



**REPUBBLICA ITALIANA**  
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**  
**Il Consiglio di Stato**  
**in sede giurisdizionale (Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sui ricorsi riuniti

A) – n. 2477/2013 RG, proposto dalla GIOMA s.r.l., corrente in Pozzuoli (NA), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e n.q. di capogruppo mandataria dell'ATI con la Adiramef s.r.l. e la LMF Impianti s.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Giovanni Leone e Gian Luca Lemmo, con domicilio eletto in Roma, via P.ssa Clotilde n. 2 (Studio Leone),

***contro***

l'Azienda sanitaria locale – ASL Napoli 2 Nord, in persona del Direttore generale *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Lidia Buondonno, con domicilio eletto in Roma, via Poli n. 29, presso l'Ufficio di rappresentanza della Regione Campania e

***nei confronti di***

COFELY Italia s.p.a., corrente in Roma, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, controinteressata, rappresentata e difesa dall'avv. Ernesto Sticchi Damiani, con domicilio eletto in Roma, via Bocca di Leone n. 78 e

B) – n. 2526/2013 RG, proposto dalla SCOGLIO s.p.a., corrente in S. Antimo (NA), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Antonio Sasso, con domicilio eletto in Roma, c.so Vittorio Emanuele II n. 18, presso il dott. Gian Marco Grez,

***contro***

l'Azienda sanitaria locale – ASL Napoli 2 Nord, in persona del Direttore generale *pro tempore*, come sopra rappresentata, difesa ed elettivamente domiciliata e

***nei confronti di***

- COFELY Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, controinteressata, come sopra rappresentata, difesa ed elettivamente domiciliata e
- ATI GIOMA s.r.l. con la Adiramef s.r.l. e la LFM Impianti s.r.l., la COMI s.r.l. e la NC Impianti di Napolano Castrese, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, non costituite

***per la riforma***

*quanto al ricorso n. 2477/2013 RG*, della sentenza del TAR Campania – Napoli, sez. I, n. 1109/2013, resa tra le

parti e concernente l'affidamento del servizio di gestione e manutenzione degli impianti elettrici nei presidi ospedalieri aziendali nel territorio di competenza dell'ASL Napoli 2 Nord e  
*quanto al ricorso n. 2526/2013 RG*, della sentenza del TAR Campania – Napoli, sez. I, n. 1110/2013, resa tra le parti ed avente lo stesso oggetto

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di COFELY Italia s.p.a. e dell'ASL Napoli 2 Nord;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore all'udienza pubblica del 17 maggio 2013 il Cons. Silvestro Maria Russo e uditi altresì, per le parti costituite, gli avvocati Capasso (su delega di Lemmo), Leone, Saverio Sticchi Damiani (su delega del prof. Sticchi Damiani) e Sasso;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

#### FATTO e DIRITTO

1. – Il 7 giugno 2012, l'ASL Napoli 2 Nord ha indetto una procedura ristretta, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento quadriennale del servizio di gestione e manutenzione degli impianti elettrici nei presidi ospedalieri e distrettuali nel territorio di competenza aziendale, per un importo a base d'asta stimato pari a € 6.365.400,00, oltre IVA.

Il bando ed il disciplinare di gara hanno prescritto, tra gli altri requisiti a pena d'esclusione: A) – l'attestazione SOA per la ctg. OS 30, class. V, o per la CTG OS 11, class. V; B) – il possesso di qualificazione economica, nel triennio di riferimento, per un fatturato globale non inferiore a tre volte l'importo a base d'asta; C) – una capacità tecnica, per il medesimo triennio, basata su servizi identici a quello oggetto di gara non inferiore a due volte l'importo a base d'asta; D) – il possesso della certificazione di qualità ISO 9001 e della certificazione del sistema di gestione ambientale ai sensi della norma UNI EN ISO 14 001.

In esito alla procedura di gara, s'è collocata al primo posto della graduatoria di merito l'ATI di cui è capogruppo mandataria la GIOMA s.r.l., con punti 80,68, seconda e terza graduate essendo risultate la COFELY Italia s.p.a. (punti 80,175) e, rispettivamente, la SCOGLIO s.p.a. Sicché, con la deliberazione n. 79 del 29 agosto 2012, l'ASL ha aggiudicato in via definitiva l'appalto *de quo* alla ATI GIOMA.

2. – Innanzi al TAR Napoli è allora insorta la COFELY Italia s.p.a. avverso tale delibera e gli atti di gara (ricorso n. 4228/2012 RG), chiedendone l'annullamento in una con la declaratoria d'inefficacia del contratto. La ATI GIOMA s.r.l., dal canto suo, ha proposto impugnazione incidentale.

