2018, n. 6551; V, 30 ottobre 2017, n. 4973; III, 11 luglio 2017, n. 3422; V, 15 marzo 2016, n. 1032, V, 22 dicembre 2016, n. 5423).

Si è poi fatto strada un ulteriore orientamento che ritiene dirimente l'esame degli atti di gara per stabilire le finalità assegnate dalla stazione appaltante al suo possesso: segnatamente, occorrerebbe stabilire se il fatturato specifico sia in funzione di una certa solidità economico – finanziaria dell'operatore economico – per aver, dai pregressi servizi, ottenuto ricavi da porre a garanzia delle obbligazioni da assumere con il contratto d'appalto - ovvero della capacità tecnica, per aver già utilmente impiegato, nelle pregresse esperienze lavorative, la propria organizzazione aziendale e le competenze tecniche a disposizione (cfr. così, Cons. Stato, sez. V, n. 6066 del 2.9.2019; sez. III, 10 luglio 2019, n. 4866; nonché, ampiamente, V, 19 luglio 2018, n. 4396).

7.4. Avuto riguardo al caso di specie, non vi è dubbio che la *lex specialis* di gara – cui va assegnato rilievo dirimente (cfr. CdS, Sez. III n. 546 del 22.1.2020; CdS, Sez. V n. 4396 del 19.7.2018; CdS, Sez. V, 2settembre2019, n.6066;) - abbia inteso optare per questa seconda linea ermeneutica, definendo *expressis*

verbis l'inquadramento del requisito del fatturato specifico pregresso quale requisito di capacità tecnica.

Tanto si evince chiaramente, ed in apice, dalla stessa qualificazione assegnata dalla disciplina di gara.

In tal senso, depone già il bando di gara che ascrive il requisito in argomento al paragrafo dedicato in via esclusiva alla capacità tecnica (punto III. 2.3.) e nei medesimi termini si pone il disciplinare che espressamente qualifica il suddetto requisito come requisito *di carattere tecnico professionale (art. 83, comma 1, lett. c)*.

In siffatte evenienze, ha evidenziato questa Sezione (cfr. CdS, Sez. III n. 546 del 22.1.2020) che l'interpretazione è infatti diretta conseguenza della qualificazione, non riducibile a mera espressione formale, priva di significato precettivo.

Sulla base della qualificazione ritenuta nel disciplinare non poteva darsi una diversa interpretazione dal momento che in presenza di una qualificazione espressa la relativa clausola “..qualificandolo come requisito di capacità tecnica e professionale, suppone la necessaria indicazione delle modalità di prestito dei requisiti e delle risorse messe a disposizione dall'avvalente” (cfr. CdS, Sez. III n. 546 del 22.1.2020; CdS, Sez. V n. 4396 del 19.7.2018).

7.5. D'altro canto, in tal senso depongono chiaramente, ed in aggiunta al dato letterale, anche le seguenti univoche circostanze:

- il disciplinare è articolato in paragrafi distinti, ciascuno dei quali è specificamente riferito ad una tipologia determinata di requisiti con esplicito richiamo alla corrispondente previsione normativa, con la conseguenza che va esclusa, in radice, qualsiasi forma di impropria sovrapposizione: ed, invero, al paragrafo 2.2. vengono descritti i “*Requisiti di carattere generale (art. 80)*”, al paragrafo 2.3 i *Requisiti di idoneità professionale (art. 83, comma 1, lett. a)*, al paragrafo 2.4 i *Requisiti di carattere economico finanziario (art. 83, comma 1, lett. b)*, ed, infine, al paragrafo 2.5. i *Requisiti di carattere tecnico professionale (art. 83, comma 1, lett. c)*, tra qui, per quanto qui di più diretto

interesse, alla lettera b), *aver eseguito a favore di Amministrazioni o Enti pubblici nell'ultimo triennio antecedente la data di pubblicazione del bando n.1 (uno) un contratto di servizio di consegna a domicilio di prodotti per incontinenti di importo pari o superiore a € 1.200.000,00 (euro un milione duecentomila/00) IVA esclusa;*

