

Publicato il 12/06/2017

N. 00795/2017 REG.PROV.COLL.  
N. 00310/2013 REG.RIC.



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

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 310 del 2013, proposto da:

Cpl Concordia Società Cooperativa, rappresentata e difesa dagli avvocati Amerigo Penta e Domenico Benussi (subentrato all'avvocato Fausto Falorni), con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Domenico Benussi in Firenze, piazza dell'Indipendenza n. 10;

*contro*

Estav - Ente Servizi Tecnico Amministrativi Area Vasta Sud-Est, rappresentato e difeso dall'avvocato Domenico Iaria, con domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, via dei Rondinelli, n. 2;

*nei confronti di*

C.E.I.S. Consorzio Elettrecisti Installatori Senesi Soc. Coop., in proprio e quale mandataria dell'A.T.I., C.I.T.I.S. Consorzio Installatori Termo Idraulici Senesi Soc. Coop. (mandante del R.T.I.), E.A.C.O.S. Edili Artigiani Consorziati Soc. Coop. (mandante del

R.T.I.) rappresentati e difesi dall'avvocato Maria Teresa Grassi, con domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, piazza Nazario Sauro, n. 2;

*per l'annullamento*

- della determinazione dirigenziale del Direttore del Dipartimento Appalti, Forniture e Servizi di ESTAV Sud Est n. 16 del 17.1.2013, con la quale è stata aggiudicata la "procedura aperta per l'affidamento quinquennale di un servizio integrato di manutenzione, gestione e conduzione immobili ed impianti tecnologici nel P.O. di Nottola nell'azienda USL 7 di Siena. Per il periodo 1.04.2013-31.03.2018" all'A.T.I. capeggiata dalla C.E.I.S. (d'ora in poi A.T.I. C.E.I.S.);
- della nota del 21.01.2013 con la quale è stata comunicata l'aggiudicazione in favore dell'ATI capeggiata dalla C.E.I.S. (ricevuta a mezzo PEC);
- di tutti i verbali di gara e dei relativi allegati ed in particolare dei verbali n. 1 del 29.5.2012, n. 2 del 20.9.2012 e del n. 3 del 27.9.2012;
- dei verbali e dei relativi allegati attinenti alla valutazione dell'anomalia dell'offerta dell'ATI C.E.I.S. ed in particolare dei verbali n. 1 del 30.11.2012, n. 2 del 14.12.2012, n. 3 del 18.12.2012 e del verbale di incontro del 18.12.2012, nonché delle note del 1.10.2012 prot. n. 32694, del 30.11.2012 prot. n. 38357 e del 14.12.2012 prot. n. 39520 (comunicazioni non conosciute);
- per quanto occorrer possa, del bando di gara, del disciplinare di gara e del capitolato speciale d'appalto, di tutti i chiarimenti rilasciati dalla stazione appaltante e della determinazione del Direttore del Dipartimento Appalti, Forniture e Servizi di Estav Sud Est n. 127 del 13.03.2012;

- di ogni altro atto antecedente, connesso o comunque consequenziale ancorché non conosciuto;
- per la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto eventualmente medio tempore concluso;
- per il risarcimento del danno in forma specifica ovvero per equivalente, relativo alla perdita di chance ed al danno curriculare;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Estav - Ente Servizi Tecnico Amministrativi Area Vasta Sud-Est e di C.E.I.S. Consorzio Eletttricisti Installatori Senesi Soc. Coop., (anche mandataria dell'A.T.I.), di C.I.T.I.S. Consorzio Installatori Termo Idraulici Senesi Soc. Coop. (anche mandante del R.T.I.) e di E.A.C.O.S. Edili Artigiani Consorziati Soc. Coop. (anche mandante del R.T.I.);

Visto il ricorso incidentale proposto da C.E.I.S. Soc.Coop., C.I.T.I.S. Soc. Coop. e E.A.C.O.S. Soc. Coop.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 maggio 2017 il dott. Gianluca Bellucci e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

Estav, con bando pubblicato il 28.2.2012, ha indetto una gara per l'affidamento del servizio integrato di manutenzione, gestione e conduzione di immobili ed impianti tecnologici per il P.O. di Nottola dell'Azienda USL n. 7 di Siena, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Il bando di gara (documento n. 5 allegato all'impugnativa) stabiliva, al paragrafo III.2, che i requisiti previsti nel paragrafo stesso dovevano essere posseduti a pena di esclusione da ciascuna ditta partecipante al raggruppamento temporaneo di imprese e/o da ciascuna ditta consorziata, preposta allo svolgimento del servizio. Il citato paragrafo III.2 prevedeva il requisito di capacità economica (fatturato globale nel triennio 2008/2010, nel settore oggetto della gara, per servizi prestati presso strutture pubbliche o private, non inferiore a 3.500.000 euro) precisando che esso dovesse essere posseduto cumulativamente dalle imprese partecipanti al R.T.I. o al consorzio. Sempre il paragrafo III.2 stabiliva che l'offerente dovesse dichiarare i requisiti tecnico professionali previsti per l'attività oggetto della gara ai sensi del D.M. n. 37/2008 e dell'allegato 13, art. 2, del D.M. n. 314 del 23.5.1992 (terzo grado), con la precisazione che occorreva, quale elemento esperienziale, la pregressa aggiudicazione, nel triennio 2009/2011, di almeno due contratti per servizi analoghi. La stazione appaltante, con nota di chiarimenti del 7.5.2012, ha precisato che il requisito di capacità tecnica avrebbe dovuto essere posseduto cumulativamente dalle imprese partecipanti al R.T.I. o al consorzio, a condizione che chi possedeva l'abilitazione richiesta eseguisse poi la prestazione oggetto di appalto.