Con sentenza n. 1109 del 25 febbraio 2013, l'adito TAR, previo rigetto di quest'ultima, ha invece accolto il ricorso della COFELY Italia s.p.a., statuendo al contempo l'inefficacia del contratto ed il subentro di detta Società.

Dal canto suo, pure la SCOGLIO s.p.a. ha impugnato gli atti della medesima gara, adendo il TAR Napoli (ricorso n. 4307/2012 RG) e deducendo vari profili di censura. Anche in questo giudizio l'ATI GIOMA ha proposto un gravame incidentale. Il TAR Napoli, con la sentenza n. 1110 del 25 febbraio 2012 ha respinto le doglianze verso la posizione della COFELY Italia s.p.a. e ha dichiarato inammissibili quelle rivolte nei confronti dell'ATI GIOMA.

3. – Appella anzitutto l'ATI GIOMA, con il ricorso n. 2477/2013 RG in epigrafe, deducendo in punto di diritto la fondatezza della propria impugnazione incidentale di primo grado e l'erroneità della sentenza appellata sotto vari profili. L'appellante ripropone altresì in questa sede le eccezioni sollevate innanzi al TAR contro la COFELY Italia s.p.a. ed assorbite dalla sentenza impugnata. A tal ultimo riguardo, essa deduce in punto di diritto: 1) – la piena legittimità della cooptazione, da parte di tale ATI, della NC Impianti s.r.l. nei limiti del 20% del valore dell'appalto, in quanto, visto che si tratta nel caso in esame d'una procedura ristretta, solo al momento di presentare l'offerta, non

già a quello in cui fu proposta l'istanza d'invito, scatta il divieto di modificazione soggettiva della composizione delle imprese associate; 2) – il pieno possesso, da parte dell'ATI stessa, di tutti i requisiti tecnici e finanziari nell'attuale composizione.

Resiste nel presente giudizio l'appellata COFELY Italia s.p.a., concludendo per il rigetto del ricorso in epigrafe. S'è costituita in giudizio l'ASL intimata, concludendo invece per l'accoglimento dell'appello, ma la costituzione dell'ASL è contestata dalla COFELY Italia s.p.a. perché propone doglianze avverso l'appellata sentenza senza aver proposto impugnazione incidentale.

Anche la SCOGLIO s.p.a. impugna in questa sede la sentenza n. 1110/2013, ribadendo questioni in sostanza simili a quelle dedotte dall'ATI GIOMA (il servizio svolto su un arco di tempo a settimana "corta", a fronte della risposta resa dal RUP al quesito 8Q circa la rilevanza e l'inderogabilità del documento *Quantificazione appalto e quadro economico*, per l'organizzazione minima del servizio stesso; l'art. 7 del capitolato tecnico descrive le modalità di funzionamento delle squadre di lavoro) e riproponendo i motivi assorbiti in primo grado. Pure in questo giudizio s'è costituita la COFELY Italia s.p.a., che conclude per il rigetto dell'appello.

All'udienza pubblica del 17 maggio 2013, su conforme richiesta delle parti, i due ricorsi in epigrafe sono congiuntamente assunti in decisione dal Collegio.

4. – Per evidenti ragioni di connessione oggettiva ed in relazione all'unicità della graduatoria di gara, che coinvolge tutte le parti e sulla quale esse qui controvertono, i due appelli in epigrafe vanno riuniti e contestualmente decisi con la presente sentenza.

5. – Ciò posto, il Collegio inizia la disamina delle questioni che entrambi i ricorsi in epigrafe, pur con qualche sfumatura differente, pongono nei confronti dell'offerta della COFELY Italia, parte vittoriosa in primo grado. In particolare, per quanto attiene al ricorso n. 2447/2013 RG in epigrafe, esso non è condivisibile per le ragioni di cui appresso.

In sostanza, l'ATI GIOMA ribadisce quanto già disse in sede d'impugnazione incidentale innanzi al TAR, circa l'impossibilità dell'offerta tecnica della COFELY Italia di soddisfare, nella misura in cui offre un'attività di manutenzione per ciascun presidio aziendale basata sulla settimana "corta", i requisiti minimi posti dal documento *Quantificazione appalto e quadro economico*.