- non viene qui in rilievo la risultante meramente economica del servizio svolto ma il servizio in sé, di cui, come precisato al punto 5.1. del disciplinare occorre fornire una descrizione e comprovarne anche la corretta esecuzione “quanto al requisito di carattere tecnico-professionale (art. 83 comma 1, lett. c) del D. Lgs. 50/2016 di cui al precedente paragrafo 2.5, da certificati rilasciati in originale o in copia conforme e vistati dalle amministrazioni o dagli enti medesimi, inseriti nel sistema AVCpass dagli operatori; in mancanza di detti certificati, gli operatori economici possono inserire nel predetto sistema le fatture relative all'avvenuta esecuzione indicando, ove disponibile, il CIG del contratto cui si riferiscono, l'oggetto del contratto stesso e il relativo importo, il nominativo del contraente pubblico e la data di stipula del contratto stesso”. Ne discende che le soglie economiche cui fa riferimento la disciplina di gara afferiscono alla prova di un'idonea dimensione quantitativa dell'esperienza professionale richiesta e non costituiscono un mero indicatore della capacità economico – finanziaria;

- d'altro canto, anche sotto il profilo teleologico, sul quale indugia il giudice di primo grado, sarebbe irragionevole ipotizzare che la stazione appaltante abbia inteso (a dispetto delle proposizioni letterali utilizzate e della loro collocazione sistematica) esclusivamente cautelarsi sotto il profilo economico – finanziario, senza nulla richiedere, quanto ai profili di capacità tecnico professionale, in relazione ad uno degli oggetti dello stipulando contratto.

7.6. Tanto premesso, è di tutta evidenza che, lo scopo dell'avvalimento, ai fini qui in rilievo, avrebbe dovuto essere – non già quello meramente retrospettivo di avvenuta esecuzione di analoghi contratti di un certo importo – bensì quello di consentire all'amministrazione di fare affidamento, non solo sulle risorse umane e

tecniche proprie che la concorrente avrebbe destinato all'esecuzione delle prestazioni richieste, ma anche sulle competenze tecniche acquisite dall'impresa ausiliaria grazie alle precedenti esperienze lavorative, cui è riferito il fatturato specifico dato "in prestito" all'impresa concorrente nello specifico settore della consegna e/o della distribuzione domiciliare.

L'avvalimento in questione ha, dunque, natura di avvalimento c.d. tecnico – operativo. Occorre, allora, accertare se, nel caso qui in rilievo, vi sia stata effettivamente una concreta ed adeguata messa a disposizione di risorse determinate, attraverso l'indicazione con precisione dei mezzi aziendali che l'ausiliaria offriva per l'esecuzione dell'appalto, affinché l'impegno dell'ausiliario possa dirsi effettivo ed evitare, così, che l'avvalimento si trasformi in una sorta di "scatola vuota"; ciò che si verifica in ogni caso in cui nel contratto di avvalimento si sia fatto ricorso a formule contrattuali del tutto generiche, ovvero meramente riprodottrici del dato normativo o contenenti parafrasi della clausola della *lex specialis* descrittiva del requisito oggetto dell'avvalimento stesso (cfr. Cons. Stato, sez. V, 5 aprile 2019, n. 2243; V, 30 gennaio 2019, n. 775, V, 20 novembre 2018, n. 6551; V, 19 luglio 2018, n. 4396). In principalità, va ribadito l'orientamento giurisprudenziale per il quale, proprio in riferimento al requisito del fatturato specifico pregresso per rapporti analoghi, inteso come requisito di capacità tecnica, si è affermato che «L'avvalimento di un tale requisito di natura tecnica non può essere generico (e cioè non si può limitare, come nella specie, ad un richiamo 'meramente cartaceo o dichiarato' allo svolgimento da parte dell'ausiliaria di attività che evidenzino le sue precedenti esperienze), ma deve comportare il trasferimento, dall'ausiliario all'ausiliato, delle competenze tecniche acquisite con le precedenti esperienze (trasferimento che, per sua natura, implica l'esclusività di tale trasferimento, ovvero delle relative risorse, per tutto il periodo preso in considerazione dalla gara). Ragionando diversamente, il contratto di avvalimento

avrebbe, nel caso di specie, un contenuto totalmente astratto. [...]. In sostanza, ritiene il Collegio che il “prestito” del requisito in esame ha un significato solo se il relativo contratto prevede i modi – che possono essere diversi, a seconda delle circostanze, dall’affitto d’azienda alla messa a disposizione della dirigenza tecnica, ovvero alla predisposizione di un programma di formazione del personale o altro elemento comunque valutabile dalla stazione appaltante – perché l’esperienza dell’impresa ausiliaria si possa considerare effettivamente trasferita all’impresa ausiliata>> (così testualmente Cons. Stato, V, 23 febbraio 2015, n. 864; cfr. anche Cons. Stato, III, 5 luglio 2017, n. 3328).

