

## Requisiti di partecipazione: tardività del PassOE ed elementi costitutivi dell'avvalimento

di Giusy Casamassima

Data di pubblicazione: 15-5-2017

*La mancata produzione del PassOE in sede di gara integri una mera carenza documentale e non anche un'ipotesi di irregolarità essenziale: il PassOE non solo non costituisce quindi causa di esclusione del concorrente dalla procedura, ma può essere prodotto in un momento successivo a seguito di "soccorso istruttorio" – regolarizzando così la documentazione – senza che da ciò derivi, tra l'altro, la necessità per la stazione appaltante di applicare alcuna sanzione pecuniaria.*

*L'esigenza di determinazione dell'oggetto del contratto di avvalimento esiste anche con riferimento alla dichiarazione unilaterale in quanto "nell'istituto dell'avvalimento l'impresa ausiliaria non è semplicemente un soggetto terzo rispetto alla gara, dovendosi essa impegnare non soltanto verso l'impresa concorrente ausiliata ma anche verso la stazione appaltante a mettere a disposizione del concorrente le risorse di cui questi sia carente, sicché l'ausiliario è tenuto a riprodurre il contenuto del contratto di avvalimento in una dichiarazione resa nei confronti della stazione appaltante" (Cons. Stato, VI, 13 maggio 2010, n. 2956). Infatti occorre soddisfare "esigenze di certezza dell'amministrazione", essendo la dichiarazione dell'impresa ausiliaria "volta a soddisfare l'interesse della stazione appaltante ad evitare, dopo l'aggiudicazione, l'insorgere di contestazioni sugli obblighi dell'ausiliario.*

### Guida alla lettura

Partendo dal presupposto fattuale della natura giuridica del cosiddetto PassOE e da quello giuridico del principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare il Consiglio di Stato, la cui pronuncia è oggetto di nota, conclude affermando che **la mancata produzione del PassOE in sede di gara non costituisce una irregolarità essenziale, quanto piuttosto una mera carenza documentale, inidonea a produrre l'automatica esclusione del concorrente dalla procedura di gara.**

In buona sostanza, la combinazione dei predetti presupposti rappresenta un ostacolo alla riconducibilità della "condotta inadempiente" dell'impresa partecipante all'interno delle cause di esclusione da una gara pubblica.

Superata la prima doglianza, il Collegio si sofferma sul secondo motivo di gravame, afferente alla presunta incompletezza del contratto di avvalimento.

Al riguardo, richiamando un precedente giurisprudenziale si afferma che **le parti principale e ausiliaria di un contratto di avalimento devono impegnarsi a mettere a disposizione (l'una rispetto all'altra) non solo il requisito soggettivo, bensì anche quello oggettivo**: la necessità di individuare con dovizia espositiva l'oggetto del contratto di avalimento, oltre a trovare aggancio normativo nella disposizione civilistica che qualifica in termini di nullità un contratto con oggetto indeterminato, trova la sua essenziale giustificazione funzionale nella necessità di impedire un sostanziale aggiramento dei requisiti di partecipazione a una gara pubblica (Cons. Stato, sez IV, 3 maggio 2014, n. 2365).

Per tale ragione **il contratto di avalimento deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente le risorse e i mezzi prestati.**

Le esigenze di determinatezza e specificità dell'oggetto del contratto di avalimento si riversano altresì nella dichiarazione unilaterale che l'impresa ausiliaria è tenuta a rendere nei confronti della stazione appaltante, atteso che **l'impresa ausiliaria non rappresenta un soggetto terzo rispetto alla gara, al contrario la stessa risultando gravata dal vincolo negoziale non solo verso l'impresa ausiliata, ma anche verso la stazione appaltante.**

Il primo tema attraversato dalla pronuncia in commento cade sulla peculiare figura del PassOE, ovvero su quello **strumento (elettronico) attraverso il quale la stazione appaltante, presso gli enti certificanti convenzionati con l'ANAC, provvede all'acquisizione dei documenti necessari alla verifica dei requisiti autodichiarati dai concorrenti in sede di gara**

Sul tema concernente il profilo temporale del procedimento di verifica del possesso dei requisiti dichiarati dall'impresa partecipante per poter partecipare ad una gara, occorre premettere che ai sensi dell'art. 6 D.lgs. 163/2006 la documentazione comprovante il possesso dei predetti requisiti può essere acquisita solo a mezzo della banca dati nazionale dei contratti pubblici con procedure telematiche.

L'informatizzazione di tale procedura necessita della certezza circa la riconducibilità dell'offerta presentata ad un determinato soggetto giuridico.

