

Sostituzione dell'ausiliaria prima della stipulazione del contratto: un confronto tra vecchio e nuovo codice dei contratti pubblici

di Luca Giaconi

Data di pubblicazione: 5-7-2016

1. La validità e l'efficacia del subappalto postula, quali condizioni indefettibili, unicamente che il concorrente in possesso dei requisiti principali abbia indicato nella fase dell'offerta le lavorazioni che intende subappaltare e che abbia, poi, trasmesso alla stazione appaltante il contratto di subappalto almeno venti giorni prima dell'inizio dei lavori subappaltati.(1)

2. Non può essere ritenuto il difetto dei requisiti tecnico per avvalimento ex art. 49 del d.lgs. n. 163/2006 nel caso di mera indicazione di subappalto. Il subappalto è un istituto che attiene alla fase di esecuzione dell'appalto (e che rileva nella gara solo negli stretti limiti della necessaria indicazione delle lavorazioni che ne formeranno oggetto), di talché il suo mancato funzionamento (per qualsivoglia ragione) dev'essere trattato alla stregua di un inadempimento contrattuale, con tutte le conseguenze che ad esso ricollega il codice.(2)

(1) Conforme Consiglio di Stato Adunanza Plenaria, 2 novembre 2015 n. 9

(2) Conforme Consiglio di Stato, Sez. V, 12 giugno 2009, n. 3791;

Guida alla lettura

La sentenza sopra riportata, tra gli altri, affronta il tema del rapporto tra avvalimento e subappalto.

L'avvalimento trova disciplina nell'art. 49 del d.lgs. n. 163/2006 (oggi art. 89 del d.lgs. n. 50/2016), il quale stabilisce che *“l'operatore economico, singolo o in raggruppamento di cui all'articolo 45, per un determinato appalto, può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'articolo 83, comma 1, lettere b) e c), necessari per partecipare ad una procedura di gara, e, in ogni caso, con esclusione dei requisiti di cui all'articolo 80, nonché il possesso dei requisiti di*

qualificazione di cui all'articolo 84, avvalendosi delle capacità di altri soggetti, anche di partecipanti al raggruppamento, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. Per quanto riguarda i criteri relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali di cui all'allegato XVII, parte II, lettera f), o alle esperienze professionali pertinenti, gli operatori economici possono tuttavia avvalersi delle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste. L'operatore economico che vuole avvalersi delle capacità di altri soggetti allega, oltre all'eventuale attestazione SOA dell'impresa ausiliaria, una dichiarazione sottoscritta dalla stessa attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'articolo 80, nonché il possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento. L'operatore economico dimostra alla stazione appaltante che disporrà dei mezzi necessari mediante presentazione di una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente". Diversa fattispecie è caratterizzata dal subappalto, disciplinato dall'art. 118 del d.lgs. n. 163/2006 (ed oggi dall'art. 105 del d.lgs. n. 50/2016), il quale non costituisce una integrazione dei requisiti tecnici dell'impresa concorrente, caratterizzandosi come mera indicazione dell'intenzione di subappaltare una parte dei lavori e, dunque, quale vicenda successiva al perfezionamento del contratto.

Il Collegio rileva che **la dichiarazione dell'impresa concorrente atta a indicare l'impresa alla quale intende subappaltare i lavori, non può essere intesa quale ricorso all'avvalimento**, di talché non occorrono i presupposti disciplinati dalla richiamata norma per questo istituto.

Chiarisce il Collegio che, seguendo l'insegnamento di Ad. Plen. n. 9 del 2015, la validità e l'efficacia del subappalto postula, quali condizioni indefettibili, unicamente che il concorrente in possesso dei requisiti principali abbia indicato nella fase dell'offerta le lavorazioni che intende subappaltare e che abbia, poi, trasmesso alla stazione appaltante il contratto di subappalto almeno venti giorni prima dell'inizio dei lavori subappaltati. **Il subappalto è, pertanto, un istituto che attiene alla fase di esecuzione dell'appalto** (e che rileva nella gara solo negli stretti limiti della necessaria indicazione delle lavorazioni che ne formeranno oggetto), di talché il suo mancato funzionamento (per qualsivoglia ragione) dev'essere trattato alla stregua di un inadempimento contrattuale, con tutte le conseguenze che ad esso ricollega il codice.

Infatti, mentre nell'istituto dell'avvalimento il concorrente che abbia dichiarato di volersi avvalere delle risorse di una impresa ausiliaria, deve avere una disponibilità immediata delle stesse, senza che necessiti nessuna intermediazione dell'impresa della quale si avvale, nel subappalto, quale momento della fase esecutiva dell'appalto, non occorrono gli adempimenti previsti dall'art. 49 del Codice (oggi art. 89 del d.lgs. n. 50/2016). Di talché, il provvedimento di aggiudicazione non può essere ritenuto illegittimo per difetto dei requisiti dell'avvalimento, se l'impresa concorrente abbia inteso solamente formulare l'intento di subappaltare parte delle lavorazioni.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio**(Sezione Terza Quater)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3432 del 2016, integrato da impugnative incidentali, proposto da:

Autofficina Pontina s.r.l., in persona del legale rapp.te p.t., rappresentata e difesa dagli avv. Giuseppe Squillaci e Stefano Scocchera, con domicilio eletto presso il loro studio in Roma, viale Giulio Cesare, 78

contro

- Azienda Regionale Emergenza Sanitaria - Ares 118, in persona del legale rapp.te p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Paolo Borioni, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Luigi Ceci, 21;
- Autofficina Pomponi Service s.r.l., in persona del legale rapp.te p.t., rappresentata e difesa dagli avv. Francesco Cardarelli, Fernando Petrivelli e Diego Campugiani, con domicilio eletto presso il primo in Roma, via Giovanni Pierluigi da Palestrina, 47;

per l'annullamento

- della comunicazione ex art.79, comma 5, lett. a), del d.lgs. n. 163/06 del 10 febbraio 2016 prot. n. 0002796/2016, di aggiudicazione definitiva alla società Autofficina Pomponi Service s.r.l., per i lotti 1 e 2, della gara avente ad oggetto "servizio di manutenzione ordinaria e straordinaria delle ambulanze e degli automezzi del soccorso sanitario adibiti al soccorso sanitario in dotazione alle Centrali Operative Provinciali del Lazio – riparazione e revisione meccanica e motoristica, carrozzeria, elettrauto, gommista e degli allestimenti sanitari a bordo";
- della deliberazione dell'ARES 118 n. 35 del 10 febbraio 2016 con cui è stata disposta tale aggiudicazione definitiva e della relativa proposta di aggiudicazione;
- di tutti i verbali di gara relativi alle sedute pubbliche e riservate e, segnatamente, dei verbali del 28 ottobre 2015, del 5 novembre 2015 e del 14 gennaio 2016 nella parte in cui la

Commissione non ha escluso dalla procedura la società odierna aggiudicataria per carenza dei requisiti di partecipazione e ha dichiarato aggiudicataria, prima provvisoria e poi definitiva, l'Autofficina Pomponi Service s.r.l.;

- dei verbali di gara e delle note con i quali la Commissione ha disposto la verifica ai sensi dell'art. 48 d.lgs. n. 163/2006 sull'attuale aggiudicatario, omettendo di rilevare la carenze e/o la mancata prova dei prescritti requisiti di partecipazione;

- dei chiarimenti resi dall'ARES (in particolare dei chiarimenti del 23 ottobre 2015) ove illegittimamente interpretati dalla Commissione di gara nel senso di modificare *ex post* il bando di gara;

- dei verbali di gara, dei procedimenti relativi al procedimento di verifica dell'anomalia e/o di congruità dell'offerta economica dell'aggiudicataria, del provvedimento con cui la Commissione di gara ha ritenuto congrue le giustificazioni fornite dal concorrente, della nota prot. n. 001038/2016 del 18 gennaio 2016 con cui l'Azienda ha richiesto all'aggiudicataria un approfondimento nonché dei successivi provvedimenti in cui la Commissione ha preso atto delle ulteriori giustificazioni;

nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente *medio tempore* stipulato, con espressa richiesta di subentro ex art. 124 c.p.a. e per la condanna dell'Azienda ARES 118 alla tutela in forma specifica mediante l'adozione del provvedimento di aggiudicazione a favore dell'Autofficina Pontina s.r.l. ricorrente e, in via subordinata, al risarcimento del danno per equivalente;

e con ricorso incidentale dell'Autofficina Pomponi Service s.r.l., per l'annullamento

- della deliberazione n. 35 del 10 febbraio 2016 del dirigente UOC Provveditorato, ABS Attrezzature, Economato dell'ARES 118, nella parte in cui, pur aggiudicando alla Autofficina Pomponi Service s.r.l. la gara in questione, non ha provveduto ad escludere dalla stessa l'Autofficina Pontina s.r.l.;

- di tutti i verbali di gara, con particolare riguardo al verbale n. 2 del 5 novembre 2015 e al verbale n. 3 del 14 gennaio 2016;

- del par. III.2.2 del bando ove interpretato nel senso di precludere la partecipazione alla procedura di gara alle imprese che non abbiano maturato nel triennio (2012-2014) un fatturato specifico per le attività di autoriparazione meccanica e motoristica, carrozzeria, elettrauto, gommista e costruzione, riparazione ed allestimenti prestate con esclusivo riferimento ad autobus e ad autoveicoli per attività sanitaria, in quanto irragionevolmente restrittivo del novero dei potenziali partecipanti;

- del par. III.2.3 del bando ove interpretato nei termini descritti dalla Pontina s.r.l.;

e con ricorso incidentale dell'Autofficina Pontina s.r.l. sul ricorso incidentale dell'Autofficina Pomponi Service s.r.l.,

- dell'art. 9 del disciplinare di gara laddove la soglia di sbarramento venisse interpretata nel senso che il conseguimento di un punteggio pari a 21 non fosse sufficiente per accedere alla fase di valutazione dell'offerta economica;

- del provvedimento di aggiudicazione definitiva e dei verbali di gara nella parte in cui la Commissione di gara, nell'attribuire il punteggio di qualità, non ha applicato la formula di cui all'art. 9 del disciplinare di gara;

- dell'art. 8 del disciplinare di gara ove interpretato nel senso di prevedere "a penda di esclusione" l'indicazione dei listini di produttori o delle marche, nonostante sia il Disciplinare che il Capitolato di gara non abbiano previsto siffatta prescrizione, ma anzi abbiano chiarito che l'offerta doveva essere formulata tenendo presente "tutti i listini in vigore alla data di presentazione dell'offerta prezzi al pubblico dei ricambi originali e dei consumabili della casa Madre costruttrice degli automezzi in dotazione presso le Centrali Operative ARES del lotto di riferimento".