La Commissione giudicatrice, nella seduta del 27.9.2012, ha attribuito 38,46 punti all'offerta economica dell'ATI CEIS, e 30,12 punti all'offerta economica della ricorrente CPL; ad esito della gara la prima (aggiudicataria) ha ottenuto complessivamente 93,46 punti, mentre la ricorrente ha riportato 86,12 punti totali, collocandosi al secondo posto.

L'Amministrazione, con determinazione n. 16 del 17.1.2013, ha aggiudicato in via definitiva l'appalto all'ATI CEIS. La ricorrente si è invece collocata al secondo posto su 9 imprese classificatesi nella graduatoria finale (si veda il verbale n. 3 del 27.9.2012, facente parte del documento n. 3 depositato in giudizio dalla parte ricorrente).

Avverso il provvedimento di aggiudicazione e gli atti connessi la ricorrente è insorta deducendo:

1) Violazione del punto III.2 del bando di gara e degli artt. 35 e 42 del d.lgs. n. 163/2006; eccesso di potere per travisamento dei fatti, difetto di istruttoria e di motivazione; violazione della par condicio e dell'art. 97 della Costituzione.

Le due imprese mandanti dell'ATI aggiudicataria (CITIS e EACOS), nella propria dichiarazione, rinviavano, per il possesso dei requisiti tecnico professionali, alla dichiarazione della mandataria CEIS (partecipante alla gara quale consorzio tra imprese artigiane, il quale avrebbe dovuto assumere in proprio il requisito di capacità tecnica, ex art. 35 del d.lgs. n. 163/2006), violando così la prescrizione di gara che imponeva a tutte le imprese raggruppate il possesso dei requisiti stessi; d'altro canto la CEIS dichiarava che il requisito era posseduto dalla ditta associata Ricci impianti s.a.s.. La Commissione di gara avrebbe quindi dovuto escludere la controinteressata, per mancanza dei requisiti tecnico professionali della mandataria e delle mandanti.

2) Violazione dell'art. 37, commi 4 e 13, e dell'art. 42 del d.lgs. n. 163/2006, nonché del disciplinare di gara (punto I, sull'offerta economica) e del bando di gara (punto III.2); eccesso di potere per travisamento dei fatti, difetto di istruttoria e di motivazione; violazione della par condicio e dell'art. 97 della Costituzione.

L'ATI aggiudicataria non ha specificato la quota di partecipazione di ognuno al raggruppamento, e, nella dichiarazione d'intenti del costituendo raggruppamento (e non anche nella domanda di partecipazione o nell'offerta), ha indicato la percentuale di svolgimento degli interventi da parte di ogni impresa facente parte del raggruppamento medesimo (la mandante Eacos era indicata come esecutrice del 7% degli interventi a base d'asta).

In sede di offerta economica, in ossequio alla richiesta, espressa nella pagina 4 del disciplinare, di specificare le parti di appalto che sarebbero state eseguite dalle singole imprese, le imprese raggruppate hanno dichiarato che la mandataria CEIS e la mandante CITIS avrebbero svolto la manutenzione, gestione e conduzione di immobili ed impianti tecnologici secondo le percentuali definite nella dichiarazione d'intenti; la mandante EACOS ha invece dichiarato che avrebbe eseguito la "manutenzione opere edili" secondo le percentuali definite nella dichiarazione d'intenti. Tuttavia, in base al disciplinare di gara l'unica voce di spesa concernente la manutenzione delle opere edili era ascrivibile alle "prestazioni a misura: manutenzione correttiva", corrispondente all'importo annuo di euro 30.000, pari al 3,90% dell'importo a base d'asta, percentuale discordante da quella indicata nella dichiarazione d'intenti. Pertanto, il raggruppamento aggiudicatario non ha assolto correttamente l'onere di specificare le parti del servizio eseguite dalle singole imprese dell'ATI, in contrasto con il disciplinare di gara e con l'art. 37, comma 4, del d.lgs. n. 163/2006. EACOS (mandante e consorzio artigiano) inoltre non ha dimostrato di avere i requisiti tecnico professionali richiesti dal punto III.2 del bando (la stessa ha dichiarato in sede di gara di essere stata aggiudicataria di due

contratti riguardanti la manutenzione di opere edili, e non anche il servizio integrato).

3) Violazione del punto I del disciplinare; eccesso di potere per travisamento, difetto di istruttoria e carenza di motivazione; violazione della par condicio e dell'art. 97 della Costituzione.

L'aggiudicataria ha presentato una cauzione ridotta del 50%, senza produrre la dichiarazione attestante la volontà di avvalersi della facoltà prevista dall'art. 75, comma 7, del d.lgs. n. 163/2006, dichiarazione imposta a pena di esclusione dal disciplinare di gara.