In altri termini, discendeva direttamente dalla natura operativa dell’avvalimento circostanziare, sul piano tecnico, il *quid pluris* (in termini ad esempio di know how, di supervisione tecnica, di formazione specifica delle maestranze, di specifici mezzi aziendali, di personale etc..) oggetto della prestazione dell’ausiliaria, non occorrendo che tali profili fossero, in modo rigido, previsti nella legge di gara.

7.7. L’indicazione contrattuale degli elementi in questione è, infatti, necessaria per definire l’oggetto dell’avvalimento ai sensi dell’art. 1346 cod. civ., donde la nullità (strutturale) del contratto medesimo in base alla comminatoria dell’art. 1418, comma 2, cod. civ., laddove risulti impossibile individuare un’obbligazione assunta dall’ausiliario su un oggetto puntuale e che sia coercibile per l’aggiudicatario, oltre che per la stazione appaltante.

7.8. Sotto tale distinto profilo, l’indagine rimessa al giudice si risolve nell’interpretazione delle clausole contrattuali da compiere in base alle regole sull’ermeneutica contrattuale e, segnatamente, secondo i canoni enunciati dal codice civile di interpretazione complessiva e buona fede delle clausole contrattuali (così Adunanza plenaria 4 novembre 2016 n. 23), poiché il risultato ultimo dell’indagine è verificare se la specificazione delle risorse prestate in contratto soddisfi l’obbligo imposto dal codice dei contratti pubblici di porre la stazione

appaltante in condizione di comprendere quali siano gli impegni concretamente assunti dall'ausiliaria nei confronti della concorrente e di verificare che la messa a disposizione in sede di gara non sia meramente cartolare corrispondendo, invece, ad una prestazione effettiva di attività e di mezzi da una impresa all'altra.

8. Orbene, la piana lettura del contratto di avvalimento prodotto da Serenity conferma, anzitutto, la chiara percezione dell'afferenza del requisito in argomento al capo della capacità tecnico professionale, essendo stato tale profilo finanche ripetuto all'interno della detta pattuizione.

Di poi, avuto riguardo al contenuto negoziale, l'articolo 1 si limita a prevedere, con formule evidentemente stereotipate, che l'impresa ausiliaria *“concede al Concorrente, che accetta, l'avvalimento dei seguenti requisiti di carattere tecnico professionale.... aver eseguito a favore di Amministrazioni o Enti Pubblici o privati nell'ultimo triennio antecedente la data di pubblicazione del bando n.1 (uno) o in alternativa 2 (due) contratti di servizio di trasporto e/o consegna”* soggiungendo, altresì, che *“L'Impresa Ausiliaria mette, altresì, a disposizione del Concorrente, che accetta, tutte le risorse necessarie per l'esecuzione della fornitura”*, senza però individuarle.

Né è possibile trarre dai successivi articoli ulteriori utili indicazioni quanto al contenuto effettivo della prestazione dell'ausiliaria. Ed, invero, nell'articolo 2 si afferma che *“Il Concorrentesi avvarrà, in via non esclusiva, ad ogni effetto di legge, dell'Impresa Ausiliaria e dei requisiti da quest'ultima concessile in avvalimento per il soddisfacimento dei requisiti tecnico-professionali richiesti”. Il Concorrente utilizzerà, inoltre, in caso dovesse conseguire l'aggiudicazione della gara, le risorse necessarie che le sono state messe a disposizione dall'Impresa Ausiliaria”*.

Anche l'articolo 3 non fornisce alcun ausilio ribadendo, nella formula di impegno contenuta al primo capoverso, che *“L'Impresa Ausiliaria, si obbliga, inoltre, così nei confronti del Concorrente così come nei confronti della Stazione Appaltante, a tenere a*

disposizione del Concorrente, in caso di aggiudicazione, le risorse necessarie all'esecuzione della fornitura per tutta la durata dell'appalto”.

Resta, in definitiva, del tutto oscuro il ventaglio delle risorse messe a disposizione con conseguente indeterminatezza del relativo oggetto.

Vale al riguardo rammentare che la controinteressata Serenity s.p.a, con appello incidentale, ha eccepito l'illegittimità della disciplina di gara nella parte in cui qualifica il fatturato specifico come requisito tecnico professionale ex art. 83, comma 4 e 6, del d.lgs. n. 50 del 2016 e dell'allegato XVII al suddetto d.lgs., dovendo, a suo dire, intendersi come requisito afferente alla capacità economico finanziaria.