Tale considerazione determina la logica conclusione per cui **in assenza dell'elemento in grado di assegnare una vera e propria carta di identità digitale si produce una assoluta incertezza sulla provenienza dell'offerta che impone l'esclusione della partecipante, a patto ovviamente che sia preventivamente espletato il soccorso istruttorio**: la mancata produzione del PassOE in sede di gara, infatti, rappresenta una semplice carenza documentale e non anche un'ipotesi di irregolarità essenziale. Ne consegue che **il PassOE non solo non costituisce causa di esclusione del concorrente dalla procedura, ma può essere prodotto in un secondo momento, regolarizzando dunque la documentazione, senza che per questo sia dovuta alcuna sanzione pecuniaria.**

Il secondo istituto investito dal percorso argomentativo sviluppato dal Supremo Consesso amministrativo è invece il contratto di avalimento.

Disciplinato dall'**art. 89 Codice appalti 2016** (ex artt. 49 e 50 del Codice dei contratti pubblici), **tale particolare forma contrattuale consiste nella possibilità riconosciuta a qualsiasi operatore economico, singolo o raggruppato, di soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti necessari per partecipare ad una procedura di gara, facendo affidamento sulle capacità appartenenti ad altri soggetti.**

Tale istituto, dunque, mira ad ampliare la partecipazione alla gara da parte degli operatori economici anche individualmente non dotati dei requisiti richiesti nel bando, grazie all'apporto di altra impresa.

Trattasi, pertanto di un istituto che realizza un possesso *per relationem* dei requisiti: si parla, infatti, di qualificazione indiretta.

In sostanza, dunque, l'istituto in esame contribuisce ad ampliare la concorrenza, estendendo la partecipazione alle gare pubbliche ad operatori che per modeste dimensioni o per recente costituzione non possiedono tutti i requisiti richiesti dal bando.

Sul piano strutturale **presupposto imprescindibile del contratto di avvalimento consiste nella necessaria determinatezza degli stessi requisiti e nella loro effettiva attribuzione alla società ausiliaria.**

La spendita dei requisiti di imprese terze rispetto alle partecipanti presuppone un legame contrattuale intercorrente tra le stesse.

Il contratto di avvalimento si caratterizza così per una **atipicità della causa**, in relazione alla quale dottrina e giurisprudenza si sono lungamente interrogate, cui però fa da contraltare un dovere di individuazione specifica dell'oggetto del contratto.

In termini si è espresso il Consiglio di Stato sez. III 14 gennaio 2015 n. 57, a parere del quale *“un contratto di avvalimento che omette l'individuazione specifica delle unità di personale, degli strumenti o del fatturato necessario e che si limita ad attestare in maniera generica e tautologica la messa a disposizione dell'impresa ausiliata delle risorse indispensabili per l'esecuzione dell'appalto deve essere giudicato inidoneo a produrre gli effetti giuridici previsti dall'art. 49 D.lgs. 163/2006”*.

La specificità del contenuto del contratto in esame appare giustificata dall'esigenza di far conoscere sin dall'origine alla stazione appaltante le specifiche risorse aziendali messe a disposizione da parte della società eventuale aggiudicataria dell'appalto oggetto di gara, così da poterne esigere l'effettivo impiego durante la fase di esecuzione.

In ordine all'ambito applicativo dello strumento in esame va detto che **possono essere “presi in prestito” solo quei requisiti di carattere economico-finanziario, tecnico-organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA**, al contrario non potendo l'impresa concorrente avvalersi dei requisiti soggettivi dell'ausiliaria.

Lo stesso Codice dei contratti pubblici, infatti, precisa che i requisiti di ordine generale di cui

all'art. 80 devono essere posseduti obbligatoriamente tanto dall'ausiliaria, quanto dall'ausiliata.

In merito all'utilizzo dell'istituto in esame per l'attestazione di requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale il nuovo Codice appalti ha introdotto una novità statuendo che **è ammesso il ricorso all'avvalimento anche per i requisiti relativi ai titoli di studio e professionali, purchè i soggetti che li posseggono eseguano direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste.** È inoltre riconosciuta per l'ente appaltante di richiedere la responsabilità solidale dell'impresa principale e di quella ausiliaria in relazione all'esecuzione del contratto oggetto di affidamento, e limitatamente ai requisiti attestanti la capacità economica e finanziaria.

