



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 Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello n. 2513 del 2014, proposto dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, in persona del ministro legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, e presso la stessa domiciliato *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi n.12;

contro

Max & Chris Swimming SSD a r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Carmine Medici, ed elettivamente domiciliata presso quest'ultimo in Roma, via Leone IV n. 38, come da mandato a margine del ricorso introduttivo;

e con l'intervento di

ad opponendum:

Associazione sportiva Acquachiara ATI 2000, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Andrea Rallo e Michele Lopiano, ed elettivamente domiciliata,

unitamente ai difensori, presso l'avv. Claudio Petrucci in Roma, via Polonia n. 7, come da mandato in calce alla comparsa di costituzione e risposta;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sezione seconda, n. 780 del 6 febbraio 2012, resa tra le parti e concernente l'affidamento in concessione del servizio di gestione della piscina comunale di via C. Guadagni nel Comune di Pomigliano D'Arco;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 novembre 2014 il Cons. Diego Sabatino e uditi per le parti gli avvocati Carmine Medici e Andrea Rallo e l'avvocato dello stato Palatiello;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso iscritto al n. 2513 del 2014, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti propone appello avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sezione seconda, n. 780 del 6 febbraio 2012 con la quale è stato accolto il ricorso proposto da Max & Chris Swimming SSD a r.l. per l'annullamento: a) della nota prot. n. 14925 dell'11 giugno 2013, con la quale il

Presidente del seggio di gara ha comunicato alla Max&Chris Swimming SSD l'esclusione dalla procedura aperta per l'affidamento in concessione del servizio di gestione della piscina comunale di via C. Guadagni nel Comune di Pomigliano d'Arco – CIG 42743297DE; b) di ogni altro atto presupposto, connesso ovvero consequenziale, compresi i verbali delle sedute del 21 maggio 2013 e del 7 giugno 2013, nonché il parere dell'Avvocatura Distrettuale dello Stato reso noto nel corso della seduta del 7 giugno 2013; nonché per la declaratoria della nullità delle disposizioni di cui alle lettere e) ed f) del punto 5), pag. 3 del disciplinare di gara della procedura aperta per l'affidamento in concessione del servizio di gestione della piscina comunale di via C. Guadagni nel Comune di Pomigliano d'Arco – CIG 42743297DE, indetta a seguito di determina a contrarre n. 56 del 7 marzo 2013, come rettificato con determina n. 70 del 28 marzo 2013, ai sensi degli artt. 41 e 46, comma 1- *bis* del d. lgs. n. 163 del 2006 s.m.i. e dell'art. 31, comma 4 c.p.a..

A sostegno delle doglianze proposte dinanzi al giudice di prime cure, la parte ricorrente aveva premesso di aver partecipato – in associazione temporanea con la società Lombardia Nuoto SSD a r.l., assumendo la qualità di mandataria – alla procedura aperta per l'affidamento del servizio di gestione della piscina comunale di via C. Guadagni nel Comune di Pomigliano d'Arco, indetta dalla prefata amministrazione con determina n. 56 del 7 marzo 2013, per l'espletamento della quale è stata delegata, ai sensi dell'art. 33 del d. lgs. 163 del 2006 ed in applicazione della convenzione stipulata in

data 19 maggio 2011, la Stazione unica appaltante presso il Provveditorato interregionale delle OO. PP. Campania- Molise.

In considerazione delle specifiche previsioni contenute nel disciplinare di gara (con il quale, in particolare, sono stati richiesti: 1. bilanci in utile o in pareggio nel triennio 2009-2010-2011; 2. servizi analoghi a quelli oggetto di gara, resi con regolarità e buon esito, per un importo annuo complessivo almeno pari a euro 130.000,00), la ricorrente, costituita nel giugno 2010, ha stipulato con la A.S.D. San Mauro Nuoto un contratto di avvalimento al fine di ovviare alla parziale carenza dei suddetti requisiti di capacità economica e finanziaria.