Ciò nondimeno, lo scrutinio di tale questione assume rilievo nella sola ipotesi in cui le doglianze dell'appellante principale riescano a superare la prova di resistenza di talchè è opportuno passare in rassegna i residui motivi del gravame principale riferiti alla seconda graduata, differendo in prosieguo l'eventuale esame dell'appello incidentale.

8.1. Orbene, ritiene il Collegio che le medesime conclusioni suesposte non possano essere riproposte per il contratto di avvalimento prodotto dalla Santex in cui, dopo una prima generica enunciazione all'articolo 1 punto 1.3. in cui si prevede l'obbligo della ditta ausiliaria di *“...mettere a disposizione dell'impresa ausiliata, ai fini della partecipazione alla gara, i mezzi e le risorse necessarie a garantire alla medesima di soddisfare il requisito tecnico di cui in premessa e cioè l'esperienza e la capacità tecnica derivante dall'aver eseguito, a favore di Amministrazioni, Enti pubblici o Privati, nell'ultimo triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, di n. 1 (uno) o in alternativa 2 (due) contratti di servizio di trasporto e/o consegna e/o distribuzione in genere di importo complessivo pari o superiori a € 1.200.00,00 nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando, con le caratteristiche descritte in premessa”*, è inserita un'apposita clausola, l'articolo 3, rubricato mezzi e risorse.

In tale disposizione *“L'impresa ausiliaria si obbliga a mettere a disposizione dell'impresa ausiliata:*

a) quanto indicato nell'allegato "Elenco attrezzature" che è parte integrante del presente contratto;

b) quanto indicato nell'allegato "Elenco risorse umane", che è parte integrante del presente contratto;

c) le proprie conoscenze e le abilità operative (Know-how) necessarie per svolgere le prestazioni oggetto di avvalimento.

Il contratto risulta corredato dai relativi allegati che valgono, dunque, a definire in modo sufficientemente dettagliato il contenuto della prestazione, sì da assicurare al contratto in argomento il requisito della determinatezza.

D'altro canto, sul punto i rilievi censori sono assolutamente generici in quanto si limitano ad asserire la replicabilità delle deficienze contenutistiche individuate rispetto al contratto di avvalimento prodotto da Serenity, ma, come si è visto, le due posizioni non sono affatto replicabili.

9. Resta, dunque, dirimente verificare se, alla stregua delle originarie censure espulsive articolate avverso Santex, le statuizioni compendiate nella decisione appellata riflettano una adeguata capacità di resistenza a fronte delle critiche mosse con il mezzo qui in rilievo.

9.1. Non coglie, anzitutto, nel segno il costrutto giuridico dell'appellante nella parte in cui lamenta che l'assetto organizzativo delle controinteressate avrebbe dovuto prevedere l'impegno dell'ausiliaria di eseguire direttamente, in proprio, il servizio oggetto dell'avvalimento. Tale pretesa si fonda su un'esegesi della disciplina di settore non condivisa dal Collegio.

Ed, invero, l'art.89, comma 1 del Codice dei contratti, per quanto qui di più diretto interesse, prevede che *“Per quanto riguarda i criteri relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali di cui all'allegato XVII, parte II, lettera f), o alle esperienze professionali*

pertinenti, gli operatori economici possono tuttavia avvalersi delle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste”.

Ad una piana lettura del divisato dato normativo è di tutta evidenza come il meccanismo sostitutivo rivendicato dall'appellante abbia una portata circoscritta a determinati e ben individuati requisiti (“...si avvalga di altri soggetti per sopperire alla mancanza di titoli di studio e professionali di cui all'allegato XVII, parte II, lettera f) o di esperienze professionali pertinenti”) e la valenza eccezionale della disposizione suindicata preclude l'estensione del suo ambito operativo a fattispecie diverse da quelle ivi espressamente contemplate. Ed, invero, le prestazioni relative all'appalto qui in rilievo non rivelano caratteri infungibili e, dunque, non richiedono la spendita di alcun “titolo di studio” e/o di alcuna “esperienza professionale pertinente”, ovvero di capacità non agevolmente trasferibili con la messa a disposizione che discende dall'avvalimento qui in rilievo.

9.2. Priva di pregio, poi, si rivela la qui ribadita doglianza circa la dedotta violazione dell'articolo 80 comma 5 lettera f bis ed incentrata sulla mancata esclusione di Santex, per violazione dell'obbligo dichiarativo in merito a circostanze rilevanti ai fini della valutazione di affidabilità, afferenti, nello specifico, all'omessa indicazione di una risoluzione contrattuale da parte di Soresa spa in altro contratto di pubbliche forniture.