Il Codice, inoltre, pone l'**onere del concorrente di allegare il contratto in forza del quale l'impresa ausiliaria si obbliga a mettere a disposizione le proprie risorse.**

Nel dettaglio l'impresa ausiliata è chiamata a provare la relazione giuridica sussistente con l'impresa ausiliaria mediante un contratto avente un oggetto determinato, e perciò individuante in modo chiaro ed esaustivo la volontà dell'impresa ausiliaria di impegnarsi, la natura dell'impegno assunto per tutta la durata dell'appalto e la concreta ed effettiva disponibilità di porre a disposizione della concorrente i requisiti considerati (cfr. **Cons. Stato, sez. IV, 9 febbraio 2015, n. 662**).

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso iscritto in appello al numero di registro generale 6584 del 2016, proposto da:  
Gianni Rotice s.r.l. a socio unico, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Arturo Cancrini, Marco Galli e Francesco Vagnucci, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, piazza San Bernardo, n. 101;

contro

Comune di San Giovanni Rotondo, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Giovanni Fiorentino, con domicilio eletto presso lo studio legale Patrizia

Titone in Roma, via Tommaso Campanella, n. 11;

nei confronti di

Foredil di Gemma Vincenzo, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Saverio Profeta, con domicilio eletto presso lo studio legale Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, n. 2;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. PUGLIA - BARI, SEZIONE I, n. 990/2016, resa tra le parti, concernente l'affidamento dei lavori di realizzazione dei collettori principali della fogna bianca a servizio del Comune di San Giovanni Rotondo - lotto 2, nonché risarcimento danni.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di San Giovanni Rotondo e di Foredil di Gemma Vincenzo;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 marzo 2017 il Cons. Valerio Perotti e uditi per le parti gli avvocati Francesco Vagnucci, Ugo L.S. De Luca, in sostituzione dell'avv. Fiorentino, e Marco Lancieri, in sostituzione dell'avv. Profeta;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. Con bando del 24 luglio 2015 il Comune di San Giovanni Rotondo indiceva una gara d'appalto per l'affidamento dei lavori di realizzazione dei collettori principali della fogna bianca a servizio del territorio urbano (2° lotto).

La società Gianni Rotice s.r.l. a socio unico partecipava alla relativa procedura aperta, classificandosi seconda, laddove in prima posizione si classificava la Ditta Foredil di Gemma Vincenzo, che si aggiudicava l'appalto.

2, La Gianni Rotice s.r.l. proponeva ricorso al Tribunale amministrativo della Puglia avverso il provvedimento di aggiudicazione definitiva, deducendone l'illegittimità in ragione della mancata esclusione dell'aggiudicataria per: 1) ritardo nel deposito del PASS dell'Operatore Economico (cd. PassOE), articolando al riguardo cinque *sub*-motivi di ricorso; 2) asserita modifica soggettiva della compagine del soggetto aggiudicatario in corso di gara; 3) incompletezza del contratto di avvalimento; 4) omessa produzione dell'attestazione di "presa visione" da parte dell'impresa ausiliaria; 5) erronea valutazione dell'offerta tecnica da parte della Commissione di gara.

Con sentenza breve del 27 luglio 2016, n. 990 il Tribunale amministrativo della Puglia rigettava il ricorso, giudicandolo infondato nel merito.

3. Avverso tale decisione la società Gianni Rotice s.r.l. interponeva appello, articolato in cinque motivi di gravame: 1) assenza del PassOE dell'impresa ausiliaria e ritardo nella presentazione; incertezza assoluta sulla provenienza dell'offerta; violazione e falsa applicazione degli articoli 3, 41 e 97 Cost., nonché 46 e 6-bis d.lgs 12 aprile 2006, n. 163 (*Codice dei contratti pubblici*); 2) incompletezza del contratto di avvalimento; motivazione erronea e contraddittoria; violazione e falsa applicazione dell'articolo 49, p.to III lett. d) del d.lgs 163 del 2006; 3) assenza dell'attestazione per presa visione per l'impresa ausiliaria; violazione e falsa applicazione dell'articolo 49 d.lgs 163 del 2006, dell'articolo 106, comma 2 d.p.r. 5 ottobre 2010, n. 107, nonché del p.to 9 del disciplinare di gara; 4) motivi tecnici attinenti al progetto; violazione e falsa applicazione del Regolamento regionale 9 dicembre 2013, n. 26 (recante "*Disciplina delle acque meteoriche di dilavamento e di prima pioggia*"), nonché del p.to "*C- offerta tecnica*" del disciplinare di gara; 5) domande ed eccezioni assorbite: mancata registrazione al servizio AVCPass al momento della presentazione della domanda e tardivo ricorso al soccorso istruttorio.

Hanno resistito al gravame il Comune di San Giovanni Rotondo e Foredil di Gemma Vincenzo, che ne hanno chiesto il rigetto.