E' accaduto, tuttavia, che in esito alle sedute del 21 maggio 2013 e del 7 giugno 2013, con nota dell'11 giugno 2013, il Presidente del seggio di gara ha comunicato alla ricorrente l'esclusione per il seguente motivo: «il contratto di avvalimento stipulato con la società A.S.D. San Mauro Nuoto non è redatto con le modalità previste dall'art. 88 del D.P.R. n. 207 del 2010. In particolare, non vengono indicate in modo compiuto, esplicito ed esauriente le risorse ed i mezzi prestati in modo determinato e specifico (mezzi, attrezzature, materiale ed equipaggiamento tecnico, personale qualificato, tecniche operative ecc.). Nel caso specifico, il contratto di avvalimento riporta genericamente l'impegno della società ausiliaria di mettere a disposizione dell'ausiliante le risorse necessarie di cui questa è carente, senza specificare le risorse stesse e l'organizzazione messe a disposizione, così come richiesto anche nel disciplinare di gara al

punto 11».

Successivamente all'informativa ai sensi dell'art. 243-*bis* del d. lgs. n. 163 del 2006, la Max&Chris Swimming SSD ha proposto il ricorso introduttivo del giudizio in prime cure, impugnando sia il provvedimento di esclusione sia le disposizioni di cui alle lettere e) ed f) del punto 5, pag. 3, del disciplinare di gara.

Con il primo motivo di ricorso, parte ricorrente ha dedotto la violazione degli artt. 41 e 46 del d. lgs. n. 163 del 2006, la nullità delle disposizioni di cui alle lettere e) ed f) del punto 5, pag. 3, del disciplinare di gara, la violazione dell'art. 3 della l. n. 241 del 1990, dei principi di proporzionalità ed adeguatezza, nonché il vizio di eccesso di potere per carenza di istruttoria, difetto di motivazione e contraddittorietà. Ciò in quanto avrebbe dovuto essere tenuta in debita considerazione l'impossibilità per la ricorrente di presentare i requisiti di capacità economico- finanziaria richiesti, in ragione della sua costituzione nel giugno 2010 e, dunque, della sussistenza di giustificati motivi idonei ad escludere la stessa esigibilità dei suddetti requisiti. A tale riguardo, peraltro, la difesa della ricorrente ha anche richiamato la determinazione dell'AVCP n. 4 del 10 ottobre 2012 e contestato, altresì, l'omessa previsione nel bando di modalità alternative funzionali alla dimostrazione della sussistenza dei prefati requisiti. Oltre a tali rilievi, è stato anche sottolineato che, in applicazione dell'art. 41 del d. lgs. n. 163 del 2006, la stazione appaltante avrebbe potuto dedurre la solidità economico- finanziaria dell'A.T.I. concorrente dall'esame della documentazione contabile

prodotta e dalle referenze bancarie esibite. In tale quadro è stata sostenuta, tra l'altro, l'illegittimità delle previsioni della *lex specialis* impugnate, anche per carenza di una congrua motivazione ed in applicazione della previsione dell'art. 41, comma 2 del d. lgs. n. 163 del 2006, nonché evidenziato che in relazione alla mancanza dei requisiti richiesti al punto 5), lett. e) ed f), non è stata espressamente prevista l'esclusione.

Il secondo motivo di ricorso si appunta sulla violazione degli artt. 46 e 49, comma 2, lett. f) del d. lgs. n. 163 del 2006, dell'art. 88 del D.P.R. n. 207 del 2010, dell'art. 1346 c.c., nonché sull'omesso esercizio del potere di soccorso e sul vizio di eccesso di potere per carenza di istruttoria e di motivazione. Parte ricorrente ha evidenziato, infatti, che, in ogni caso, la stazione appaltante, alla luce della documentazione prodotta e del contratto sottoscritto tra la ricorrente e l' ASD San Mauro Nuoto, avrebbe dovuto richiedere chiarimenti all'ausiliante, in conformità all'approccio sostanzialistico già da tempo affermato dalla giurisprudenza.

Il Comune di Pomigliano D'Arco non si è costituito in giudizio per resistere al gravame, mentre si sono costituiti sia il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti sia il Provveditorato Interregionale intimato concludendo, nel merito, per il rigetto del ricorso in quanto infondato.