4) Violazione degli artt. 86, 87 e 88 del d.lgs. n. 163/2006; eccesso di potere per difetto istruttorio, illogicità, incongruità e carenza di motivazione; violazione della par condicio e dell'art. 97 della Costituzione.

La controinteressata ha omesso di indicare, in sede di giustificazione dell'offerta, i maggiori costi relativi al personale da impiegare nell'appalto: a fronte del paragrafo 11.4 del capitolato (il quale prevede, come requisito minimo, la presenza a tempo pieno di un responsabile tecnico operativo e di un amministrativo interni) e dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria (che prevede 52 settimane lavorative l'anno, corrispondenti a 2340 ore, per le due figure professionali), la relazione giustificativa presentata in sede di procedimento di verifica di congruità dell'offerta prevede per il responsabile tecnico operativo e per l'amministrativo 1920 ore per ciascuno, con conseguente discordanza tra le ore indicate nell'offerta tecnica (2340) e quelle valorizzate dal punto di vista economico (1920), con una differenza di costi pari ad euro 14.773, superiore all'utile dichiarato di euro 12.833. Inoltre, la controinteressata ha sottostimato il costo orario dell'addetto amministrativo (euro 13,51

anziché euro 16,35); ciò in quanto la stessa ha applicato una riduzione del 20% alla retribuzione relativa a detto profilo, in contrasto con quanto stabilito nel CCNL di categoria. Si è verificato peraltro un inammissibile aggiustamento in itinere dell'offerta.

Si sono costituiti in giudizio Estav Sud Est e la controinteressata, la quale ha proposto ricorso incidentale avverso gli atti oggetto del ricorso principale, ritenuti illegittimi nella parte in cui non rilevano e non sanzionano con l'esclusione dalla gara l'offerta di CPL Concordia società cooperativa. Il ricorso incidentale si incentra sui seguenti motivi:

I) Violazione dell'art. 49 del d.lgs. n. 163/2006, dell'art. 88 del d.p.r. n. 207/2010, del punto III.2 del bando e dell'allegato n. 13 al D.M. n. 314/1992; eccesso di potere per difetto di istruttoria ed illogicità.

La ricorrente principale, priva del requisito di cui al D.M. n. 314/1992, ha dichiarato di avvalersi della Engineering Costruzioni Gruppo Empoli Luce s.r.l.; tuttavia, il contratto di avvalimento esibito appare lacunoso e prevede la messa a disposizione di attrezzature, e non del personale, da parte dell'ausiliaria, talchè l'avvalimento in questione non vale a fornire a CPL il requisito mancante.

II) Violazione dell'art. 41 del d.lgs. n. 163/2006, dell'art. 275 del d.p.r. n. 207/2010 e del punto III.2 del bando; eccesso di potere per carenza e/o difetto di istruttoria, irragionevolezza; violazione del principio di parità di trattamento, ragionevolezza e proporzionalità.

CPL difetta anche del requisito di capacità economica (manca cioè la dichiarazione del possesso del fatturato globale minimo stabilito nel bando).

Con ordinanza n. 226 del 19.4.2013 è stata respinta l'istanza cautelare, per la seguente motivazione: "Considerato, ad un primo sommario esame, che appare fondato il ricorso incidentale poiché il contratto di avvalimento della ricorrente non prevede la messa a disposizione di personale qualificato come previsto dal d.m. 314/1992, mentre le opere oggetto di subappalto indicate nella sua dichiarazione non sembrano corrispondere alle "apparecchiature terminali" di cui al d.m. 314/1992, e non è indicata l'impresa subappaltaria".

All'udienza del 24 maggio 2017 la causa è stata posta in decisione.

## DIRITTO

1. Preliminarmente, precisato che la contestata graduatoria di gara non include soltanto la ricorrente e l'aggiudicataria (rispettivamente, seconda e prima classificata) ma numerosi altri offerenti inclusi tra il terzo e il nono posto della graduatoria, il Collegio osserva, in ordine al rapporto intercorrente fra ricorso principale ed incidentale, quanto segue.

Recentemente la giurisprudenza amministrativa (Consiglio di Stato, sez. III, 26.8.2016, n. 3708), nell'analizzare la sentenza della Corte Giustizia UE, 5.4.2016, C-689/13, ha precisato che "un'interpretazione che ammettesse sempre l'obbligo dell'esame del ricorso principale, a prescindere da qualsivoglia scrutinio in concreto della sussistenza di un interesse (anche strumentale) alla sua decisione, dev'essere, in particolare, rifiutata perché si rivelerebbe del tutto incoerente sia con il richiamo...all'art. 1 della direttiva n. 89/665 CEE,...sia con il rispetto del principio generale, di ordine processuale, codificato dall'art. 100 c.p.c. (e da intendersi richiamato nel processo amministrativo dall'art. 39, comma 1, c.p.a.)". Quanto al

primo profilo, il richiamato indirizzo giurisprudenziale ha osservato che “la stessa previsione richiamata (e, segnatamente, l'art. 1, comma 3, dir. cit.) riconnette espressamente e chiaramente il principio di effettività della tutela delle posizioni soggettive di derivazione europea in materia di appalti alla nozione di interesse, là dove impone agli Stati membri di apprestare un sistema di giustizia che garantisca un utile accesso a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione” ed ha precisato che “dunque, la stessa regola che la Corte di Lussemburgo ha inteso declinare e garantire con la sentenza c.d. Puligienica postula logicamente che l'operatore economico al quale dev'essere assicurato un sistema di giustizia effettivo abbia e conservi un interesse all'aggiudicazione dell'appalto; ora, per quanto possa estendersi la nozione di interesse processualmente rilevante fino a comprendervi l'accezione anche di un interesse strumentale alla rinnovazione della procedura, non possono certo ravvisarsi gli estremi della condizione dell'azione in questione in una situazione in cui dall'accoglimento del ricorso non derivi neanche il limitato effetto dell'indizione di una nuova procedura gara”.