## DIRITTO

Con il primo motivo d'appello la società Gianni Rotice s.r.l. ripropone, sostanzialmente, la censura già dedotta avanti al giudice di prime cure circa l'iniziale assenza del PassOE dell'aggiudicataria e la sua successiva produzione tardiva (ossia, con due giorni di ritardo rispetto al termine indicato dall'Amministrazione per l'incombente).

Sul punto, la sentenza impugnata aveva così motivato: "*Considerato che il ritardo dell'aggiudicataria nel deposito del PASS dell'Operatore Economico (PassOE) si è verificato per cause imputabili alla Stazione appaltante, in ragione delle errate impostazioni operate dal Comune di San Giovanni Rotondo nel sistema AVCPass, che non consentivano di ottenere il PASSOE come operatore singolo partecipante alla procedura mediante avvalimento;*

*Considerato che tale allegazione defensionale della controinteressata non è stata*

*specificamente contestata dalla ricorrente;*

*Considerato che, in conseguenza di tanto, la produzione del PassOE rilasciato al concorrente in forma di Raggruppamento Temporaneo di Imprese (R.T.I.) con l'impresa ausiliaria (invece che come operatore singolo partecipante mediante avvalimento dell'impresa Interscavi Sassano S.r.l.) è stata la sola opzione informatica a disposizione dell'aggiudicataria al fine di ottemperare agli oneri di documentazione previsti dal disciplinare di gara;*

*Considerato che, in tal modo, è stato comunque consentito alla Stazione appaltante di poter verificare in concreto i requisiti di entrambe le imprese, raggiungendo i risultati di documentazione di stati e fatti rilevanti previsti dalla lex specialis di gara ai fini di corretta partecipazione alla medesima;*

*Considerato che appare, pertanto, corretto l'operato del Comune di San Giovanni Rotondo, laddove ha rimesso in termini il concorrente per l'integrazione documentale richiesta;*

*Considerato, peraltro, che l'aggiudicataria ha depositato il PassOE il giorno stesso in cui è riuscita ad ottenerlo con le modalità per esso tecnicamente previste ...".*

Al riguardo, si reputa infondato il presupposto, su cui l'appellante ha fondato la censura, secondo cui la mancata presentazione del PassOE di per sé costituirebbe causa di esclusione dell'aggiudicataria.

La questione va risolta tenendo conto sia della natura di tale atto, sia del principio generale di tassatività delle cause di esclusione dalle gare (ex articolo 46, comma 1-bis del d.lgs 163/06, applicabile *ratione temporis*).

Sotto il primo profilo, il cd. PassOE altro non è che uno strumento (elettronico) attraverso cui l'operatore economico può essere verificato per mezzo del sistema ACVPass con il quale la stazione appaltante assolve all'obbligo di provvedere direttamente, presso gli enti certificanti convenzionati con l'ANAC, all'acquisizione dei documenti necessari alla verifica dei requisiti autodichiarati dai concorrenti in sede di gara.

In breve, attraverso un'interfaccia web e la cooperazione applicativa dei vari enti certificanti, l'amministrazione può accedere in formato elettronico ai documenti posti a comprova delle dichiarazioni del concorrente.

Sotto il secondo profilo, va chiarito che né il Codice dei **contratti** (articolo 6-bis), né la *lex specialis* di gara indicano il possesso del PassOE quale requisito di partecipazione previsto a pena di esclusione dalla procedura concorsuale; neppure può ritenersi, sotto il profilo operativo e funzionale, che lo stesso si configuri come elemento essenziale, incidente sulla *par condicio* dei concorrenti.

Per l'effetto deve concludersi che, nel caso di specie, la mancata produzione del PassOE in sede di gara integri una mera carenza documentale e non anche un'ipotesi di irregolarità essenziale: il PassOE non solo non costituisce quindi causa di esclusione del concorrente

dalla procedura, ma può essere prodotto in un momento successivo a seguito di “soccorso istruttorio” – regolarizzando così la documentazione – senza che da ciò derivi, tra l’altro, la necessità per la stazione appaltante di applicare alcuna sanzione pecuniaria.

A tal punto si pone l’ulteriore questione, circa la tassatività (anche qui, a pena di esclusione) del termine assegnato dalla stazione appaltante alla ditta partecipante alla gara per depositare il PassOE. Nel caso di specie, infatti, il deposito sarebbe avvenuto con due giorni di ritardo rispetto al termine prefissato, con la conseguenza di determinare comunque l’esclusione dell’interessata.

La tesi di parte appellante, nei termini aprioristici in cui viene posta, non è condivisibile.

