

Pubblicato il 23/03/2017

N. 00705/2017 REG.PROV.COLL.
N. 01415/2016 REG.RIC.
N. 01501/2016 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 Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1415 del 2016, proposto da:
-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante p.t., in proprio e
quale capogruppo di un costituendo -OMISSIS-, rappresentata e
difesa dall'avvocato Marco Napoli, con domicilio eletto presso il suo
studio in Milano, corso Venezia, 10

contro

Comune di Milano, rappresentato e difeso dagli avvocati Antonello
Mandarano, Stefania Pagano, Emilio Luigi Pregnolato, Sabrina Maria
Licciardo, Danilo Parvopasso e Sara Pagliosa, domiciliato in Milano,
via della Guastalla, 6

nei confronti di

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e
difesa dall'avvocato Pio Rinaldi, con domicilio eletto presso il suo
studio in Milano, corso Italia, 68;

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante p.t., in proprio e

quale capogruppo del costituendo RTI con -OMISSIS-., rappresentata e difesa dagli avvocati Enzo Robaldo, Pietro Ferraris e Francesco Caliandro, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Milano, piazza Eleonora Duse, 4.

sul ricorso numero di registro generale 1501 del 2016, proposto da:
-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante p.t., in proprio e quale capogruppo del costituendo RTI con -OMISSIS-., rappresentata e difesa dagli avvocati Enzo Robaldo, Pietro Ferraris e Francesco Caliandro, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Milano, piazza Eleonora Duse, 4

contro

Comune di Milano, rappresentato e difeso dagli avvocati Antonello Mandarano, Stefania Pagano, Emilio Luigi Pregnolato, Sabrina Maria Licciardo, Danilo Parvopasso e Sara Pagliosa, domiciliato in Milano, via della Guastalla, 6

nei confronti di

-OMISSIS-., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Pio Rinaldi, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, corso Italia, 68

per l'annullamento

quanto al ricorso n. 1415 del 2016:

della determinazione n. 124 del 20 maggio 2016 (resa nota in pari data) con la quale il Comune di Milano ha aggiudicato ad -OMISSIS-. l'appalto n. 112/2015 - lotto I per "l'affidamento dei servizi di pronto intervento mediante pattuglie armate presso stabili comunale e altre località e di manutenzione ordinaria degli impianti

di allarme antintrusione, antincendio e TVCC esistenti ed opere di manutenzione straordinaria e di installazione nuovi impianti antintrusione, antincendio e TVCC ",

di tutti i verbali della predetta procedura, con particolare riferimento a quelli afferenti l'ammissione alla gara di-OMISSIS-e del RTI capeggiato da -OMISSIS-,

di ogni altro atto ad essi preordinato, presupposto, consequenziale e/o comunque connesso,

e per la condanna dell'Amministrazione odierna intimata al risarcimento in forma specifica o, in subordine, per equivalente economico;

quanto al ricorso n. 1501 del 2016:

- della determinazione dirigenziale 20 maggio 2016, n. 124, comunicata alla ricorrente in data 23 maggio 2016, con cui il Comune di Milano ha disposto in favore di -OMISSIS-, l'aggiudicazione definitiva della procedura avente ad oggetto l'affidamento dei servizi di pronto intervento mediante pattuglie armate presso stabili comunali e altre località e di manutenzione ordinaria degli impianti di allarme antintrusione, antincendio e TVCC. Esistenti e opere di manutenzione straordinaria e di installazione nuovi impianti antintrusione, antincendio e TVCC - Lotto 1", CIG 65241971AF- appalto 112/2015;

- ove occorrer possa, della nota del Comune di Milano del 23 maggio 2016, con cui è stata comunicata la predetta aggiudicazione;

- ove occorrer possa, della nota del Comune di Milano del 10 giugno 2016 , volta a confermare il provvedimento di aggiudicazione definitiva, a seguito di informativa ex art. 243-bis del d.lgs. n. 163/2006 trasmessa da -OMISSIS-;

- ove occorrer possa, dei verbali di gara, degli atti e dei verbali concernenti la verifica di congruità, nella parte in cui è stata giudicata congrua l'offerta presentata da-OMISSIS-e del provvedimento di aggiudicazione provvisoria;

-nonché di ogni altro atto, presupposto, connesso, conseguente o attuativo, ancorché non conosciuto quanto a data e contenuto, ivi compreso il contratto eventualmente stipulato con altro operatore economico;

nonché per l'accertamento

dell'obbligo del Comune di escludere le società -OMISSIS-. dalla gara;

nonché per la declaratoria,

ai sensi e per gli effetti degli articoli 121 e 122 del cod. proc. amm., dell'inefficacia del contratto d'appalto eventualmente stipulato tra la resistente e la controinteressata;

nonché per la condanna

ai sensi e per gli effetti degli articoli 30, 121, 122 e 124 del cod. proc. amm., al risarcimento del danno ingiusto patito dalla ricorrente in conseguenza dell'illegittimità degli atti e dei provvedimenti impugnati, attraverso la reintegrazione in forma specifica ed il subentro nel contratto d'appalto (formulando la ricorrente un'esplicita richiesta in tal senso), e, in subordine, per equivalente, con riserva di determinare l'ammontare del danno nel corso del giudizio.