All'udienza pubblica del 19 dicembre 2013 la causa è stata discussa e decisa con la sentenza appellata, redatta in forma semplificata. In essa, il T.A.R. riteneva fondate le censure proposte, sottolineando

l'illegittimità dell'operato della pubblica amministrazione, in relazione alla mancata attivazione del potere di soccorso istruttorio.

Contestando le statuizioni del primo giudice, la parte appellante evidenzia l'errata ricostruzione in fatto ed in diritto operata dal giudice di prime cure, riproponendo le proprie originarie difese.

Nel giudizio di appello, si è costituita la parte controinteressata, Max & Chris Swimming SSD a r.l., chiedendo di dichiarare inammissibile o, in via graduata, rigettare il ricorso. Si costituiva altresì l'Associazione sportiva Acquachiara ATI 2000, dispiegando opposizione di terzo mediante intervento in appello, in posizione adesiva a quella dell'amministrazione.

All'udienza del 29 aprile 2014, l'istanza cautelare veniva accolta con ordinanza n. 1748/2014.

Alla pubblica udienza del 18 novembre 2014, il ricorso è stato discusso e assunto in decisione.

DIRITTO

1. - L'appello è fondato e merita accoglimento entro i termini di seguito precisati.
2. - Con un unico motivo di ricorso, l'Avvocatura appellante si lamenta dell'errata applicazione della teorica del soccorso istruttorio nel caso in esame. Infatti, l'accoglimento dato dal primo giudice ha avuto riguardo unicamente al secondo motivo di ricorso, con il quale la difesa della ricorrente ha censurato la violazione degli artt. 46 e 49, comma 2, lett. f), del d. lgs. n. 163 del 2006, dell'art. 88 del D.P.R. n. 207 del 2010, dell'art. 1346 c.c., nonché lamentato l'omesso esercizio

del potere di soccorso da parte della stazione appaltante e dedotto il vizio di eccesso di potere per carenza di istruttoria e di motivazione. Tuttavia, nel caso in esame, il dovere in capo all'amministrazione sarebbe stato invocato erroneamente, non essendovi i presupposti per l'applicazione della normativa evocata.

2.1. - La doglianza è fondata e va accolta.

Dagli atti, emerge in maniera incontestata che la ricorrente, in quanto società costituita nel giugno 2010 e quindi in condizioni di oggettiva impossibilità di soddisfare i requisiti di capacità economica e finanziaria richiesti (riferiti ai bilanci in utile o in pareggio nel triennio 2009-2010-2011, nonché all'esecuzione, con regolarità e buon esito, di servizi analoghi a quello oggetto di gara realizzati nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando per un importo annuo complessivo almeno pari a euro 130.000,00) provvedeva a stipulare un contratto di avvalimento con la ASD San Mauto Nuoto.

Tale negozio reca, come espressamente indicato anche dal primo giudice, un riferimento alle motivazioni alla base dell'instaurazione del rapporto negoziale, evidenziando come l'impresa avvalente, seppur tecnicamente ed economicamente organizzata, fosse stata carente degli specifici requisiti prescritti dal bando e che l'ausiliaria si fosse impegnata a consentire la produzione dei propri ed a riservare in modo esclusivo le risorse ed i mezzi a disposizione dell'avvalente "per tutta la durata delle obbligazioni contrattuali assunte" da quest'ultima nei confronti del Comune di Pomigliano d'Arco.

Il detto impianto motivazionale è stato ritenuto sufficiente dal primo

giudice a imporre all'amministrazione un dovere di soccorso, tale da escludere che la stazione appaltante potesse legittimamente procedere all'esclusione senza la previa richiesta alla società partecipante alla gara di integrazione o specificazione del contenuto del documento già presentato, anche alla luce della natura dei requisiti oggetto dell'avvalimento. Peraltro, il generico tenore delle clausole contenute nel contratto di avvalimento è stato ritenuto dal primo giudice comunque idoneo a costituire quanto meno un principio di prova circa il possesso degli stessi da parte della concorrente.

Le valutazioni del T.A.R. non possono essere condivise.