Invero, la decadenza dalla produzione integrativa di documenti a seguito di soccorso istruttorio ha evidentemente natura sanzionatoria, essendo volta ad escludere dalla gara quei soggetti che – nonostante l’intervento integrativo della stazione appaltante al fine di assicurare al massimo grado possibile la partecipazione alla gara – abbiano alla fine dimostrato, con il proprio comportamento passivo, di non avere un reale interesse alla suddetta partecipazione (o, comunque, di non essere pienamente affidabile); per contro, laddove il mancato rispetto del termine inizialmente fissato dall’Amministrazione derivi da causa non imputabile all’interessato, che anzi abbia tempestivamente tentato di adeguarsi – compatibilmente con le circostanze del caso concreto – a quanto disposto con soccorso istruttorio, non potrà farsi luogo alla suddetta sanzione, per difetto dei presupposti (ossia, di una avversa volontà sanzionabile).

Nel caso di specie l’aggiudicataria Foredil ha ben chiarito che il ritardo nella produzione del PassOE era dovuta esclusivamente alle errate impostazioni che la stazione appaltante aveva operato sul portale ANAC a ciò dedicato. Ciò alla fine portava Foredil, per superare la situazione di “stallo informatico” venutosi a creare, a tentare la soluzione “empirica” di utilizzare per l’avvalimento (seppur impropriamente, trattandosi di due istituti completamente diversi) il modello di dichiarazione previsto per i RTI.

Una volta ottenuto in tal modo un PassOE per sé e per la ditta ausiliaria, il deposito avveniva nella medesima giornata.

La stessa sopravvenuta attestazione ANAC n. 119267 dell’8 agosto 2016 dà atto del fatto che *“nel caso, come quello in ispecie, la Stazione Appaltante non abbia indicato nell’assumere il CIG i requisiti avallabili e pertanto il sistema AVCPass rimandi un messaggio di inesistenza dei requisiti avallabili e qualora la Stazione appaltante non rettifichi le informazioni associate alla gara, l’operatore economico è impossibilitato a produrre un PassOE correttamente configurato con l’indicazione dell’avvalimento”*: detta nota chiarisce in definitiva che la soluzione pratica adottata da Foredil era in concreto l’unica applicabile per superare l’ostacolo generato dal sistema e che dunque, nel caso concreto, doveva ritenersi ammissibile.

Risulta infatti dagli atti che il Comune di San Giovanni Rotondo non aveva attivato, per errore, sul portale AVCPass dell’ANAC l’opzione che consente di partecipare alla gara mediante avvalimento, circostanza che rendeva tecnicamente impossibile a Foredil di ottenere il PassOE

per sé e per l'impresa ausiliaria.

Il termine fissato dalla stazione appaltante, dunque, non avrebbe mai potuto essere rispettato, a voler effettuare l'accredito nel modo corretto (ossia, indicando in un avvalimento il rapporto tra Foredil e la sua ausiliaria).

Ai fini istruttori, Foredil risulta aver depositato agli atti di causa diversi *screenshot* della procedura telematica dai quali emerge documentalmente che non era possibile generare il PassOE per i concorrenti che facessero ricorso all'avvalimento; sono stati inoltre depositati ulteriori *screenshot* attestanti i numerosi tentativi (ripetuti nel tempo) di ottenere il predetto PassOE, tutti conclusi negativamente.

Al riguardo, la sentenza impugnata ha rilevato che *“in conseguenza di tanto, la produzione del PassOE rilasciato al concorrente in forma di Raggruppamento Temporaneo di Imprese (R.T.I.) con l'impresa ausiliaria (invece che come operatore singolo partecipante mediante avvalimento dell'impresa Interscavi Sassano S.r.l.) è stata la sola opzione informatica a disposizione dell'aggiudicataria al fine di ottemperare agli oneri di documentazione previsti dal disciplinare di gara;*

*Considerato che, in tal modo, è stato comunque consentito alla Stazione appaltante di poter verificare in concreto i requisiti di entrambe le imprese, raggiungendo i risultati di documentazione di stati e fatti rilevanti previsti dalla lex specialis di gara ai fini di corretta partecipazione alla medesima ...”.*

Giova altresì ricordare, come già evidenziato dalla sentenza, che nel precedente grado di giudizio l'allegazione defensionale circa le ragioni che avevano determinato il ritardo nel deposito del PassOE non era stata fatta oggetto di specifica contestazione ad opera della ricorrente.

Il motivo di appello è dunque infondato.

Con separato motivo *sub 1-e)*, inoltre, l'appellante deduce inoltre che la stazione appellante non avrebbe verificato il possesso dei requisiti in capo all'aggiudicataria, in quanto di tale verifica non vi sarebbe menzione nei verbali di gara.