Visti il ricorso principale, i ricorsi incidentali e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Regionale Emergenza Sanitaria - Ares 118 e dell'Autofficina Pomponi Service s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 giugno 2016 il dott. Alfredo Storto e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO

Col ricorso introduttivo di questo giudizio l'Autofficina Pontina s.r.l. (di seguito Pontina) impugna – in uno ai relativi atti della gara indicata in epigrafe per un valore stimato a base d'asta nei limiti di € 2.540.000 Iva esclusa – l'aggiudicazione definitiva all'Autofficina Pomponi Service s.r.l. (di seguito Pomponi) sia del lotto 1 (relativo al servizio per la Centrale operativa di Frosinone e Latina, per il quale avevano partecipato solo le imprese oggi contrapposte in giudizio, classificandosi la ricorrente in seconda posizione) sia del lotto 2 (relativo al servizio per la Centrale operativa di Rieti e Viterbo per il quale aveva partecipato anche l'RTI – Sellers, Autolook, Palenga, classificatosi in terza posizione alle spalle dell'odierna ricorrente).

Lamenta la Pontina:

1) la violazione dell'art. III.2.2. del bando di gara, del disciplinare e dei relativi allegati, degli artt. 41, 48 e 49 del d.lgs. n. 163/2006 per il mancato possesso e comunque per la mancata prova del requisito del fatturato specifico da parte della aggiudicataria che la *lex specialis* richiedeva "di contenuto identico" a quello oggetto del servizio posto a gara, tenuto conto che la Pomponi, invece, non vanta un fatturato specifico di almeno € 750.000 relativo all'attività di manutenzione e riparazione della ambulanze e degli autoveicoli adibiti per attività sanitaria, né tantomeno per interventi di riparazione sulla cellula sanitaria;

2) sempre con riguardo al mancato possesso del predetto requisito, l'illegittimità dell'aggiudicazione per non avere la Commissione tenuto conto della precedente decisione n. 2319/2014 assunta da questo Tar (e confermata dal Consiglio di Stato con sentenza n. 5507/2014) in un caso sovrapponibile a quello in esame, anche alla luce della maggiore specificità dell'odierno bando e del tenore confermativo di tale interpretazione ricavabile dal chiarimento n. 32 dell'Ares;

3) la violazione dell'art. III.2.3. del bando di gara e degli artt. 42, 48, 49 e 68 del d.lgs. n. 163/2006, per il mancato possesso e comunque per la mancata prova da parte dell'aggiudicataria dei requisiti di capacità tecnica richiesti come «requisiti minimi» con particolare riguardo alla disponibilità di un'officina autorizzata ad effettuare revisioni ai veicoli ex art. 80 d.lgs. n. 285/1992, alla indicazione del Responsabile Tecnico designato di ogni attività di autoriparazione oggetto dell'appalto e alla certificazione di abilitazione agli interventi degli allestimenti sanitari a bordo delle ambulanze e degli automezzi in questione;

4) la violazione dell'art. III.2.1. del bando di gara per la mancata iscrizione alla C.C.I.A.A. per un'attività congruente con l'oggetto dell'appalto, nonché dell'art. 39 del d.lgs. n. 163/2006 anche in combinato disposto col successivo art. 42.

Si è difesa in giudizio la Pomponi la quale ha dedotto l'infondatezza del ricorso principale ed ha a sua volta spiegato ricorso incidentale avverso gli atti di gara nella parte in cui non si è provveduto ad escludere *tout-court* dalla stessa la Pontina, lamentando:

1) violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost., dell'art. 83, comma 2, d.lgs. n. 163/2006 e dell'art. 9 del disciplinare di gara, sviamento e carenza di istruttoria, perplessità, in quanto la Pontina sarebbe stata illegittimamente ammessa alla successiva fase di gara pur avendo conseguito per entrambi i lotti il punteggio di 21 per la qualità dell'offerta tecnica laddove il bando esplicitamente richiedeva un punteggio sulla qualità «superiore a 21»;

2) violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost., dell'art. 46, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 163/2006 e dell'art. 8, par. 12, del disciplinare di gara, sviamento e carenza di istruttoria, in quanto le offerte economiche presentate per entrambi i lotti non conterrebbero alcuna indicazione dei listini, delle marche e dei produttori ai quali applicare il dichiarato ribasso del 31% né tale carenza sarebbe sanabile col soccorso istruttorio.

Si è costituita anche l'Ares 118 che ha dedotto l'infondatezza del ricorso principale.

Si è a sua volta difesa la Pontina che ha articolato un proprio ricorso incidentale col quale ha

impugnato gli artt. 8 e 9 del disciplinare e i conseguenti atti di gara laddove interpretati nel senso prospettato dalla Pomponi nel proprio ricorso ex art. 42.