In particolare, la recente linea interpretativa del giudice amministrativo rimarca che “in ordine all'aspetto della compatibilità con il principio generale secondo cui per proporre una domanda o per contraddire alla stessa è necessario avervi interesse (art. 100 c.p.c.), si rivela che la sentenza europea non può certo essere decifrata come produttiva dell'effetto di scardinare il predetto canone, nella misura in cui risulta espressivo di una regola generale valida, per la sua intuitiva valenza logica e sistematica, in ogni

ordinamento processuale", ed aggiunge che, "in materia di appalti, la ratio sottesa alle "disposizioni specifiche" inerenti ai giudizi di cui agli artt. 120 e segg. del c.p.a. depone per l'accentuata affermazione dei principi di celerità ed efficacia della pronuncia del giudice amministrativo, il che contraddice la necessità di dover sistematicamente esaminare anche il ricorso principale, qualora quello incidentale risulti fondato e di per sé precluda la conservazione di un effettivo interesse in capo al ricorrente principale, quest'ultimo così definibile solo in relazione al momento introduttivo dell'intero giudizio" (TAR Trentino Alto Adige, Trento, 29.3.2017, n. 112): "deve escludersi, nondimeno, che la Corte di Giustizia abbia inteso prescrivere l'esame del ricorso principale anche nelle situazioni di fatto in cui dal suo accoglimento il ricorrente principale non ritrarrebbe alcun vantaggio, neanche in via strumentale, perché, ad esempio, i motivi dedotti con il gravame non sono in alcun modo riferibili ad offerte ammesse alla gara e presentate da imprese non evocate in giudizio" (Cons. Stato, III, 26.8.2016, n. 3708).

In conclusione il suddetto orientamento, nel chiarire l'effettiva portata applicativa del principio enunciato dalla sentenza della Corte di giustizia Ue, grande sezione, 5 aprile 2016, C-689/13, in tema di ordine di esame dei ricorsi reciprocamente escludenti, principale e incidentale, nelle controversie relative all'aggiudicazione di appalti pubblici, ha statuito che l'esegesi del suddetto principio, per quanto formulato in termini generali e con un lessico che non sembra ammettere eccezioni, dev'essere condotta tenuto conto della fattispecie esaminata e, quindi, dei contenuti del quesito formulato dal giudice nazionale (C.g.a.r.S., ord., 17 ottobre 2013, n. 848):

secondo tale orientamento “merita ricordare che nella vicenda processuale che ha originato il rinvio operato dal C.G.A.R.S., alla gara avevano partecipato anche altre imprese e che, tuttavia, quelle rimaste estranee al giudizio erano state escluse con provvedimenti rimasti inoppugnati, con i corollari che i relativi effetti espulsivi avevano ormai consolidato i loro effetti giuridici, che le imprese rimaste in gara erano, quindi, sostanzialmente due e che, di conseguenza, l'eventuale accoglimento del ricorso principale avrebbe, in ogni caso, soddisfatto l'interesse strumentale alla rinnovazione della gara e, quindi, alla conservazione di una chance di aggiudicazione dell'appalto controverso”.

Secondo tale linea interpretativa, qualora, nonostante l'accoglimento del ricorso incidentale escludente esaminato con priorità, dalla fondatezza del ricorso principale, parimenti escludente, chi lo ha proposto può ricavare la soddisfazione dell'interesse strumentale alla rinnovazione della gara, le esigenze di effettività della tutela delle posizioni soggettive di derivazione europea impongono l'esame anche del ricorso principale; “deve, per contro, escludersi che il giudice europeo abbia inteso prescrivere l'esame del ricorso principale anche nelle situazioni in cui dal suo accoglimento il ricorrente principale non ritrarrebbe, con assoluta certezza, alcun vantaggio, neanche in via strumentale. Deve precisarsi, in coerenza con l'argomentazione scolpita al paragrafo 28 della motivazione della menzionata sentenza Puligienica, che il predetto interesse strumentale è configurabile non solamente quando le imprese in gara sono due, ma anche nelle ipotesi in cui — a prescindere dal numero dei concorrenti e dalla identità/divergenza delle censure escludenti incrociate — il vizio dedotto a carico di un'offerta sia comune anche

alle offerte di tutte le imprese rimaste estranee al giudizio, posto che dal suo accertamento potrebbe derivare l'esclusione anche di queste ultime, in via di autotutela, con conseguente rinnovazione della procedura” (Cons. Stato, III, 26.8.2016, n. 3708).