Sul punto, e come correttamente rilevato dal giudice di prime cure, si rivela dirimente la circostanza che la comunicazione di avvio finalizzata all'ablazione del rapporto contrattuale sia stata inoltrata da Soresa spa a Santex il 26/11/2018. La risoluzione parziale della convenzione è, poi, intervenuta il 4/2/19, in un turno di tempo ampiamente successivo alla scadenza del termine, fissata al 9/3/17, per la presentazione delle domande di partecipazione alla gara in esame indetta dalla Regione Calabria.

Tanto esclude, in radice, la prospettata fattispecie di dichiarazioni non veritiere su cui risulta costruita la censura in argomento non essendo, peraltro, nemmeno evincibile dalla disciplina di gara un obbligo chiaro e cogente di aggiornamento nel prosieguo della procedura delle dichiarazioni rese.

Né, peraltro, è, comunque, comprovata l'acquisita conoscenza della detta risoluzione, da parte della stazione appaltante, non essendo stata dimostrata l'annotazione del relativo evento nei casellari ANAC di talchè le determinazioni conclusive assunte dalla stazione appaltante non potevano ritenersi illegittime.

Vale, peraltro, soggiungersi, sotto diverso profilo, che tale sopravvenuta conoscenza, anche ove fosse pervenuta in tempo utile, giammai avrebbe portato, con la pretesa automaticità, all'esclusione del detto operatore, dando luogo (non essendo stata dimostrata la definitività della detta risoluzione) solo alla procedura di verifica circa la sussistenza di un grave illecito professionale.

9.3. In conclusione, la pretesa azionata in giudizio dall'appellante non vale a superare la prova cd. di resistenza in quanto di per sé non idonea a giustificare l'espulsione dalla procedura selettiva della seconda graduata.

E', invero, *ius receptum* in giurisprudenza il principio secondo cui è necessario dare adeguata dimostrazione della cd. prova di resistenza per comprovare la sussistenza dell'interesse al ricorso che, come è noto, costituisce condizione dell'azione ex art. 100 c.p.c.

In linea generale, la verifica della sussistenza dell'interesse all'impugnativa deve manifestare la sua concretezza, nel senso che l'annullamento degli atti gravati deve risultare idoneo ad arrecare al ricorrente un'effettiva utilità.

Invero, nel processo amministrativo la sussistenza dell'interesse implica la necessità che lo stesso sia valutato in concreto, al fine di accertare l'effettiva utilità che può derivare al ricorrente dall'annullamento degli atti impugnati, così che deve essere dichiarata inammissibile (art. 35, comma 1, lett. b), Cod. proc. amm.) per carenza

di interesse l'impugnazione dell'aggiudicazione di una gara pubblica, non afferente ad aspetti sostanziali o formali mirati alla rinnovazione della gara stessa, se da una verifica a priori (c.d. prova di resistenza) non risulti con sufficiente sicurezza che l'impresa ricorrente possa risultare aggiudicataria in caso di accoglimento del ricorso (cfr., Consiglio di Stato sez. V, 14/04/2016, n.1495; Cons. Stato, III, 17 dicembre 2015, n. 5696; 8 settembre 2015, n. 4209; 5 febbraio 2014, n. 571).

In definitiva, in riforma della sentenza impugnata, il gravame di primo grado deve essere dichiarato inammissibile per carenza di interesse, essendo rimasto del tutto indimostrato che dal suo eventuale accoglimento la ricorrente ritrarrebbe il vantaggio concreto dell'aggiudicazione in suo favore.

9.4. Ne discende l'improcedibilità del capo dell'appello incidentale con cui la controinteressata Serenity s.p.a ha eccepito l'illegittimità della disciplina di gara nella parte in cui qualifica il fatturato specifico come requisito tecnico professionale ex art. 83, comma 4 e 6, del d.lgs. n. 50 del 2016 e dell'allegato XVII al suddetto d.lgs., dovendo, a suo dire, intendersi come requisito afferente alla capacità economico finanziaria

Le spese di giudizio, in ragione della complessità e della novità delle questioni scrutinate, possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe, così provvede:

- a) in riforma della sentenza impugnata, dichiara il ricorso di primo grado inammissibile;
- b) respinge l'appello incidentale della Regione Calabria.
- c) dichiara in parte infondato ed in parte improcedibile l'appello incidentale della società Serenity s.p.a.
- d) spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 febbraio 2020 con
l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere

Umberto Maiello, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Umberto Maiello

IL PRESIDENTE
Franco Frattini

IL SEGRETARIO