Tutte le parti hanno ulteriormente interloquito con produzioni documentali e memorie e, all'udienza odierna, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Viene all'esame un'impugnativa, integrata dalla proposizione di due ricorsi incidentali, relativa a due lotti di una medesima procedura di gara, entrambi aggiudicati alla Pomponi, con la particolarità che, per il primo lotto, hanno partecipato e sono risultate collocate in graduatoria soltanto le due imprese oggi contrapposte in giudizio, mentre per il secondo lotto risulta collocato in graduatoria, oltre alla Pontina (seconda classificata), anche l'RTI – Sellers, Autolook, Palenga (di seguito RTI), terzo classificato che non è stato evocato in giudizio.

1.1. La circostanza rileva ai fini dell'ordine di esame dei ricorsi dispiegati, tenuto conto che la Corte di Giustizia dell'Unione Europea è intervenuta più di una volta sul tema a suo tempo esaminato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza 7 aprile 2011, n. 4.

In particolare, con una prima decisione resa con riguardo al caso di una gara con due offerenti (c.d. sentenza Fastweb, 4 luglio 2013, n. 100), il Giudice europeo aveva statuito nel senso che, qualora per mezzo di un ricorso incidentale l'aggiudicatario di una procedura di assegnazione di un appalto deduca che l'offerta del ricorrente principale sarebbe stata da escludere dalla gara a causa del mancato rispetto delle specifiche tecniche prescritte dalla stazione appaltante, si da rendere inammissibile l'impugnazione (a sua volta incentrata sulla non conformità dell'offerta dell'aggiudicatario alle medesime specifiche tecniche) proposta dallo stesso, il diritto dei partecipanti a una gara a una tutela giurisdizionale effettiva delle rispettive ragioni esige che entrambe le domande siano esaminate nel merito da parte del giudice investito della controversia.

La CGUE veniva nuovamente investita della questione dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana per sapere se tale principio potesse essere esteso al caso in cui le imprese partecipanti alla procedura di gara, sebbene ammesse inizialmente in numero maggiore di due, fossero state tutte escluse dall'amministrazione aggiudicatrice senza che un ricorso fosse stato proposto dalle imprese diverse da quelle – nel numero di due – coinvolte nel giudizio *a quo*.

Con la sentenza della grande sezione 5 aprile 2016, n. 689, la Corte europea ha chiarito che, nel caso esaminato con la c.d. sentenza Fastweb, «ciascuno dei due offerenti ha interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto. Da un lato, infatti, l'esclusione di un offerente può far sì che l'altro ottenga l'appalto direttamente nell'ambito della stessa procedura. D'altro lato, nell'ipotesi di un'esclusione di entrambi gli offerenti e dell'indizione di una nuova procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, ciascuno degli offerenti potrebbe parteciparvi e, quindi, ottenere indirettamente l'appalto».

Ha quindi ritenuto estensibile tale principio anche al contesto oggetto del procedimento

principale, non soltanto per la sussistenza di un analogo interesse di ciascuna delle parti all'esclusione dall'offerta degli altri concorrenti, ma anche – con motivazione autosufficiente – perché «non è escluso che una delle irregolarità che giustificano l'esclusione tanto dell'offerta dell'aggiudicatario quanto di quella dell'offerente che contesta il provvedimento di aggiudicazione dell'amministrazione aggiudicatrice vizi parimenti le altre offerte presentate nell'ambito della gara d'appalto, circostanza che potrebbe comportare la necessità per tale amministrazione di avviare una nuova procedura».

Ciò che ha condotto l'evocata Corte sovranazionale a concludere, distillando sostanzialmente una più ampia nozione di giurisdizione connotata da alcuni indubbi elementi anche oggettivi, nel senso che «il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi, così come il numero di partecipanti che hanno presentato ricorsi e la divergenza dei motivi dai medesimi dedotti, sono privi di rilevanza ai fini dell'applicazione del principio giurisprudenziale che risulta dalla sentenza Fastweb».

1.2. Nulla osta dunque all'esame di entrambi i ricorsi contrapposti relativamente al lotto 1 (per il quale sono state peraltro formulate, da tutte le parti, difese analoghe a quelle spiegate relativamente al lotto 2).

1.3. Con riguardo al lotto 2, ancorché nel caso in esame il RTI si sia utilmente collocato al terzo posto e non sia stato quindi escluso come le concorrenti terze del procedimento principale da ultimo esaminato dalla CGUE, egualmente si può fare applicazione dei principi declinati da questa, tenuto conto che rimane senz'altro rilevante, ed anzi risulta rafforzata, la ragione individuata nell'interesse indiretto dei ricorrenti, collegato all'esigenza primaria di tutela della concorrenza e della ricerca del miglior offerente, a consentire la verifica della regolarità dell'intera procedura di gara.

1.3.1. Quanto alla conseguenza di siffatta interpretazione, paventata dalla Pomponi nei termini di una stravagante carenza di interesse a ricorrere in capo ad entrambe le imprese (cfr. la memoria depositata il 9 maggio 2016), occorre considerare in contrario che l'interesse di ciascuna delle parti presenti nel processo si giustifica *ex se* in relazione alla pretesa fondatezza della propria impugnativa, contrapposta all'allegata infondatezza di quella avversa, nel mentre il possibile effetto di esclusione di entrambe dalla procedura di gara, quale conseguenza dell'accoglimento di entrambi i ricorsi, costituisce una potenziale evenienza non incidente su tale assetto processuale. E ciò, in primo luogo per la ragione di "diritto oggettivo" declinata dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea e sopra richiamata e, inoltre, in ulteriore applicazione di tale principio, in quanto il ragionamento espresso in tale pronuncia costituisce un parametro col quale l'amministrazione si dovrà confrontare anche ai fini di una eventuale riedizione della gara, cui rimane collegato l'interesse dei ricorrenti.