2. Un diverso indirizzo giurisprudenziale (TAR Campania, Napoli, III, 10.2.2017, n. 831), nel ricordare che, con la sentenza CGUE - Grande Sezione del 5/4/2016 n. 689, è stato affermato il contrasto con la normativa europea dell'interpretazione fornita dall'Autorità nazionale (v. la sentenza dell'Adunanza Plenaria del 7/4/2011 n. 4), in base alla quale il ricorso incidentale fondato precluderebbe l'esame del ricorso principale, sottraendo al concorrente che andava escluso l'interesse a contestare gli esiti della gara, ha statuito che, laddove le contestazioni delle ricorrenti principale ed incidentale sono speculari per taluni profili, deve ritenersi sussistente l'interesse di ciascun contendente all'esame delle proprie censure (attesa la sostanziale identità delle critiche, entrambe volte a far valere l'incongruità dell'altrui offerta).

In particolare, detto interesse sarebbe correlato ad una pretesa all'ottenimento di un determinato "bene della vita" meritevole di tutela, che non necessariamente si lega (nell'immediatezza) alla conservazione ovvero alla sostituzione del provvedimento di aggiudicazione, ma può trovare soddisfazione anche attraverso l'intermediazione della successiva attività amministrativa e condurre, da ultimo, ad esiti allo stato non pronosticabili.

Secondo quest'ultimo orientamento del giudice amministrativo tale considerazione sarebbe avallata dalle argomentazioni svolte dalla Corte di Giustizia, laddove si sono posti in rilievo:

- il reciproco interesse all'esclusione dell'altrui offerta ("che può indurre l'amministrazione aggiudicatrice a constatare l'impossibilità di procedere alla scelta di un'offerta regolare": punto 24 della pronuncia del 5/4/2016 n. 689);

- la necessità che "ci si pronunci sulla conformità delle due offerte", allorché "due offerenti presentano ricorsi diretti ad ottenere la reciproca esclusione" (punti 25 e 26), per cui, in caso di indizione di una nuova procedura di aggiudicazione, "ciascuno degli offerenti potrebbe parteciparvi e, quindi, ottenere indirettamente l'appalto" (punto 27);

- l'ininfluenza del numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione (cfr. punto 29), non potendosi escludere "che una delle irregolarità che giustificano l'esclusione tanto dell'offerta dell'aggiudicatario quanto di quella dell'offerente che contesta il provvedimento di aggiudicazione dell'amministrazione aggiudicatrice vizi parimenti le altre offerte presentate nell'ambito della gara d'appalto, circostanza che potrebbe comportare la necessità per tale amministrazione di avviare una nuova procedura" (punto 28).

3. Il Collegio ritiene di aderire a quest'ultimo orientamento della giurisprudenza amministrativa e di procedere comunque alla trattazione sia del ricorso incidentale che di quello principale, entrambi incentrati su censure il cui accoglimento determinerebbe l'esclusione dalla gara dell'offerta della controparte. In pratica, si tratta di estendere il dictum della sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 9 del 2014 al caso, proprio della vicenda in esame, in cui il vizio escludente dedotto nel ricorso principale e nel ricorso incidentale riguardi due imprese concorrenti nella procedura

selettiva, che però non sono le due uniche imprese inserite nella graduatoria finale di gara.

Entrando nella trattazione del merito dell'impugnativa incidentale, valgono le seguenti considerazioni.

4. Con il primo motivo il ricorrente incidentale sostiene che la ricorrente principale ha esibito un contratto di avvalimento inadeguato al suo scopo, costituendo in realtà un nolo di attrezzature che non può soddisfare il requisito del possesso dell'autorizzazione ex allegato n. 13 del D.M. n. 314/1992.

La doglianza è fondata.

CPL Concordia società cooperativa ha dichiarato, in sede di gara, di ricorrere all'avvalimento per i requisiti di cui all'allegato 13 dell'art. 2 del D.M. n. 314/1992 (pagina 13 del documento n. 22 depositato in giudizio da CPL); tuttavia, il contratto di avvalimento prodotto dalla stessa CPL da un lato reca la dichiarazione, resa dall'impresa ausiliaria, di mettere a disposizione dell'ausiliata il requisito di "capacità tecnico professionale previsto per l'esercizio delle attività oggetto di gara ai sensi dell'allegato 13 dell'art. 2 del D.M. 23.5.1992 n. 314, ovvero autorizzazione...in corso di validità", dall'altro indica, quali risorse messe a disposizione, determinati beni strumentali e macchinari, senza fare riferimento alla manodopera fornita dall'ausiliaria.

Anche dopo la nota pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 23 del 4.11.2016, il limite di operatività dell'istituto de quo è dato dal fatto che la messa a disposizione del requisito mancante non deve risolversi nel prestito di un valore puramente cartolare e astratto, ma è invece necessario che dal contratto di avvalimento risulti un impegno chiaro e concreto dell'impresa ausiliaria a prestare

le proprie risorse ed il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito (nel caso di specie rileva, come elemento dirimente ai fini del possesso del requisito di cui al D.M. n. 314/1992, la messa a disposizione non solo di attrezzature, ma anche e soprattutto di manodopera qualificata, che però non viene citata nel contratto).