Visti i ricorsi e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Milano e di -OMISSIS-. e di -OMISSIS-. e di Comune di Milano e di-OMISSIS-Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 marzo 2017 il dott. Roberto Lombardi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorsi ritualmente depositati in data 28 giugno e in data 30 giugno 2016, -OMISSIS-. e -OMISSIS-., in proprio e quali mandatarie dei costituendi raggruppamenti temporanei di imprese, chiedevano, previa sospensione incidentale, l'annullamento degli atti con cui il Comune di Milano aveva aggiudicato la gara di appalto descritta in epigrafe (affidamento dei servizi di pronto intervento ed altro presso stabili comunali – lotto 1) alla controinteressata -OMISSIS-..

In particolare, nell'ambito del procedimento n. R.G. 1415 del 2016, -OMISSIS-. (terza classificata) fondava la sua pretesa sull'illegittima ammissione alla gara della prima e della seconda classificata, ed articolava i seguenti motivi di ricorso:

- -OMISSIS-. (prima classificata) avrebbe dovuto essere esclusa in quanto, essendo un'azienda ammessa al concordato preventivo, avrebbe presentato, ai fini di cui al quinto comma dell'art. 186-bis del R.D. n. 267/1942, due contratti di avvalimento nulli perché privi di

indicazione specifica dei mezzi, delle strutture e delle risorse messe concretamente a disposizione dell'aggiudicataria;

- sotto questo stesso profilo, sarebbe da considerarsi illegittimo, secondo -OMISSIS-, anche l'intervento operato in via di soccorso istruttorio da parte del Comune convenuto, in quanto il contratto di avvalimento costituirebbe un elemento essenziale dell'offerta, come tale non integrabile;

- -OMISSIS-. (seconda classificata) avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, essendo la stessa incorsa, nel 2012, in un accertato "errore grave nell'esercizio" della sua attività professionale, ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. f) del d.lgs. n. 163/2016;

- sotto questo profilo, sarebbe illegittimo il silenzio serbato, in sede di ammissione alla gara, dalla stazione appaltante, in quanto la stessa era a conoscenza della suddetta causa di esclusione e, secondo la prospettazione della ricorrente, avrebbe dovuto esplicitare le ragioni per le quali aveva ritenuto di dovere ammettere comunque alla gara la concorrente.

Nell'ambito del procedimento n. R.G. 1501 del 2016, -OMISSIS-. (seconda classificata) fondava la sua pretesa sull'illegittima ammissione alla gara della prima classificata, articolando nel seguente modo i suoi motivi di ricorso:

- mancata esclusione di -OMISSIS-. ai sensi dell'art. 38, comma 2, lett. a) del d.lgs. n. 163/2006, in quanto l'aggiudicataria avrebbe versato nel corso della procedura ad evidenza pubblica, anche se per un periodo di tempo limitato, in uno stato prefallimentare;

- in subordine, -OMISSIS- avrebbe dovuto essere esclusa in quanto, essendo un'azienda ammessa al concordato preventivo, avrebbe presentato, ai fini di cui al quinto comma dell'art. 186-bis del R.D. n.

267/1942, due contratti di avvalimento nulli perché privi di indicazione specifica dei mezzi, delle strutture e delle risorse messe concretamente a disposizione di -OMISSIS-;

- sotto questo stesso profilo, sarebbe da considerarsi illegittimo, secondo -OMISSIS-, anche l'intervento operato in via di soccorso istruttorio da parte del Comune convenuto, in quanto il contratto di avvalimento costituirebbe un elemento essenziale dell'offerta, come tale non integrabile;

- le valutazioni operate dal Comune resistente in ordine alla congruità dell'offerta di-OMISSIS-sarebbero da considerarsi erranee, in quanto tale offerta avrebbe dovuto essere valutata come anomala, in relazione, tra l'altro, al mancato rispetto degli oneri derivanti dall'applicazione del contratto collettivo integrativo di lavoro applicabile ai dipendenti del settore, al mancato rispetto degli oneri di sicurezza da interferenza, e alla inesattezza dell'indicato numero di ore di impegno annuo per il servizio da svolgere dall'operatore di centrale operativa.