1.3.2. Tale circostanza, peraltro, non toglie che l'ambito soggettivo del processo possa essere immediatamente limitato alle sole due imprese classificate ai primi due posti della graduatoria, in quanto ogni ulteriore effetto della pronuncia non potrà prodursi nella sfera giuridica del terzo quale conseguenza del giudicato (non avendo questo legittimamente partecipato ad un processo che non gli consentiva di far emergere alcun suo interesse attuale), ma potrà piuttosto risaltare attraverso la mediazione di un nuovo esercizio del potere discrezionale

amministrativo, avverso il quale rimangono esercitabili gli ordinari mezzi di difesa.

1.4. Da un quadro così rinnovato per effetto della progressione decisionale della CGUE, che ha nella sostanza disarticolato la logica della verifica pregiudiziale dell'interesse processualmente rilevante del ricorrente principale, deriva ancora la dequotazione del tradizionale tema, affrontato *ex professo* da Ad. Plen. n. 9/2014 proprio sulla rima di tale verifica, dell'inversione dell'ordine di esame del ricorso incidentale escludente e di quello principale, potendo in conseguenza essere ristabilito l'ordine prioritario di esame del ricorso principale non soltanto per il caso di una sua manifesta infondatezza, ma anche in tutte le ipotesi, come quella oggi in discussione, nelle quali risulti applicabile il principio di marca europea più sopra richiamato.

2. Va dunque esaminato il ricorso principale e, in particolare, possono essere trattati congiuntamente i primi due motivi di doglianza che costituiscono altrettanti aspetti di una medesima questione giuridica e fattuale.

2.1. Deduce la ricorrente che l'aggiudicataria non avrebbe il requisito di partecipazione che il punto III.2.2. del bando di gara indica nel possesso «di un fatturato specifico d'impresa relativo all'ultimo triennio (2012-2013-2014) distinto per anno, di contenuto identico a quello oggetto del servizio posto a gara (autoriparazione meccanica e motoristica, carrozzeria, elettrauto, gommista e costruzione riparazione ed allestimenti degli autoveicoli per attività sanitaria), con indicazione degli importi, date e destinatari, non inferiore a 750.000 euro Iva compresa». In particolare, osserva la Pontina che l'aggiudicataria avrebbe documentato (peraltro senza chiarire se per attività relative alla manutenzione di ambulanze e a interventi di riparazione della cellula sanitaria), per ciascuno degli anni considerati, cifre decisamente inferiori al livello minimo stabilito dal bando, per manutenzione di automezzi a favore della ASL RM G, della ASL RM A e della ASL RM D, trattandosi per il resto di attività di manutenzione e di riparazione di veicoli di uso comune e non sanitario.

In questo senso avrebbe concluso, relativamente ad altra sovrapponibile gara Ares, questa Sezione con la sentenza n. 2319/2014 confermata in appello dalla sentenza n. 5507/2014.

Il Collegio ritiene rilevante in proposito l'art. 1 del Capitolato Tecnico, che descrive partitamente le attività necessarie ad assicurare la funzionalità dei mezzi di soccorso e che costituiscono la prestazione principale del servizio nel seguente modo: - attività motoristica (comprendente gli interventi su sistemi di alimentazione del combustibile, interventi sul GPL – metano, gli interventi per la rettificazione dei motori, gli interventi sui radiatori, la sostituzione di marmitte e ganci traino); - attività di carrozzeria (che prevede la riparazione di carrozzerie attraverso opere di lattoneria e sostituzione lamierati e verniciatura, sostituzione o riparazione parabrezza e finestrini, trattamento antiruggine); - attività di elettrauto (che include la riparazione di impianti elettrici e di alimentazione autoveicoli); - attività di gommista (che consiste nella riparazione di impianti elettrici e di alimentazione autoveicoli); - attività di riparazione della c.d. cellula sanitaria a bordo ambulanza.

Ora, pur prendendo atto che la maggior parte dei veicoli in questione è costituita da ambulanze ovvero da automediche attrezzate con a bordo un allestimento per soccorso avanzato (dalla

tabella depositata dall'Ares 118 il 30 maggio 2016 risultano per la verità anche dei rimorchi, un motociclo, e degli autocarri per i quali la presenza di lampeggianti non può certo valere per dedurre l'assimilazione ad allestimenti di soccorso), la sintassi e la partizione del capitolato d'appalto inducono tuttavia a ritenere che, senza imporre quote di fatturato corrispondenti, il servizio messo a gara, cui riferire il fatturato specifico, riguardava ciascuna di tali attività senza tuttavia esaurire la propria portata soltanto ai veicoli adibiti al soccorso sanitario. Ciò che peraltro costituisce un logico precipitato del fatto che la gran parte delle attività esemplificate non si presenta peculiare per i veicoli sanitari e che, per tale ragione, era senz'altro consentito all'amministrazione l'ampliamento del bacino dei potenziali offerenti con contestuale implementazione degli effetti concorrenziali.