La censura non è fondata.

Non vi è infatti alcuna norma di legge – applicabile *ratione temporis* alla vicenda controversa – che imponga di verbalizzare le operazioni di verifica dei requisiti (tanto più quando, come nel caso di specie, tale verifica abbia avuto esito positivo).

Del resto nel provvedimento di aggiudicazione definitiva impugnato da Gianni Rotice s.r.l. viene invece dato atto che l'amministrazione aveva provveduto a verificare la sussistenza dei presupposti in capo all'aggiudicataria, mediante la verifica del PassOE da questa prodotto.

Va comunque rilevato come l'eccezione, puramente formalistica, nulla in realtà dica circa

l'eventuale carenza, in sede all'aggiudicataria, di reali e concreti requisiti di partecipazione o di specifiche capacità.

Il rilievo va pertanto respinto, giacché infondato.

Con secondo motivo di gravame, Gianni Rotice s.r.l. deduce l'incompletezza del contratto di avvalimento: *"il disciplinare di gara prevedeva che in caso di avvalimento, vi dovessero essere delle dichiarazioni sottoscritte dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltata a mettere a disposizione le risorse necessarie di cui è carente il concorrente medesimo, quindi le attrezzature. Indicando per ciascuna il valore economico attribuito: l'importo complessivo di tale valore deve essere pari all'importo di qualificazione SOA delle ausiliarie di cui il concorrente si avvale. Nel caso di specie mancano siffatte dichiarazioni dell'impresa ausiliaria"*.

Sul punto, la sentenza impugnata così motiva: *"dal contratto di avvalimento presentato dalla controinteressata emerge un contenuto assai dettagliato dell'oggetto dello stesso e delle attrezzature, nonché del personale messo a disposizione, di talché non pare rilevante l'omessa menzione del "valore" delle attrezzature;*

*Considerato altresì che, ad ogni modo, tale mancanza non avrebbe potuto comportare l'esclusione dell'aggiudicataria dalla gara ..."*.

A fronte di ciò, parte appellante si limita a dedurre, in modo generico, che *"le previsioni del disciplinare di gara affermano esattamente il contrario di quanto statuito dal Giudice di prime cure"*.

Il motivo di appello non è fondato.

Ad avviso di parte appellante, l'incompletezza del contratto di avvalimento risiederebbe nel fatto che l'ausiliaria non avrebbe specificamente dichiarato, oltre ai singoli mezzi prestati, anche il *valore* delle attrezzature messe a disposizione di Foredil.

Si richiama, in materia, il precedente di Cons. Stato, IV, 3 maggio 2014, n. 2365: *"Le parti principale e ausiliaria devono impegnarsi a mettere a disposizione non il solo requisito soggettivo "quale mero valore astratto", ma è necessario, come ha già avuto afferma la giurisprudenza, che risulti con chiarezza che l'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, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti)" (Cons. Stato, VI, 13 giugno 2013, n. 7755; Cons. Stato, III, 18 aprile 2011, n. 2344). E inoltre, con riferimento al contratto di avvalimento, l'esigenza di una puntuale individuazione del suo oggetto, "oltre ad avere un sicuro ancoraggio sul terreno civilistico, nella generale previsione codicistica che configura quale causa di nullità di ogni contratto l'indeterminatezza (ed indeterminabilità) del relativo oggetto, trova la propria essenziale giustificazione funzionale, inscindibilmente connessa alle procedure contrattuali del settore pubblico, nella necessità di non permettere - fin troppo - agevoli aggiramenti del sistema dei requisiti di ingresso alle gare pubbliche (requisiti pur solennemente prescritti e, di solito, attentamente verificati nei confronti*

*dei concorrenti che se ne dichiarino titolari in proprio)" [...]*

*L'art. 88, comma 1, lett. a), del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante "Codice dei **contratti** pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE") ha recepito, a livello normativo, questi principi, stabilendo che il contratto di avvalimento deve riportare "in modo compiuto, esplicito ed esauriente (...) le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico".*

*L'esigenza di determinazione dell'oggetto del contratto di avvalimento esiste anche con riferimento alla dichiarazione unilaterale in quanto "nell'istituto dell'avvalimento l'impresa ausiliaria non è semplicemente un soggetto terzo rispetto alla gara, dovendosi essa impegnare non soltanto verso l'impresa concorrente ausiliata ma anche verso la stazione appaltante a mettere a disposizione del concorrente le risorse di cui questi sia carente, sicché l'ausiliario è tenuto a riprodurre il contenuto del contratto di avvalimento in una dichiarazione resa nei confronti della stazione appaltante" (Cons. Stato, VI, 13 maggio 2010, n. 2956). Infatti occorre soddisfare "esigenze di certezza dell'amministrazione", essendo la dichiarazione dell'impresa ausiliaria "volta a soddisfare l'interesse della stazione appaltante ad evitare, dopo l'aggiudicazione, l'insorgere di contestazioni sugli obblighi dell'ausiliario" (Cons. Stato, VI, n. 2956 del 2010, cit.)".*