Si costituivano il Comune convenuto e le società controinteressate, che resistevano per i profili di interesse ai ricorsi, e la Sezione, dopo avere riuniti i due giudizi in quanto connessi, respingeva le proposte domanda cautelari.

La causa è stata infine discussa e trattenuta in decisione alla pubblica udienza del 9 marzo 2017.

DIRITTO

Preliminarmente, occorre esaminare le censure proposte da -OMISSIS-. (capogruppo del costituendo R.T.I. terzo classificato) contro l'ammissione alla gara di -OMISSIS-. (capogruppo del costituendo R.T.I. secondo classificato), in quanto soltanto

L'accoglimento di tali censure consentirebbe a -OMISSIS- di potere aspirare, tramite il successivo esame delle doglianze proposte contro la prima classificata, al conseguimento dell'aggiudicazione in via giudiziale.

Le censure avanzate contro il provvedimento di ammissione alla gara di -OMISSIS- (secondo motivo di ricorso introdotto nel procedimento n. R.G. 1415 del 2016) sono peraltro infondate.

Risulta dagli atti che il "grave errore" professionale in cui sarebbe incorsa la società capogruppo del raggruppamento secondo classificato è identificabile con un inadempimento sanzionato con un atto di risoluzione/decadenza da parte della relativa stazione appaltante (Aeroporti di Puglia) in data 26 giugno 2012.

A seguito di tale scioglimento del vincolo contrattuale, l'Autorità di Vigilanza (oggi ANAC) aveva disposto l'iscrizione di -OMISSIS- nel casellario informatico degli operatori economici, precisando che tale iscrizione non avrebbe comportato automatica esclusione dalla partecipazione alle successive gara pubbliche.

Risulta sempre dagli atti che -OMISSIS-, in sede di domanda di ammissione alla procedura de qua, abbia evidenziato tale circostanza, svolgendo una serie di argomentazioni volte ad evidenziare la non ostatività del predetto inadempimento (in quanto potenziale grave errore professionale ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. f) del d.lgs. n. 163/2016).

Il Comune di Milano ha quindi ammesso alla fase di valutazione l'offerta della concorrente de qua, ritenendo implicitamente non sussistente la causa di esclusione, dopo avere consultato in data 18 febbraio 2016 (cfr. documento n. 10 depositato

dall'amministrazione) il testo della citata annotazione nel casellario informatico.

A fronte di tali circostanze di fatto, da ritenersi pacifiche, il Collegio rileva che un'interpretazione conforme al diritto comunitario della normativa nazionale applicabile al caso di specie deve indurre ad escludere che una misura preclusiva della partecipazione agli appalti pubblici basata sul rilievo di un accertato – tramite qualsiasi mezzo idoneo - grave errore professionale, possa essere disposta in via automatica e anche nel caso in cui dalla data del fatto in questione sia trascorso un congruo lasso temporale.

In altre parole, la preclusione di cui all'art. 38, lett. f) del d.lgs. n. 163/2016 – norma *ratione temporis* applicabile alla fattispecie in esame -, secondo cui devono essere esclusi dalla partecipazione i soggetti “(...) che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante”, deve essere necessariamente interpretata come azionabile soltanto entro un determinato arco di tempo dal compimento (o dall'accertamento) del grave errore.

Ciò è conforme al principio di proporzionalità - principio generale dell'ordinamento comunitario (come tale direttamente applicabile dal Giudice interno) -, che costituisce il parametro regolativo di ogni azione dell'amministrazione (cfr., sul punto, Cons. di Stato n. 964/2015), e che obbliga lo Stato membro – in tutte le sue articolazioni – a non scegliere soluzioni eccedenti quanto è opportuno e necessario per conseguire lo scopo prefissato.

Il Comune di Milano avrebbe violato tale principio, nel caso di specie, se avesse ritenuto di escludere -OMISSIS-, in relazione al

tempo trascorso (più di tre anni) dalla data della risoluzione del contratto poi annotata nel casellario informatico dall'Autorità di Vigilanza (26 giugno 2012) e la data di ammissione alla gara della domanda di partecipazione, da individuarsi in un momento successivo alla spedizione del bando di gara per la pubblicazione del 22 dicembre 2015.

Sul punto, occorre evidenziare che la disposizione di cui all'art. 57, paragrafo 7 della direttiva UE n. 24 del 2014, pur non essendo stata integralmente recepita nell'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016, prevede che “in forza di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative e nel rispetto del diritto dell'Unione, gli Stati membri specificano le condizioni di applicazione del presente articolo. In particolare essi determinano il periodo massimo di esclusione nel caso in cui l'operatore economico non adotti nessuna misura di cui al paragrafo 6 per dimostrare la sua affidabilità. Se il periodo di esclusione non è stato fissato con sentenza definitiva, tale periodo non supera i cinque anni dalla data della condanna con sentenza definitiva nei casi di cui al paragrafo 1 e i tre anni dalla data del fatto in questione nei casi di cui al paragrafo 4”.