Ora, l'art. 7 del capitolato tecnico, cui per vero l'appellata s'adeguò nel confezionare la sua offerta tecnica, dispone che l'impiego del personale addetto avrebbe dovuto assicurare la presenza continua dalle h 7,00 alle h 19,00 dal lunedì al venerdì, con esclusione del sabato, delle domeniche e dei giorni festivi. Non v'è allora ragione, né alcun dato testuale o logico, in forza dei quali sia da reputare prevalente il citato documento rispetto all'art. 7 del capitolato tecnico che, questo sì, indica in modo analitico e ben preciso i modi di espletamento del servizio appaltando. In detto documento son stati esposti i dati sul monte-ore, il cui ammontare complessivo potrà anche essere interpretato nel senso di prevedere la presenza di ogni operaio pure nel giorno di sabato (settimana "lunga"), ma che in realtà non è servito ad altro che a calcolare l'importo a base d'asta dell'appalto. Sicché tale documento non è idoneo a costituire legge di gara, nel senso che non sostituisce o integra o esclude il ripetuto art. 7 —che appunto prevede solo la settimana "corta" ed alla cui prescrizione la Società appellata s'è adeguata—, anche perché espone i dati di monte-ore sia a settimana "corta", sia a settimana "lunga".

Non pare poi così irrilevante, almeno non nel senso che vorrebbe l'ATI appellante, l'adeguamento di COFELY Italia alla sola *lex specialis* nel testo ora evidenziato. Invero, questa non è derogabile, né disapplicabile dall'ente aggiudicatore, né dalle imprese partecipanti e men che mai in sede di chiarimenti, nella specie con quello *sub* 8Q. Questi ultimi non servono se non ad agevolare e ad illuminare, secondo gli ovvi canoni di correttezza e di trasparenza, le imprese partecipanti su come adempiere al meglio le prescrizioni di gara e sulle modalità concrete di

partecipazione, non certo a consentire al RUP di forgiare *ex novo* la legge di gara secondo proprie volizioni. Non dura fatica il Collegio ad ammettere che il chiarimento stesso, per vero fornito *prima* della presentazione delle offerte, abbia voluto esplicitare che cosa non già la stazione appaltante, bensì il RUP intendesse per «organizzazione del servizio».

A parte l'obbligo d'interpretare ed applicare la legge di gara per quel che è ed oggettivamente prescrive —soprattutto se, come nella specie, essa rechi norme chiare ed esattamente definite—, il chiarimento *de quo* non fornisce lumi su alcunché. Esso, in realtà, crea a sua volta una regola che colloca in posizione gerarchicamente superiore il documento sulla quantificazione e cerca, al contempo e non potendo abrogarlo, di salvare sì il testo dell'art. 7 del capitolato, relegandolo, però, alla regolazione della funzionalità delle squadre di addetti al servizio. Se si considera, nondimeno, che la composizione ed il tempo operativo delle squadre stesse sono già in sé l'oggetto dell'offerta, ben si vede come non si possa predicare la correttezza del chiarimento 8Q, sia perché reca una disposizione oggettivamente contraddittoria, sia perché esso si trasforma così in un'indebita novella della legge di gara. È chiaro che le appellanti ed il RUP vogliono intendere il chiarimento 8Q come un'interpretazione autentica della *lex specialis* che la subordini a sé, ma per raggiungere un siffatto risultato sarebbe occorsa una modifica del capitolato, che incorporasse nel relativo testo tal rapporto tra le due fonti, il quale di per sé non è evincibile dal, né implicito nel dato testuale così com'è nel ripetuto art. 7.

Ad analoga conclusione si deve pervenire pure con riguardo al ricorso n. 2526/2013 RG in epigrafe, sicché si deve confermare integralmente l'appellata sentenza n. 1110/2013 anche per quanto attiene all'improcedibilità dell'appello stesso ove si rivolge avverso la posizione dell'ATI GIOMA.

6. – Quanto alla restante parte del ricorso n. 2477/2013 RG, anch'essa è da rigettare.

In particolare, si duole l'ATI appellante dell'erronea applicazione, da parte del TAR, dell'art. 49 del Dlgs 12 aprile 2006 n. 163 e dall'art. 88 del DPR 5 ottobre 2010 n. 207.

Ora, l'appellante ha dichiarato in sede di gara, ai sensi del citato art. 49, di volersi avvalere dei requisiti della COMI s.r.l., ossia per intero dell'attestazione SOA sul possesso della ctg. OG11, class. V, nonché, in parte, del fatturato relativo a servizi identici o analoghi globale pari a € 4.338.047,00 e del fatturato specifico per un ammontare di € 1.327.565,50.