Un contratto così formulato, incentrato sulla generica messa a disposizione dei requisiti di capacità e specificante unicamente gli automezzi e le attrezzature fornite all'ausiliaria, costituisce sostanzialmente un contratto di prestito di attrezzature, che da sé solo non può soddisfare il requisito dell'abilitazione prevista dal D.M. n. 314/1992. Invero, quest'ultimo prescrive, ai fini dell'autorizzazione, una dotazione minima di attrezzature e di personale tecnico specializzato, ovvero una specifica organizzazione aziendale di cui non è data contezza nel contratto di avvalimento esibito.

Pertanto il citato contratto di avvalimento, in quanto prescinde dalla cessione di manodopera qualificata ai fini del possesso dei requisiti di capacità tecnica richiesti dalla lex specialis di gara e non dà contezza della presenza di tale manodopera, appare in parte qua avere un contenuto indeterminabile e risulta quindi inidoneo ad assicurare alla ricorrente principale la qualificazione derivante dal rilascio dell'autorizzazione ex D.M. n. 314/1992, prescritta dalla lex specialis di gara.

Il contratto di subappalto richiamato in sede di gara, avente ad oggetto la "gestione e manutenzione" (allegato n. 5 del documento n. 9 depositato in giudizio dalla controinteressata il 4.4.2013), non può colmare le predette lacune, giacché l'interessata ha indicato

nell'avvalimento, e non nel subappalto, il mezzo con il quale poter vantare il requisito di cui al D.M. n. 314/1992.

La seconda censura incidentale si incentra sul difetto del requisito di capacità economico finanziaria concernente il fatturato globale minimo richiesto in relazione al triennio 2008/2010 (euro 3.500.000) nel settore oggetto di gara; secondo la ricorrente incidentale, l'elencazione dei contratti riguardanti servizi analoghi, prodotta dalla ricorrente principale in sede di gara, non può valere come dichiarazione relativa al fatturato.

Il rilievo è infondato.

La ricorrente principale ha elencato i pregressi contratti che, nel triennio di riferimento, integrano il possesso del requisito di capacità economico finanziaria prescritto dal bando (si vedano la pagina 14 del documento n. 22 prodotto da CPL ed il relativo allegato n. 6). Infatti, dal valore economico dei contratti di appalto elencati è possibile desumere il soddisfacimento dell'obbligo del fatturato minimo.

Il ricorso incidentale è perciò fondato in relazione alla prima censura con esso dedotta.

5. Entrando nel merito della trattazione dell'impugnativa principale, il Collegio osserva quanto segue.

Con la prima censura l'istante deduce che nessuna delle imprese partecipanti all'ATI aggiudicataria possedeva il requisito di cui al punto III.2 del bando e rendeva la dichiarazione di possesso dei requisiti tecnico professionali previsti ai sensi del D.M. n. 37/2008 e dell'allegato 13 dell'art. 2 del D.M. n. 314/1992; in particolare, le due mandanti Citis ed EACOS, nel proprio modello di dichiarazione (paragrafo 4.2), hanno rinviato alla dichiarazione della mandataria

Ceis (che a sua volta faceva riferimento al requisito della Ricci Impianti s.a.s. associata Ceis), in contrasto con la clausola della lex specialis di gara che imponeva la dichiarazione del possesso dei suddetti requisiti tecnici a tutte le imprese raggruppate. Sotto altro profilo, la ricorrente sostiene che il consorzio Ceis avrebbe dovuto dichiarare di possedere in proprio il requisito tecnico ex art. 35 del d.lgs. n. 163/2006, talchè la commissione di gara non avrebbe dovuto ammettere l'offerta, stante il difetto dei requisiti tecnico professionali della mandataria e delle mandanti, richiesti dal punto III.2 del bando.

Il motivo è infondato.

La stazione appaltante, con chiarimenti forniti in sede di gara con nota del 7.5.2012 (documento n. 2 depositato in giudizio da CEIS in data 18.3.2013), ha precisato che “il requisito di capacità tecnica dovrà essere posseduto cumulativamente dalle imprese partecipanti al R.T.I. o al consorzio, a condizione che chi risulta in possesso dell'abilitazione richiesta esegua poi la prestazione oggetto dell'appalto”.

Pertanto, il possesso del requisito di cui al D.M. n. 37/2008 ed all'allegato n. 13, art. 2, del D.M. n. 314/1992 da parte della ditta associata Ricci Impianti, dichiarato in sede di gara (si veda il documento n. 8, pagine 1 e 13, depositato in giudizio dall'esponente), consentiva l'ammissione dell'offerta dell'A.T.I. controinteressata.

Invero, l'aggiudicataria ha indicato la Ricci Impianti s.a.s. quale consorziata preposta allo svolgimento del servizio ed in possesso dell'abilitazione richiesta dal bando (D.M. n. 37/2008 e allegato 13, art. 2, del D.M. n. 314/1992), in linea con la lex specialis di gara per come esplicitata nei chiarimenti forniti dalla stazione appaltante.

Appare del resto ragionevole che l'Amministrazione permetta una ripartizione di compiti all'interno dell'A.T.I. tale per cui solo uno dei componenti svolga la specifica attività richiedente i requisiti previsti dal D.M. n. 37/2008 e dall'allegato 13, art. 2, del D.M. n. 314/1992, mentre le prestazioni per le quali non è necessaria l'autorizzazione richiesta dall'art. 8, comma 1, del D.M. n. 37/2008 ("il committente è tenuto ad affidare i lavori di installazione, di trasformazione, di ampliamento e di manutenzione straordinaria degli impianti indicati all'art. 1 comma 2, ad imprese abilitate ai sensi dell'art. 3"), costituite da interventi di manutenzione ordinaria, gestione e conduzione di impianti già installati, sono eseguite dagli altri operatori dell'A.T.I. non abilitati.