A sua volta, nel citato paragrafo 4, una delle cause di possibile esclusione dalla procedure di appalto è rappresentata dalla seguente circostanza: “se l'amministrazione aggiudicatrice può dimostrare con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, il che rende dubbia la sua integrità”.

Tale circostanza, come evidente, è del tutto assimilabile alla causa di esclusione di cui all'art. 38, lett. f) del d.lgs. n. 163/2006.

Da tali osservazioni derivano dunque due conseguenze, legate all'interpretazione conforme al diritto comunitario della normativa

nazionale, cui il Giudice interno è obbligato per il principio di leale cooperazione tra Stati membri e Istituzioni dell'Unione europea.

In primo luogo, l'art. 38, lett. f), del d.lgs. n. 163/2006 non può interpretarsi come espressione di una sanzione *sine die* nei confronti di un'impresa che abbia commesso un grave errore professionale; ciò contrasterebbe in modo frontale, come detto, con il principio di proporzionalità di derivazione comunitaria, che obbliga, specie in materia di appalti pubblici di rilevanza comunitaria – in cui vige il principio del favor participationis - legislatore ed amministrazione a imporre ed applicare obblighi, divieti e restrizioni in modo adeguato e ragionevole rispetto alle fattispecie prese in considerazione e agli obiettivi pubblici perseguiti.

In secondo luogo, il periodo temporale entro il quale può essere sanzionata con l'esclusione l'impresa che abbia commesso un grave errore professionale può essere ragionevolmente individuato in tre anni dalla data del fatto in questione, in coerenza con quanto stabilito dall'art. 57, paragrafo 7 della direttiva UE n. 24 del 2014.

Tale limitazione temporale, al di là del dictum della intervenuta direttiva - che può in ogni caso costituire canone interpretativo delle norme nazionali, a prescindere dalla questione della sua diretta applicabilità -, era astrattamente individuabile anche con riferimento alla normativa previgente, in ossequio al rispetto del principio generale di proporzionalità di matrice comunitaria, che impone di ancorare gli effetti di misure restrittive a parametri oggettivi, determinati e adeguati, anche in termini di necessità, agli obiettivi perseguiti.

Tra l'altro, risulta dagli atti che proprio la stazione appaltante presso cui si era verificato il precedente “grave errore

professionale” (Aeroporti di Puglia), nella gara indetta nel 2016 - avente un oggetto identico al precedente appalto oggetto di risoluzione - ha ammesso -OMISSIS- a partecipare alla gara.

Accertato, dunque, che la concorrente in questione non doveva essere esclusa per il rilevato – e adeguatamente segnalato, nella domanda di partecipazione – pregresso errore professionale, il Collegio osserva che la stazione appaltante non aveva l’obbligo di un particolare onere motivazionale in merito, trattandosi di decisione di ammissione alla gara e non di esclusione.

Invero, il Collegio ritiene di aderire al condivisibile orientamento giurisprudenziale secondo cui, nel caso di mera ammissione alla gara, la motivazione è da ritenersi implicita, qualora, come avvenuto nel caso di specie, sussista un’adeguata rappresentazione da parte delle concorrenti dei fatti astrattamente valutabili dall’amministrazione come cause di esclusione, e sia stato svolto un approfondimento istruttorio sulla oggettiva verificabilità di tali affermazioni.

Il ricorso proposto da -OMISSIS- è dunque inammissibile per carenza di interesse, in quanto un eventuale accoglimento dei motivi proposti contro l’aggiudicazione della gara ad-OMISSIS-non avrebbe per la terza classificata alcuna utilità, in assenza di una dichiarazione giudiziale di illegittimità del provvedimento di ammissione alla gara della seconda classificata.

Al contrario, in considerazione del consolidamento della posizione in graduatoria di -OMISSIS-, e della accertata legittimità della sua ammissione in gara, il Collegio deve adesso esaminare i motivi di ricorso dalla stessa proposti contro il provvedimento che ha aggiudicato la gara stessa ad -OMISSIS-.

Preliminarmente, occorre verificare se l'aggiudicataria sia stata legittimamente ammessa alla procedura ad evidenza pubblica (primo motivo).