Nella specie, però e come già segnalato dal TAR, in concreto la clausola, che l'appellante reputa la più importante del contratto stesso (cfr. pag. 13 del ricorso in epigrafe), è nulla più di quanto or ora citato. È mancato, nel contratto d'avvalimento, il criterio determinativo delle prestazioni a favore dell'impresa ausiliata, cioè l'indicazione delle risorse e dell'organizzazione messe a disposizione, sia dei testé citati requisiti SOA e di capacità economica. È ben noto che la messa a disposizione pura e semplice, in sede d'avvalimento com'è configurato dalla legge, deve essere reale e non formale, nel senso che non può considerarsi sufficiente "prestare" la certificazione posseduta (cfr. così Cons. St., III, 18 aprile 2011 n. 2343) assumendo solo impegni generici, se non tautologici o parafrastici del citato art. 49 (cfr. Cons. St., V, 6 agosto 2012 n. 4510). E non è un'indicazione solo formale, in quanto, con ciò condividendosi quanto sul punto detto dal Giudice di prime cure, anche negli appalti di servizi occorre che, in sede d'avvalimento, sia fornita seria e precisa contezza dei requisiti della pregressa esperienza e della capacità economiche che son messe a disposizione. In caso contrario, verrebbe meno la natura stessa dell'istituto, finalizzato non già ad arricchire la capacità tecnica ed economica del concorrente, bensì a consentire a soggetti che ne siano sprovvisti di concorrere alla gara ricorrendo ai requisiti di altri soggetti (Cons. St., V, 3 dicembre 2009 n. 7592), garantendo l'affidabilità dei lavori, dei servizi o delle forniture appaltati.

Erra l'appellante a predicare che un tal contratto abbia un oggetto forse non determinato, ma certo ben determinabile ai sensi dell'art. 1346 c.c., ancorché non segua il rigore specifico cui s'ispira l'art. 88 del DPR

207/2010. Tale determinabilità non si realizza se non è chiara, a qualunque terzo in ogni caso coinvolto nella valutazione del contratto, la regola determinativa delle prestazioni, non bastando dire che, come nella specie, si mettono a disposizione dell'impresa ausiliata un certo numero di requisiti, se questi non siano espliciti. Né giova alla tesi dell'appellante affermare che il rigore dell'art. 88 non valga fuori dal contesto dei ll.pp., giacché la norma, pur se dettata per gli appalti di lavori, non è una regola peculiare di tale comparto, ma esprime l'esigenza generale (e, dunque, comune a tutte le categorie di appalti pubblici: arg. ex Cons. St., III, 15 novembre 2011 n. 6040) che ogni stazione appaltante sia messa in grado di comprendere immediatamente l'effettività e la serietà della messa a disposizione dei requisiti, nonché della loro coerenza con l'oggetto dell'appalto.

Erronea s'appalesa pure la doglianza, per cui l'applicabilità del citato art. 88 alla gara *de qua* sarebbe illegittima per violazione della dir. n. 2004/18/CE. È vero che l'art. 48, § 3) reputa a tal riguardo sufficiente che l'impresa ausiliata dimostri seriamente alla stazione appaltante di disporre «... *per l'esecuzione dell'appalto...delle risorse necessarie ad esempio presentando l'impegno di tale soggetto di mettere a disposizione...*» le varie risorse. Ma nella specie non si tratta certo della maggiore o minor solennità della formula negoziale adoperata, né della comprensibilità in sé di essa, né tampoco se il legislatore nazionale abbia voluto irrigidire le modalità di funzionamento di un istituto che la norma UE ha inteso semplice e di rapida applicazione. In realtà, l'impresa ausiliata non ha formulato alcun preciso impegno commisurato al contenuto e, quindi, all'oggetto dell'appalto e, così, nemmeno essa ha ottemperato al pur semplice disposto dell'art. 48, § 3), che comunque fissa una regola di effettività ineludibile (cfr. sul punto il *considerando* n. 45 della direttiva).

Non è chi non veda l'inapplicabilità a tal riguardo dell'invocato principio di tassatività delle clausole di esclusione, in quanto il difetto concreto del requisito, a causa della superficiale ed infelice formulazione del contratto, è *in re ipsa* e non fa eccezione alla sanzione espulsiva (arg. ex Cons. St., III, 29 ottobre 2012 n. 5512), senza necessità di farla precedere da richiesta di raggugli all'ATI GIOMA.

7. – In definitiva, i due appelli, qui riuniti, vanno respinti nei sensi fin qui esaminati, senz'uopo di ulteriore disamina dei motivi assorbiti in primo grado e riproposti dalla Società appellata in questa sede, a suo dire, per scrupolo difensivo. Le spese del presente giudizio seguono, come di regola, la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sez. III), definitivamente pronunciando, riunisce e respinge gli appelli in epigrafe.

Condanna le appellanti, in solido ed in misura uguale tra loro, al pagamento, a favore della Cofely Italia s.p.a., delle spese del presente giudizio, che sono nel complesso liquidate in € 5.000,00 (Euro cinquemila/00), oltre IVA e CPA come per legge.

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

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio del 17 maggio 2013, con l'intervento dei sigg. Magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Roberto Capuzzi, Consigliere

Hadrian Simonetti, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere, Estensore

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/09/2013

IL SEGRETARIO

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