Tale conclusione è peraltro avallata dal chiarimento n. 12 reso il 23 ottobre 2015 dall'Ares la quale, compulsata sul se fosse possibile riferire il fatturato specifico, per la quota relativa alle tipologie diverse dall'attività di riparazione della c.d. cellula sanitaria a bordo ambulanza, agli autoveicoli, prescindendo dal fatto che essi fossero o meno adibiti al soccorso sanitario, ha risposto – con interlocuzione certamente non innovativa della *lex specialis* – che non solo era possibile, ma anzi necessario, in quanto «il fatturato specifico di contenuto identico si riferisce al servizio oggetto dell'appalto come da art. 1 del Capitolato tecnico, ma deve essere dimostrato per ogni attività di cui una riferita agli allestimenti sanitari».

Tali evenienze – che peraltro valgono a connotare in senso affatto peculiare la vicenda in esame rispetto a quella esaminata in precedenza dalla Sezione con la sentenza n. 2319/2014, nella quale i profili in parola non hanno trovato ingresso nel percorso logico-decisionale del Giudice – consentono dunque di respingere i primi due motivi rubricati in ricorso, anche tenuto conto del fatto che la Pomponi ha dimostrato la sussistenza del requisito relativo agli allestimenti sanitari anche attraverso la produzione in giudizio delle fatture riferite a tale aspetto del servizio.

2.2. Va del pari respinto il terzo motivo di ricorso laddove la Pontina deduce la violazione del punto III.2.3. del bando di gara nella parte in cui, in punto di capacità tecnica, dopo aver prescritto, tra i livelli minimi di capacità eventualmente richiesti, «almeno un'officina con sede operativa sul territorio del lotto per il quale si partecipa con l'indicazione del lotto, da dimostrare in base a legittimo titolo, planimetria e iscrizione alla CCIAA», prevede altresì «- officina/e autorizzata dalla Direzione Dipartimento Trasporto Terrestri ad effettuare le revisioni ai veicoli ex art. 80 d.lgs. 30.4.1992, n. 285 (Nuovo Codice della Strada) e successive modifiche da dimostrare con apposita autorizzazione».

Con riferimento a tale prescrizione, la Pomponi si sarebbe limitata a dichiarare che si sarebbe avvalsa di officine autorizzate presenti nei due lotti per effettuare le revisioni periodiche, senza tuttavia assolvere agli incombenti formali prescritti dall'art. 49 del d.lgs. n. 163/2006 (applicabile *ratione temporis*) per il ricorso all'avvalimento, come espressamente precisato nei chiarimenti nn. 15, 16 e 17 resi dall'Ares il 23 ottobre 2015.

Ora, ritenuto che con tale dichiarazione la Pomponi non ha senz'altro assolto alle forme prescritte dall'art. 49 per l'avvalimento, va tuttavia ritenuto che essa possa essere intesa quale dichiarazione di voler subappaltare tale attività, senza alcun obbligo di indicare, fin dalla

formulazione dell'offerta, il nome del subappaltatore, tenuto conto che, secondo l'insegnamento di Ad. Plen. n. 9 del 2015, la validità e l'efficacia del subappalto postula, quali condizioni indefettibili, unicamente che il concorrente in possesso dei requisiti principali abbia indicato nella fase dell'offerta le lavorazioni che intende subappaltare e che abbia, poi, trasmesso alla stazione appaltante il contratto di subappalto almeno venti giorni prima dell'inizio dei lavori subappaltati. Infatti, il subappalto è un istituto che attiene alla fase di esecuzione dell'appalto (e che rileva nella gara solo negli stretti limiti della necessaria indicazione delle lavorazioni che ne formeranno oggetto), di talché il suo mancato funzionamento (per qualsivoglia ragione) dev'essere trattato alla stregua di un inadempimento contrattuale, con tutte le conseguenze che ad esso ricollega il codice.

2.2.1. Quanto al motivo col quale è dedotta la mancata indicazione di un Responsabile tecnico designato ad ogni attività di autoriparazione oggetto dell'appalto con «attestazione del possesso dei requisiti professionali da parte di ogni Responsabile Tecnico» (punto III.2.3.), coi chiarimenti nn. 19 e 20 del 23 ottobre 2015 l'Ares ha specificato che doveva essere indicato anche il Responsabile tecnico per l'attività di riparazione degli allestimenti della c.d. cellula sanitaria, con elencazione dei titoli richiesti dalla legge n. 122/1992 o delle relative equiparazioni.

Ora, l'art. 7, comma 2, della legge 5 febbraio 1992, n. 122 dispone che il Responsabile tecnico deve «possedere almeno uno dei seguenti requisiti tecnico-professionali: a) avere esercitato l'attività di autoriparazione, alle dipendenze di imprese operanti nel settore nell'arco degli ultimi cinque anni, come operaio qualificato per almeno tre anni; tale ultimo periodo è ridotto ad un anno qualora l'interessato abbia conseguito un titolo di studio a carattere tecnico-professionale attinente all'attività diverso da quelli di cui alla lettera c) del presente comma; b) avere frequentato, con esito positivo, un apposito corso regionale teorico-pratico di qualificazione, seguito da almeno un anno di esercizio dell'attività di autoriparazione, come operaio qualificato, alle dipendenze di imprese operanti nel settore nell'arco degli ultimi cinque anni; c) avere conseguito, in materia tecnica attinente all'attività, un diploma di istruzione secondaria di secondo grado o un diploma di laurea».