Il Collegio ritiene che la censura, svolta in via principale, inerente allo stato prefallimentare in cui avrebbe versato l'aggiudicataria nel corso della procedura ad evidenza pubblica – con conseguente applicabilità al caso di specie dell'art. 38, comma 1, lett. a) del d.lgs. n. 163/2006 – è complessivamente infondata, salva la rilevanza indiretta delle relative problematiche sulla necessità di determinatezza del contratto di avvalimento da stipulare ai sensi dell'art. 186-bis del R.D. 16 marzo 1942 n. 267.

Invero, dagli elementi di fatto desumibili dalla lettura degli atti e dei documenti riversati nel fascicolo di causa sono emerse le seguenti circostanze rilevanti e non contestate:

- la prima domanda di concordato preventivo con continuità aziendale presentata da-OMISSIS-è stata dichiarata inammissibile dal Tribunale di Milano in data 21 aprile 2016, con riferimento alla mancata approvazione della relativa proposta dalla maggioranza dei creditori;
- nella suddetta pronuncia, il Giudice fallimentare non si è pronunciato sulla rinuncia da parte di-OMISSIS-ad avvalersi di tale procedura, in quanto tale rinuncia risulta successiva alla mancata approvazione del concordato e come tale è stata considerata giuridicamente inefficace;
- sempre in data 21 aprile 2016, l'aggiudicataria ha depositato una nuova istanza, conforme alle richieste dei creditori, per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo con continuità aziendale;

- il Tribunale ha dichiarato ammissibile tale istanza in data 5 maggio 2016 (con decreto registrato il successivo 10 maggio) e ha contestualmente autorizzato-OMISSIS-a partecipare alla gara de qua. A fronte della sussistenza dei citati elementi di fatto, il Collegio ritiene che l'aggiudicataria non abbia mai versato in uno stato prefallimentare.

Non vi è mai stata, infatti, soluzione di continuità tra le due domande di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale - con i relativi effetti prenotativi sulla procedura avviata -, in ragione del fatto che la prima pronuncia di inammissibilità di tale domanda è intervenuta nella medesima data della nuova domanda di ammissione (21 aprile 2016).

Né è possibile far retroagire la decadenza della prima domanda alla data della rinuncia alla procedura formulata da -OMISSIS-, in quanto tale rinuncia è stata depositata successivamente alla mancata verifica del presupposto dell'approvazione del concordato da parte della maggioranza dei creditori, e quindi deve considerarsi, come detto, irrilevante.

D'altra parte, risulta evidente che la procedura di ammissione attivata nel caso di specie debba considerarsi, per ragioni sistematiche e di concreto svolgimento, come unitaria e non frammentata in due diverse procedure. La continuità dello svolgimento della procedura è evidenziata, come detto, dalla mancanza di cesura temporale tra la dichiarazione di inammissibilità della prima domanda e la presentazione della seconda domanda, ma anche dalle circostanze poste alla base della suddetta seconda domanda, inerenti al recepimento delle istanze pervenute dai creditori in sede di bocciatura della prima domanda di ammissione.

Su di un piano squisitamente giuridico, infine, la fattispecie concreta risulta senz'altro inquadrabile nell'ipotesi delineata dall'ultimo comma dell'art. 186-bis del R.D. n. 267/1942, secondo cui "resta salva la facoltà del debitore di modificare la proposta di concordato". Ne consegue che-OMISSIS-non è mai stata tecnicamente in una condizione prefallimentare (nel senso che nei suoi riguardi non è mai stato in corso uno specifico procedimento per la dichiarazione di una situazione di fallimento, liquidazione coatta o concordato preventivo), non essendo la società aggiudicataria mai uscita, anche con riferimento alle necessarie autorizzazioni detenute ai fini della partecipazione alla gara in questione, dall'alveo dell'originaria procedura di concordato preventivo con continuità aziendale.

E' dunque pacificamente applicabile al caso di specie l'art. 38, lett. a) del d.lgs. n. 163/2006, nella parte in cui esclude che debba essere applicata la sanzione espulsiva nei confronti delle imprese che si trovino nella condizione disciplinata dall'articolo 186-bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267.

Quanto invece alla censura, svolta in via subordinata, sulla genericità del contratto di avvalimento stipulato da-OMISSIS-ai fini di cui al comma 5, lett. b) del citato art. 186-bis, valgano le considerazioni che seguono.

L'ammissione al concordato preventivo non impedisce la partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici, qualora l'impresa presenti in gara "la dichiarazione di altro operatore in possesso dei requisiti di carattere generale, di capacità finanziaria, tecnica, economica nonché di certificazione, richiesti per l'affidamento dell'appalto, il quale si è impegnato nei confronti del concorrente e della stazione appaltante a mettere a disposizione, per

la durata del contratto, le risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto e a subentrare all'impresa ausiliata nel caso in cui questa fallisca nel corso della gara ovvero dopo la stipulazione del contratto, ovvero non sia per qualsiasi ragione più in grado di dare regolare esecuzione all'appalto. Si applica l'articolo 49 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163”.