Inoltre, l'invocato art. 35 del d.lgs. n. 163/2006 consente al consorzio di cumulare i requisiti delle consorziate indicate come esecutrici: la sommatoria dei requisiti posseduti dalle singole imprese consente di partecipare alla gara alle imprese che, isolatamente considerate, non avrebbero i requisiti richiesti (Cons. Stato, V, 10.5.2013, n. 2563; TAR Toscana, I, 19.11.2014, n. 5869).

6. La seconda censura si incentra sulla mancata specificazione, da parte dell'A.T.I. aggiudicataria, della quota di partecipazione di ciascuno al raggruppamento temporaneo, nonché sulla mancata indicazione, nella domanda di partecipazione o nell'offerta, della prevista percentuale di svolgimento degli interventi da parte di ogni impresa associata; secondo la ricorrente, inoltre, Eacos ha dichiarato che avrebbe eseguito la "manutenzione opere edili" (documento n. 14) secondo le percentuali specificate nella dichiarazione d'intenti, e però l'unica voce riconducibile alla manutenzione in base al disciplinare di gara ("manutenzione correttiva") corrisponde al

3,90% del prezzo a base d'asta, ovvero ad una percentuale discordante da quella indicata nella predetta dichiarazione d'intenti; aggiunge che Eacos ha ommesso di dichiarare i requisiti tecnico professionali ex art. III.2 del bando, essendosi limitata ad attestare la pregressa aggiudicazione di due contratti riguardanti la manutenzione edile e non anche il servizio integrato.

I molteplici rilievi in cui si articola il secondo motivo sono infondati. Nessuna norma della lex specialis di gara imponeva di indicare le rispettive quote di partecipazione all'A.T.I..

Non depone a favore della tesi della ricorrente l'invocato art. 37, comma 13, del d.lgs. n. 163/2006, secondo cui i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento; ammesso che tale disposizione sia applicabile al caso di specie (ovvero all'appalto di servizi), da essa deriverebbe che, a fronte dell'indicazione da parte dell'aggiudicataria, in sede di gara, delle percentuali di esecuzione del servizio ripartite tra ogni componente del raggruppamento temporaneo (si veda la dichiarazione d'intenti costituente il documento n. 13 allegato al gravame), la partecipazione di ciascuno al medesimo deve considerarsi nella corrispondente misura percentuale, senza che perciò rilevi uno specifico onere di dichiarare espressamente le quote di partecipazione all'A.T.I. e di dare contezza in fase di gara della loro corrispondenza alla prospettata ripartizione delle prestazioni dell'appalto.

In ogni caso, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la pronuncia n. 27 del 2014, ha definitivamente chiarito che per gli appalti di servizi e forniture continua a trovare applicazione

unicamente la norma sancita dal comma 4 dell'art. 37, che impone alle imprese raggruppate il più modesto obbligo d'indicare le parti del servizio o della fornitura facenti capo a ciascuna di esse, senza pretendere anche l'obbligo della corrispondenza fra quote di partecipazione e quote di esecuzione, fermo restando che ciascuna impresa va qualificata per la parte di prestazioni che s'impegna ad eseguire, nel rispetto delle speciali prescrizioni e modalità contenute nella normativa di gara.

In definitiva, la dichiarazione resa da CEIS, CITIS ed EACOS società cooperativa in ordine alla quota di interventi che sarebbe stata eseguita da ciascuna di esse in caso di aggiudicazione assolve all'obbligo previsto dal disciplinare di gara (pagina 4) ed è in linea con l'art. 37, commi 4 e 13, del d.lgs. n. 163/2006. Al riguardo, è irrilevante che tale dichiarazione non fosse contenuta nella domanda di partecipazione o nell'offerta, in quanto la prevista ripartizione delle quote di prestazione indicata in separato documento presentato contestualmente all'offerta è sostanzialmente equipollente alla dichiarazione resa nell'offerta.

Per quanto concerne la posizione di Eacos, il Collegio osserva che il capitolato speciale d'appalto annovera sotto varie voci d'intervento la manutenzione con prestazioni edili: ad esempio, l'art. 3.1 elenca i beni da assoggettare al servizio di manutenzione, mentre l'art. 3.1.2 prevede la manutenzione preventiva per le finiture (quali tinteggiature, intonacatura, piastrellatura) e le opere murarie, inoltre l'art. 3.2 inserisce, tra le tipologie di prestazioni da eseguire, la manutenzione preventiva e correttiva. Ne deriva che la manutenzione cui sarà dedicata l'attività di Eacos non è circoscritta alla sola manutenzione correttiva. Inoltre, vi è corrispondenza tra la

dichiarata pregressa esperienza manutentiva e l'indicata quota di esecuzione dell'appalto.

7. Con il terzo motivo l'istante deduce l'omessa allegazione, da parte della controinteressata, della dichiarazione di possedere la certificazione di qualità e di avvalersi della facoltà di prestare la cauzione in misura dimezzata, in contrasto con la corrispondente clausola del disciplinare di gara sanzionata con l'esclusione.