Osserva la Sezione come la giurisprudenza (da ultimo, Consiglio di Stato, sez. III, 17 giugno 2014 n. 3057; id, sez. VI, 13 giugno 2013 n. 3310) interpreta i requisiti contenutistici del contratto di avvalimento in maniera estremamente rigida. Da un lato, si precisa che è onere del concorrente dimostrare che l'impresa ausiliaria non s'impegna semplicemente a prestare il requisito soggettivo richiesto, quale mero valore astratto, ma assume l'obbligazione di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata, in relazione all'esecuzione dell'appalto, le proprie risorse ed il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità e quindi, a seconda dei casi, mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti, in relazione all'oggetto dell'appalto. Dall'altro, si osserva che per potersi avvalere dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo di un altro soggetto è necessario che risulti chiaramente, sia dal contratto di avvalimento (art. 49

comma 2 lett. f) d.lg. n. 163 del 2006) che dalla dichiarazione unilaterale dell'impresa ausiliaria indirizzata alla stazione appaltante (art. 49 comma 2 lett. d) d.lg. n. 163 del 2006), che l'impresa ausiliaria presti le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità (a seconda dei casi: mezzi, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti, richiedendo l'art. 49 d.lg. n. 163 del 2006 e l'art. 88 comma 1 lett. a) d.P.R. n. 207 del 2010 che il contratto di avvalimento soddisfi l'esigenza di determinazione dell'oggetto riportando in modo compiuto, esplicito ed esauriente le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico.

L'ipotesi interpretativa utilizzata dal T.A.R., per cui le clausole generiche ben avrebbero potuto dar vita ad un principio di prova, si scontra contro la tassatività normativa che prevede la precisa indicazione degli elementi aziendali concreti sui quali si fonderà l'avvalimento, con una scelta esplicita alla massima trasparenza ed ostensibilità del *modus* del collegamento imprenditoriale. Infatti, ad utilizzare il criterio fatto proprio dal primo giudice, si giungerebbe all'incongruo risultato di favorire, quanto meno per l'utilizzo esteso del dovere di soccorso, dei soggetti che, qualora avessero partecipato in proprio, sarebbero stati direttamente esclusi per mancata documentazione dei requisiti.

In concreto, il contratto sottoscritto non aveva alcuno dei requisiti tassativamente richiesti per configurare un avvalimento nel senso normativo del termine, collocandosi sotto la soglia minima di

riconoscibilità del negozio stesso.

In queste condizioni, la stazione appaltante doveva necessariamente escludere la concorrente, e in questo modo si risponde all'eccezione riproposta in appello dall'appellata, non in relazione ad una previsione di bando, in quanto, anche qualora il bando non prevedesse una simile forma di esclusione, questa sarebbe stata in ogni caso obbligata perché, venendo meno il collegamento tra le imprese, la Max & Chris Swimming SSD a r.l. era del tutto carente dei requisiti di partecipazione.

3. - Le questioni appena vagliate esauriscono la questione sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante, *ex plurimis*, per le affermazioni più risalenti, Cassazione civile, sez. II, 22 marzo 1995 n. 3260 e, per quelle più recenti, Cassazione civile, sez. V, 16 maggio 2012 n. 7663). Gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

4. - L'appello va quindi accolto. Le spese processuali seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando in merito al ricorso in epigrafe, così provvede:

1. Accoglie l'appello n. 2513 del 2014 e, per l'effetto, in riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sezione seconda, n. 780 del 6 febbraio 2012, respinge il ricorso di primo grado;

2. Condanna Max & Chris Swimming SSD a r.l. a rifondere al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e all'Associazione sportiva Acquachiara ATI 2000 le spese del doppio grado di giudizio, che liquida, in favore di ognuna delle parti resistenti e controinteressate costituite, in €. 1.500,00 (euro millecinquecento) oltre I.V.A., C.N.A.P. e rimborso spese generali, come per legge.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 18 novembre 2014, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale – Sezione Quarta - con la partecipazione dei signori:

Riccardo Virgilio, Presidente

Sandro Aureli, Consigliere

Fabio Taormina, Consigliere

Diego Sabatino, Consigliere, Estensore

Giuseppe Castiglia, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/02/2015

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)