A sua volta, l'art. 49 su citato, per quanto di interesse, così dispone: “Il concorrente, singolo o consorziato o raggruppato ai sensi dell'articolo 34, in relazione ad una specifica gara di lavori, servizi, forniture può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto”, allegando a tali fini, tra l'altro, “in originale o copia autentica il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto”.

Il Consiglio di Stato, con l'adunanza plenaria n. 23/2016, ha stabilito il principio per cui non può essere ritenuto nullo un contratto di avvalimento con contenuto determinabile anche se non determinato (in coerenza con i requisiti minimi richiesti dal codice civile in materia di oggetto del contratto), ma non ha espresso una posizione esplicita su quale sia il contenuto sufficiente di tale contratto – pur aderendo, nella ricostruzione fattuale della vicenda esaminata, alla posizione della giurisprudenza dominante sul punto - , né se sia possibile operare una distinzione tra contratto di avvalimento a fini di mera garanzia e contratto di avvalimento con il quale vengono

effettivamente prestati requisiti essenziali per l'espletamento del servizio.

Nel caso di specie, risulta pacifico dagli atti di causa che i due contratti di avvalimento allegati dall'impresa aggiudicataria si limitino a riprodurre la formula legislativa della messa a disposizione delle "risorse necessarie di cui è carente il concorrente", e che risultino, come tali, astrattamente inidonei a permettere qualsivoglia sindacato, da parte della stazione appaltante, sull'effettività della messa a disposizione dei requisiti.

A riprova di ciò, in effetti, il Comune di Milano ha operato una particolare forma di soccorso istruttorio a pagamento, consentendo ad-OMISSIS-di integrare il contenuto dei predetti contratti, con produzione in corso di gara del dettaglio di quei mezzi e di quelle risorse soltanto genericamente indicati negli accordi di avvalimento depositati a corredo della domanda di partecipazione alla gara.

In particolare, con nota del 25 febbraio 2016, la stazione appaltante ha chiesto l'integrazione dei suddetti contratti nei seguenti termini:

- specificazione in modo dettagliato dei mezzi che l'operatore ausiliario avrebbe messo a disposizione del concorrente così come richiesto al punto 1h) del bando di gara;
- specificazione in modo dettagliato del volume d'affare nonché dei contratti svolti con buon esito così come richiesto al punto 1f) e 1g) del bando di gara.

D'altra parte, il bando di gara aveva previsto a pena di esclusione, con riferimento all'ipotesi di avvalimento, la presentazione del contratto in virtù del quale l'operatore economico ausiliario si era obbligato nei confronti dell'ausiliato a dare i requisiti e a mettere a

disposizione le risorse necessarie, “dettagliatamente indicate”, per tutta la durata dell'appalto (punto 1h, lett. b).

Il Collegio ritiene che nel caso di specie non si rientri in una fattispecie di avvalimento di garanzia, in quanto le due società ausiliarie dovevano necessariamente possedere i requisiti previsti per lo svolgimento del servizio, essendo la dichiarazione di avvalimento obbligatoria e non facoltativa in ragione della precaria situazione finanziaria dell'ausiliata, concorrente non esclusa in via eccezionale dalla gara in virtù dell'ammissione in sede giudiziale ad una procedura di concordato preventivo con continuità aziendale.

In pratica, la stazione appaltante doveva necessariamente potere far affidamento su di un sostituto che, nel caso di fallimento della concorrente nel corso della gara o in sede di esecuzione del contratto, avesse tutti i requisiti tecnici e le risorse necessarie previste dalla lex specialis di gara per potere garantire la continuazione del servizio.

D'altra parte, il Comune di Milano, con interpretazione condivisibile, ha ritenuto, proprio ai fini di una valutazione compiuta sull'affidabilità della proposta di -OMISSIS-, di non ritenere sufficienti i contratti depositati, sotto il profilo della mancata dimostrazione dei mezzi e delle referenze soggettive richieste dal bando di gara per svolgere in modo puntuale il servizio da affidare.

E questa pare l'unica interpretazione ragionevole della norma in esame – che, peraltro, anche da un punto di vista letterale richiama integralmente il disposto di cui all'art. 49 del codice previgente dei contratti pubblici -, se si considera che, come visto, la procedura di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale è di per sé sottoposta ad una serie di limiti e restrizioni che la rendono

facilmente convertibile in una procedura volta alla dichiarazione del fallimento.

D'altra parte, la vicenda stessa della società aggiudicataria – per un periodo non irrilevante di tempo sospesa tra concordato con continuità e vero e proprio fallimento – conferma plasticamente e in concreto la preoccupazione espressa dal legislatore nel delineare le opportune cautele.