Risulta dagli atti di causa che – conformemente al principio giurisprudenziale enunciato – l'impresa ausiliaria nel contratto di avvalimento non si è limitata ad indicare genericamente i mezzi (ed il personale) messi a disposizione dell'aggiudicataria, descrivendone nel dettaglio le tipologie ed altresì indicando i nominativi specifici degli incaricati ed addetti.

Sotto il profilo funzionale, dunque, la mancata formalizzazione anche del valore dei beni non precludeva a priori alla stazione appaltante una verifica degli specifici obblighi dell'ausiliaria, né più in generale della rispondenza dell'offerta alle condizioni di gara.

In ogni caso, come correttamente evidenziato dal giudice di prime cure, se anche si volesse ritenere incompleta l'indicazione contenuta nel contratto di avvalimento (alla luce di un'interpretazione rigorosa e letterale del *Disciplinare di gara*, pagina 17, p.to III lett. "D"), la stessa non comporterebbe comunque l'esclusione dell'aggiudicataria dalla gara, ipotizzabile solo in caso di dichiarazioni mendaci – come previsto nel *Disciplinare* medesimo – oppure di nullità del contratto di avvalimento per indeterminatezza dell'oggetto.

Eventualità che però neppure vengono contestate, nel caso di specie.

Con il terzo motivo di appello si eccepisce l'assenza dell'attestazione di presa visione per l'impresa ausiliaria.

In particolare, deducendo che l'articolo 9 del *Disciplinare di gara* prevedeva, a pena di esclusione, l'obbligo per le imprese di inserire l'attestazione di presa visione degli elaborati tecnici nella documentazione richiesta per la partecipazione alla gara, l'appellante rileva come tale obbligo sia stato assolto solo dall'aggiudicataria e non anche dall'ausiliaria, a suo avviso

parimenti tenuta in tal senso.

Anche tale motivo non è fondato.

La sentenza impugnata, sul punto, aveva chiaramente evidenziato che *“la lex specialis di gara non prevedeva il deposito dell’attestazione di “presa visione” da parte dell’ausiliaria Interscavi Sassano S.r.l., bensì unicamente la documentazione indicata tassativamente nel disciplinare di gara al punto III, lettere da a) ad h)”*, conseguentemente respingendo l’eccezione di Alfredo Grassi s.r.l.

La conclusione del giudice di prime cure è del tutto condivisibile, in quanto coerente con le previsioni della *lex specialis* di gara. Del resto, non sarebbe neppure chiara la ragione di un tale onere in capo all’ausiliaria, che è del tutto estranea rispetto sia alla procedura di affidamento che alla fase esecutiva del contratto conseguente all’aggiudicazione della gara (cfr. articolo 49, comma 10 d.lgs 163 del 2006).

Con il quarto motivo di gravame Gianni Rotice s.r.l. deduce un’articolata serie di presunte irregolarità tecniche dell’offerta di Foredil.

Al riguardo, la sentenza di primo grado aveva evidenziato che *“la Commissione di gara gode di ampia discrezionalità tecnica nell’attribuzione dei punteggi per l’individuazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa, purché la stessa sia in linea con i criteri predefiniti nella più volte menzionata lex specialis di gara; [...] la discrezionalità tecnica della Stazione appaltante può essere sindacata dal Giudice Amministrativo solo nelle ipotesi di macroscopica illogicità, irragionevolezza, inadeguatezza dell’istruttoria o travisamento del dato fattuale, e che tali circostanze non si rilevano nel caso di specie”*, respingendo l’analogo motivo di ricorso.

Parte appellante sostiene che il gravame, in realtà, non atterrebbe aspetti di carattere tecnico, bensì vizi di legittimità per contrasto – in particolare – con la normativa reginale di settore, di talché si uscirebbe dal perimetro di insindacabilità tracciato dal giudice di prime cure per rientrare nell’ambito della piena cognizione di legittimità del Giudice amministrativo.