Il rilievo non ha pregio.

La controinteressata ha prodotto, in sede di gara, copia autentica del certificato di qualità, cosicchè risultava documentalmente dimostrata la sussistenza del presupposto del beneficio del dimezzamento della cauzione provvisoria. Del resto l'art. 75, comma 7, del d.lgs. n. 163/2006 ancora il dimezzamento di cauzione all'esistenza della certificazione di qualità e comunque richiede la segnalazione del possesso di detta certificazione e la produzione documentale ai fini della possibilità di avvalersi del beneficio, e non a pena di estromissione dalla procedura selettiva; pertanto, ove la richiamata norma del disciplinare di gara fosse interpretabile nel senso propugnato dalla ricorrente, essa colliderebbe con l'art. 46, comma 1 bis, del d.lgs. n. 163/2006 e sarebbe perciò nulla.

Comunque, in coerenza con l'indirizzo sostanzialistico che connota le gare pubbliche d'appalto e in applicazione del principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 46, comma 1-bis, d.lg. 12 aprile 2006, n. 163, le eventuali irregolarità concernenti la cauzione provvisoria prestata nei termini previsti dalla lex specialis sono sanabili mediante il potere di soccorso istruttorio (TAR Puglia, Lecce, I, 24.11.2016, n. 1791).

8. Con la quarta censura la ricorrente, nel contestare l'esito della verifica dell'anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria, sostiene che le ore lavorative annue totali indicate nell'offerta tecnica e quelle indicate in sede di giustificazioni sono divergenti; una discorde indicazione emergerebbe anche in relazione al monte ore annuale del responsabile tecnico e dell'addetto amministrativo; la ricorrente lamenta altresì una sottostima del costo orario dell'addetto amministrativo e deduce che l'offerta della controinteressata risulterebbe in perdita e quindi incongrua.

La doglianza non è condivisibile.

In sede di valutazione dell'offerta tecnica (documento n. 18 allegato al ricorso) la Commissione giudicatrice ha chiesto all'A.T.I. CEIS di esplicitare il monte orario lavorativo (pausa pranzo esclusa) per ogni risorsa umana da impegnare nel servizio de quo (documento n. 6 della controinteressata); in risposta a tale richiesta la controinteressata ha indicato 1920 ore annue, tenuto conto della pausa pranzo, con l'aggiunta delle ore svolte dal personale per attività condivise (360 ore) e delle attività esternalizzate (160 ore). In particolare, nella nota di risposta (documento n. 7) l'A.T.I. CEIS ha precisato che il responsabile tecnico operativo e il personale amministrativo sarebbero stati sostituiti, in caso di assenza, da personale esterno condiviso per un numero di ore stimate in 240 annue, e che di ciò si è tenuto conto nella valutazione del monte ore. Non trova quindi riscontro la difformità, denunciata nell'impugnativa, tra le ore indicate nell'offerta tecnica (che secondo la ricorrente sarebbero 2.340) e quelle indicate in sede di verifica di anomalia (1.920).

Inoltre, il monte ore complessivo del personale interno indicato dall'aggiudicataria (21.120 ore) è superiore al monte ore complessivo minimo (19.000 ore) stabilito dall'art. 11.3 del capitolato (documento n. 7). Alle 21.120 ore offerte dalla controinteressata si aggiungono le 240 ore destinate alla sostituzione del responsabile tecnico operativo e del personale amministrativo da parte di dipendenti esterni condivisi (pagina 3 della relazione di chiarimenti inviata ad Estav da CEIS: documento n. 3 depositato in giudizio il 18.3.2013).

9. Per quanto riguarda la contestata riduzione del 20% del costo dell'addetto amministrativo, la pagina 1 della relazione giustificativa della congruità dell'offerta (pagina 1 del documento n. 28 depositato in giudizio dalla ricorrente) ipotizza un risparmio del 20% sui costi del personale amministrativo per effetto di sinergie derivanti dal fatto che l'aggiudicataria è già affidataria di altri due appalti pubblici, per conto dell'USL 7 di Siena (non si tratta, come dedotto con la censura in esame, di una aprioristica decurtazione del minimo previsto dal CCNL di riferimento). In pratica il personale amministrativo già assegnato ad altri appalti pubblici potrà svolgere attività riguardanti anche l'appalto in questione.

Pertanto l'offerta dell'aggiudicataria, nel suo insieme, non presenta profili di inattendibilità, travisamento o illogicità.

10. In conclusione, il ricorso principale deve essere respinto, mentre il ricorso incidentale va accolto.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come indicato nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima), definitivamente pronunciando, respinge il ricorso principale ed accoglie il ricorso incidentale.

Condanna CPL Concordia società cooperativa a corrispondere la somma complessiva di euro 6.000 (seimila) oltre accessori di legge, per metà alla parte controinteressata e per la restante metà all'amministrazione resistente, a titolo di spese di giudizio.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 24 maggio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Armando Pozzi, Presidente

Bernardo Massari, Consigliere

Gianluca Bellucci, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Gianluca Bellucci**

**IL PRESIDENTE**  
**Armando Pozzi**

**IL SEGRETARIO**