A fronte dunque di una interpretazione che riporta il contratto di avvalimento da produrre nell'alveo della disposizione di natura generale di cui all'art. 49 del d.lgs. n. 163/2016 – cui si affianca un impegno aggiuntivo, riferito alla obbligatorietà del subentro in caso di fallimento dell'impresa ausiliata -, e che esclude un'ipotesi di avvalimento di garanzia, il Collegio ritiene di dovere aderire alla giurisprudenza assolutamente consolidata secondo cui il rinvio contenuto nel contratto di avvalimento alla mera formula legislativa di rito non rende neanche determinabile l'effettivo oggetto di tale contratto (cfr., da ultimo, Tar Liguria, sent. n. 1201/2016, che richiama, oltre alla citata Adunanza Plenaria n. 23 del 2016, le seguenti pronunce: Cons. St., sez. III, 18 aprile 2011, n. 2344; id., sez. V, 6 agosto 2012, n. 4510; id., sez. IV, 16 gennaio 2014, n. 135; 17 ottobre 2012, n. 5340; id., sez. VI, 13 giugno 2013, n. 3310; id., sez. III, 3 settembre 2013, n. 4386).

Si tratta dunque di un contratto nullo, per il quale è da verificare, in seconda battuta, se sia ammissibile un intervento in via di soccorso istruttorio da parte della stazione appaltante.

Il Collegio ritiene che nella specifica fattispecie esaminata (contratto di avvalimento nullo per indeterminatezza) il ricorso al soccorso istruttorio (a pagamento o meno) non sia possibile.

Risulta infatti condivisibile l'affermazione secondo cui, a fronte di un contratto di avvalimento del tutto generico, non sussista la possibilità legale di ricorrere al c.d. "soccorso istruttorio", atteso che il soccorso istruttorio non è esperibile per sopperire alle irregolarità che impediscono in maniera radicale di individuare il contenuto della documentazione.

Al riguardo, è opportuno evidenziare che le statuizioni contenute nell'adunanza plenaria n. 9 del 2014 - secondo cui il dovere di soccorso istruttorio era da considerarsi limitato ai requisiti soggettivi di partecipazione dell'impresa, e inerente alla mera regolarizzazione, "che attiene a circostanze o elementi estrinseci al contenuto della documentazione e che si traduce, di regola, nella rettifica di errori materiali e refusi" – erano state messe in dubbio dalla modifica legislativa apportata al vecchio codice dal d.l. n. 90/2014, che aveva, da un lato, introdotto la differenza tra regolarità essenziali e non essenziali degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2 dell'art. 38, dall'altro, aggiunto il comma 1-ter all'art. 46 del d.lgs. n. 163/2006, secondo cui "le disposizioni di cui all'articolo 38, comma 2-bis, si applicano a ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara".

Già prima dell'entrata in vigore del d. lgs. n. 50/2016, peraltro, era stato messo in evidenza che la nullità per indeterminatezza ed indeterminabilità dell'oggetto dei contratti di avvalimento osterebbe all'attivazione del soccorso istruttorio, attesa l'inidoneità dei medesimi a produrre effetti (cfr. tra le altre, T.A.R. Sardegna, sez. I,

22 dicembre 2015, n. 1230; T.A.R. Lombardia, sez. IV, sent. n. 301/2015).

Si era infatti osservato che, in forza dei principi posti a tutela della par condicio dei concorrenti, attraverso il soccorso istruttorio avrebbe potuto essere consentita una integrazione di documentazione valida, ma non la "sostituzione" di un contratto nullo già prodotto in sede di presentazione dell'offerta, con un successivo contratto valido posto in essere successivamente alla presentazione dell'offerta e a seguito della contestazione di nullità dell'originario contratto.

Oggi, a seguito del recepimento nell'ordinamento nazionale della direttiva UE n. 24 del 2014, il legislatore ha chiarito i limiti di utilizzabilità del soccorso istruttorio, con una disposizione che, pur non risultando direttamente applicabile al caso di specie, pare avere portata interpretativa della modifica, per molti versi ambigua, contenuta nel d.l. n. 90/2014.

Invero, l'art. 83, comma 9, del d. lgs. n. 50/2016 dispone che "le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio", ma poi precisa, nell'ultimo periodo della medesima norma, che "costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa."

Nel caso di specie, come anticipato, i contratti di avvalimento prodotti in gara erano portatori di una carenza documentale che non consentiva l'individuazione del loro contenuto e che, costituendo irregolarità essenziale non sanabile, non poteva essere surrogata da un'ulteriore produzione documentale (peraltro costituita dalla

sostituzione/integrazione di un contratto nullo) su impulso della stazione appaltante e oltre i termini previsti dal bando per la partecipazione alla gara, con palese violazione dei principi di trasparenza e par condicio.