L’argomento non è persuasivo. E’ infatti la stessa appellante a chiarire, sin dalle prime parole (pagina 14 atto d’appello), che *“i motivi seguenti attengono agli aspetti tecnico-ingegneristici del progetto presentato dall’aggiudicataria ...”*, dando con ciò atto del contesto nel quale dovrebbe muoversi il sindacato del giudice adito; contesto che, come correttamente rilevato nell’impugnata sentenza, attiene la sfera della discrezionalità tecnica della stazione appaltante, allorché viene chiamata a valutare l’offerta economicamente più vantaggiosa. Ciò trova ulteriore conferma nel contenuto (eminentemente tecnico) della perizia depositata dall’appellante a specifico sostegno delle censure formulate nel quarto motivo di appello.

Circa il quinto motivo di gravame, va innanzitutto rilevata l’inammissibilità, per genericità, del primo *sub*-motivo (già motivo di ricorso n. 1/c), atteso che, da un lato, non viene formulata nessuna specifica censura della sentenza impugnata, né viene eccepita la violazione di una qualche norma di diritto ad opera dell’Amministrazione o dell’aggiudicataria; invero, più che uno specifico argomento di gravame, sembra trattarsi di una mera istanza istruttoria (parte

appellante conclude, infatti, chiedendo “*di ordinare l’esibizione della documentazione utile a verificare tale aspetto (registrazione della Foredil e della Interscavi Sassano presso l’ANAC per il sistema PassOE; ciò con riferimento sia al momento della presentazione della domanda che al momento della scadenza del bando)*”).

Per quanto invece riguarda l’ulteriore profilo di censura, già motivo di ricorso n. 1/d in primo grado, parte appellante sostiene che il soccorso istruttorio relativo alla mancata presentazione del PassOE – di cui al primo motivo di appello (cfr. *retro*) – sarebbe comunque illegittimo, per tardività: “*Sulla base del quadro normativo in vigore al tempo della procedura, deve ritenersi che il c.d. soccorso istruttorio riguarda la sola fase della verifica delle dichiarazioni relative al possesso dei requisiti per l’ammissione alla gara, ma non anche la fase del controllo dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa. Infatti una cosa è verificare le dichiarazioni relative ai requisiti necessari per l’ammissione alla gara, altra cosa è verificare che i requisiti dichiarati sussistono*”.

Parte appellante riporta alcuni estratti (senza citarla) di una decisione del Tribunale amministrativo del Lazio, II, 22 marzo 2016, n. 3580, relativa però ad un contesto del tutto diverso: in quel caso infatti la stazione appaltante aveva chiesto ad alcune ditte partecipanti ad una gara d’appalto di comprovare – ai sensi dell’articolo 48 d.lgs 163 del 2006 – entro dieci giorni dalla data della richiesta, il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria nonché tecnico-organizzativa richiesti nel bando di gara, presentando la documentazione indicata nel medesimo bando o nella lettera d’invito.

In tale circostanza, a fronte della mancata produzione, da parte di un’impresa, di tutto quanto richiestole nel termine perentorio di dieci giorni, nonostante l’interessata avesse precisato che la documentazione mancante avrebbe potuto essere resa disponibile in un momento successivo (nella specie, si trattava di un certificato di conformità redatto secondo i dettami previsti dal Ministero della Difesa – Direzione Generale degli Armamenti Aeronautici, che sarebbe stato emesso solo in occasione del rilascio del prodotto dopo l’esecuzione delle operazioni di manutenzione pianificate), la stazione appaltante aveva escluso di poter accordare, in tale occasione, una qualche forma di “soccorso istruttorio” concedendo la dilazione richiesta, ed aveva conseguentemente escluso dalla gara la ditta in questione.

Nel caso oggetto del presente appello, invece, non si era in presenza della mancata produzione di documenti o certificazioni di gara da parte dell’aggiudicataria Foredil (che, anzi, risulterebbe aver prodotto tempestivamente, sin dall’inizio, tutta la documentazione richiesta ai fini della partecipazione), ma solo l’impossibilità di allegare (per causa a lei non imputabile) la chiave di accesso telematica alla suddetta documentazione (il PassOE, appunto).

La fattispecie oggetto del presente giudizio è dunque inconferente rispetto ai presupposti della vicenda in cui si colloca il principio genericamente richiamato da parte appellante, la cui eccezione andrà dunque respinta.

In conclusione, l’appello deve ritenersi infondato, con conseguente rigetto anche delle domande risarcitorie avanzate.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante Gianni Rotice s.r.l. al pagamento delle spese di lite del presente grado di giudizio in favore del Comune di San Giovanni Rotondo e della Foredil di Gemma Vincenzo, che liquida in euro 3.500,00 (tremilacinquecento/00) ciascuno, oltre Iva ed accessori di legge.

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