Pertanto, pur prendendo atto che la legge non prevede un titolo specifico per la riparazione della cellula sanitaria, è pur vero che, alla stregua del bando – e del chiarimento esplicativo di questo – sarebbe dovuta essere prodotta almeno un'attestazione dei requisiti professionali, con elencazione dei titoli effettivamente richiesti dalla legge.

Nei fatti, con riguardo al Responsabile designato dalla Pomponi, il sig. Giacomo Caterinozzi, questa aveva allegato, quale attestazione del possesso dei titoli tecnici richiesti dalla legge, oltre ad un elenco informale di corsi da questi seguiti (la cui attendibilità è stata contestata in ricorso dalla Pontina) dal quale non si evince affatto il possesso dei requisiti stabiliti dalla legge, un unico attestato di partecipazione al "corso base sistemi aria condizionata Bosh" che, all'evidenza, non è da solo sufficiente ad integrare per intero neppure uno dei requisiti tecnico-professionali richiesti dalla legge. Né tantomeno può valere a surrogare l'attestazione richiesta dal bando di gara la mera indicazione del Caterinozzi, quale Responsabile tecnico *ex lege* n. 122/1992, nel certificato della Camera di Commercio rilasciato il 12 novembre 2015, tanto più che per altri RT, pure indicati nel medesimo certificato, risulta espressa menzione –

che invece manca per il Catarinozzi – almeno del conseguimento di specifiche abilitazioni professionali nel settore della meccatronica (si veda ad es. l'indicazione relativa al sig. Franco Nardi).

Si deve pertanto concludere per la fondatezza del relativo motivo di ricorso, non avendo l'aggiudicataria dimostrato di possedere tale condizione di partecipazione espressamente prevista dal bando – e risultante poi dai chiarimenti – come obbligatoria.

2.2.2. Analoga conclusione va presa con riguardo all'ulteriore condizione di partecipazione declinata sempre al punto III.2.3. del bando relativamente alla «certificazione di abilitazione agli interventi di riparazione degli allestimenti sanitari a bordo delle ambulanze e degli automezzi (cellula sanitaria di bordo)».

Sul punto la Pomponi ha prodotto, in sede di comprova dei requisiti, un'autorizzazione della ditta MEBER, rilasciata il 26 gennaio 2016, «a effettuare l'installazione dei dispositivi medici di propria fabbricazione» la quale, per un verso, si riferisce ad attività di installazione rispetto a quella espressamente richiesta dal bando di «riparazione», mentre per altro verso è stata effettivamente rilasciata in data successiva alla scadenza del termine di presentazione delle offerte e con un tenore lessicale che, riferito al rilascio dell'autorizzazione nella data di redazione del documento, non lascia in alcun modo supporre la preesistenza di tale rapporto.

2.3. Infondato è infine il quarto motivo di ricorso posto che la Pomponi risulta invece iscritta alla Camera di Commercio per l'attività principale oggetto dell'appalto rispetto alla quale, come si è visto al capo 2.1., appare congruente l'attività, indicata nel predetto certificato, come «autoriparazione (legge 122/92 sez. meccanica-motoristica, carrozzeria, elettrauto, gommista)».

2.4. Neppure può essere accolta la richiesta di risarcimento del danno per equivalente non coltivata dalla ricorrente quantomeno sul piano probatorio.

In conclusione, va accolto il ricorso introduttivo con esclusivo riguardo ai profili più sopra trovati fondati, con conseguente annullamento degli atti gara e declaratoria di inefficacia di quelli negoziali eventualmente stipulati.

3. Quanto al ricorso incidentale spiegato dalla Pomponi – senza neppure il bisogno di esaminare su questo specifico punto l'ulteriore ricorso incidentale articolato dalla Pontina – va senz'altro respinto il primo motivo col quale è censurata l'ammissione della Pontina stessa alla fase successiva di gara (quella dell'apertura della busta contenente l'offerta economica) per non avere la Commissione applicato il criterio stabilito dall'art. 9 del disciplinare di gara alla stregua del quale, per essere ammesse alla fase successiva, «le ditte dovranno aver ottenuto un punteggio sulla qualità complessivo superiore a 21», laddove nel verbale n. 2 della seduta riservata del 5 novembre 2015, per entrambi i lotti, la Commissione aveva ammesso la Pontina alla successiva fase di gara pur avendole riconosciuto «punti totali 21» e, dunque, un punteggio «non superiore a 21».

Basta infatti raffrontare il verbale in esame col tenore del criterio dettato dall'art. 9 del

disciplinare per avvedersi del fatto che il punteggio indicato nel predetto verbale non è incongruo rispetto al *decisum*.

E infatti, quella disposizione prevede che il punteggio sulla qualità complessivo (che deve essere superiore a 21) si ricava, per le ditte diverse da quella che ha conseguito il punteggio più alto (e, quindi, nel nostro caso, per la Pontina), dalla somma dei punti conseguiti per ogni criterio e subcriterio indicati nella tabella prospettica riportata nell'articolo 9 citato, moltiplicato per il punteggio massimo pari a 40 con successiva divisione del risultato per il punteggio qualitativo massimo ottenuto tra tutte le ditte (nella specie dalla Pomponi con 27 punti).