Conforta tale ricostruzione la disamina dei documenti prodotti da OMISSIS-a seguito della richiesta istruttoria della stazione appaltante inviata in data 25 febbraio 2016; nello specifico, e per quanto di interesse, l'aggiudicataria ha prodotto, tra l'altro, due dichiarazioni sostitutive del punto 1h) del bando integrale di gara delle società ausiliarie, formate in data 1 marzo 2016 (ovvero dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte), e in esplicita "integrazione" dei contratti di avvalimento sottoscritti tra le ausiliarie stesse e OMISSIS-il 10 e il 15 febbraio precedenti.

In tali dichiarazioni integrative sono riportati nel dettaglio il numero dei dipendenti da impiegare, il numero e il tipo di automezzi da utilizzare per il servizio, e la descrizione dell'equipaggiamento, ovvero gli elementi essenziali minimi per identificare il contenuto dei contratti di avvalimento stipulati.

Sotto altro, concorrente profilo, afferente alle peculiarità del contratto di avvalimento richiesto ai sensi dell'art. 186-bis della legge fallimentare – da considerarsi, come detto, obbligatorio, integralmente sostitutivo e con operatività condizionata al fallimento della concorrente -, il fatto che l'ausiliaria, in tal caso, costituisca una sorta di *alter ego* della concorrente, comporta necessariamente che la stessa sia sottoposta, da parte della stazione appaltante, alle stesse valutazioni effettuate nei confronti della concorrente in ordine all'assenza o meno dei requisiti essenziali dell'offerta.

Le dichiarazioni di cui al punto 1f) e 1g) del bando integrale di gara (referenze tecniche) depositate per conto delle società ausiliarie in data successiva al termine di presentazione delle offerte, se omesse dalla società concorrente, avrebbero senz'altro determinato la sua esclusione dalla procedura in conformità a quanto previsto dalla lex specialis di gara e in ossequio al disposto di cui all'art. 46, comma 1-bis del d.lgs. n. 163/2006 (difetto di elementi essenziali dell'offerta).

Il motivo di ricorso è dunque fondato, con conseguente accertamento dell'illegittimità del provvedimento ammissivo alla gara di -OMISSIS-, e assorbimento delle ulteriori censure volte a contestare la legittimità delle valutazioni operate dal Comune resistente in sede di verifica di anomalia delle offerte.

Dall'accoglimento della domanda di annullamento del provvedimento di aggiudicazione della gara proposta da -OMISSIS- consegue anche l'accoglimento della ulteriore domanda di risarcimento del danno attraverso la reintegrazione in forma specifica dalla stessa proposta, in considerazione del fatto che il contratto tra la stazione appaltante e -OMISSIS- non è stato ancora stipulato, conformemente a quanto disposto in sede cautelare dal Consiglio di Stato.

Il Comune di Milano deve dunque essere condannato ad aggiudicare la gara in oggetto a -OMISSIS- e a stipulare con il suddetto operatore il relativo contratto di appalto.

Le spese dei due giudizi riuniti, per la fase cautelare e di merito, seguono la soccombenza come determinata per ciascuno di essi, con liquidazione del quantum effettuata in dispositivo.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sui ricorsi riuniti, come in epigrafe proposti:

dichiara inammissibile il ricorso proposto da -OMISSIS-;

accoglie le domande formulate da -OMISSIS-, nei sensi di cui in motivazione, e, per l'effetto, condanna il Comune di Milano ad aggiudicare la gara di cui in epigrafe a -OMISSIS-, in proprio e quale capogruppo del costituendo RTI con -OMISSIS-..

Condanna -OMISSIS-. a rifondere le spese processuali sostenute dal Comune di Milano, da -OMISSIS-. e da -OMISSIS-. nell'ambito del procedimento n. R.G. 1415/2016, che liquida in complessivi € 4.000,00, oltre accessori di legge, in favore di ciascuna di esse.

Condanna in solido il Comune di Milano e -OMISSIS-. a rifondere le spese processuali sostenute da -OMISSIS-. nell'ambito del procedimento n. R.G. 1501/2016, che liquida in complessivi € 4.000,00, oltre accessori di legge.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'art. 52, comma 1, d.lgs. 30 giugno 2003 n. 196, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento di qualsiasi dato idoneo ad identificare -OMISSIS-. e -OMISSIS-..

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 9 marzo 2017 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente

Giovanni Zucchini, Consigliere

Roberto Lombardi, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Roberto Lombardi

IL PRESIDENTE
Angelo Gabbricci

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.