Nel verbale impugnato, chiaramente, il punteggio di 21 attribuito alla Pontina non è nient'altro che la somma dei punteggi conseguiti in relazione ai subcriteri elencati nella tabella di cui all'art. 9 del bando per cui tale risultato numerico, benché con l'ellissi dello sviluppo grafico della successiva operazione (puramente matematica) predicata da quell'articolo per ricavare il punteggio sulla qualità complessivo ($40 \times 21 : 27 = 31,11$), è certamente idoneo a soddisfare la clausola di sbarramento prevista dal bando e dunque a sostenere l'ammissione alla successiva fase di gara.

3.1. E' invece fondato il secondo motivo prospettato nel ricorso incidentale dalla Pomponi, per avere la Pontina indicato, in violazione della previsione formulata «a pena di esclusione» dall'art. 8, paragrafo 12, del disciplinare di gara, il ribasso complessivo del 31% senza alcun riferimento «ai listini, individuati per marca e produttore, dei pezzi di ricambio di tutti i componenti originali».

A tale proposito, l'art. 2 del capitolato tecnico prestazionale (in calce al quale era allegato l'elenco dei mezzi oggetto del servizio) prescriveva che «per la sostituzione dei materiali di consumo dovrà essere impiegato materiale originale della casa costruttrice e pneumatici di prima scelta regolamentari secondo la prescrizione della casa madre» e, inoltre, che «i listini dei prezzi dei ricambi saranno quelli correnti alla data di presentazione dell'offerta per il primo anno contrattuale, aggiornati annualmente per il secondo anno e per il terzo anno contrattuale».

Infine, lo stesso schema di offerta economico somministrato ai concorrenti (c.d. Allegato G) prevedeva chiaramente una elencazione dei listini dei pezzi di ricambio con esplicita indicazione della marca e dei prezzi, nonché del listino dei «pneumatici di prima scelta», ordinati per marca e, infine, anche degli olii e lubrificanti analogamente individuati per marca.

Dal quadro complessivo così esposto, si evince che la mancata indicazione analitica dei listini – prevista a pena di esclusione – determina una incertezza assoluta dell'offerta economica che, oltre a non essere emendabile ex art. 46, comma 1-bis, del d.lgs. n. 163/2006, non può essere ritenuta sanata, neppure *per relationem* ai listini pubblicati dalle singole case costruttrici, tenuto conto, come dedotto dalla Pomponi, che l'indicazione in questione riguarda non solo pezzi di ricambio infungibili prodotti dalle case madri, ma altresì una serie di altri beni consumabili (pneumatici, olii, lubrificanti) di marche differenti (ancorché primarie) i cui prezzi sono variabili proprio in relazione alle dette marche e ai modelli che si sarebbero dovuti indicare.

4. Per tali ragioni, non può pertanto essere accolto il relativo motivo di ricorso incidentale a sua volta articolato dalla Pontina, avverso l'art. 8 del disciplinare di gara, in conseguenza dell'impugnativa incidentale della Pomponi che ha determinato in capo alla prima l'insorgere dell'interesse all'ulteriore gravame.

Né vale in contrario evidenziare analoghe carenze dell'offerta economica della Pomponi in assenza di una specifica impugnativa di tale offerta, così come non è rilevante in senso contrario il chiarimento fornito dall'Ares il 23 ottobre 2015 al quesito n. 27 nei termini per cui «i tempari analogamente ai listini devono essere prodotti alla stipula in quanto identificati per Casa madre e per periodo di vigenza (quelli in vigore alla data di presentazione dell'offerta)», dal cui tenore, semmai, è dato evincere che la mera «produzione» dei listini (in vigore al momento dell'offerta) solo in fase di stipula del contratto, presuppone una iniziale precisa indicazione dei relativi riferimenti in fase di formulazione dell'offerta economica, peraltro corrispondente alla portata letterale del disciplinare di gara («tale plico dovrà contenere, pena l'esclusione: offerta economica resa utilizzando il modello fornito in Allegato G al presente disciplinare su foglio di carta legale o resa legale di valore corrente (...)»). Ciò che infine elimina ogni dubbio anche in ordine alla possibilità di utilizzare per elenchi minuziosi gli spazi grafici dell'Allegato G in forma di mero "modello".

In conclusione, anche il ricorso incidentale articolato da Pomponi va accolto con riferimento al motivo sopra indicato, con correlativa reiezione sul punto del ricorso incidentale proposto da Pontina e annullamento degli atti gravati col primo gravati.

5. Le spese, in ossequio al principio della soccombenza, vanno interamente poste in capo all'Ares 118 secondo la liquidazione fattane in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Quater), definitivamente pronunciando sul ricorso principale e su quelli incidentali, come in epigrafe proposti, così provvede:

- accoglie il ricorso principale e quello incidentale proposto dall'Autofficina Pomponi Service s.r.l. come in motivazione;
- respinge, come in motivazione, il ricorso incidentale proposto dall'Autofficina Pontina s.r.l.;
- condanna l'Azienda Regionale Emergenza Sanitaria - Ares 118 a rifondere all'Autofficina Pontina s.r.l. e all'Autofficina Pomponi Service s.r.l. le spese di giudizio nella misura di € 15.000,00 (quindicimila) per ciascuna di esse.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 giugno 2016 con l'intervento dei magistrati:



Giuseppe Sapone, Presidente FF

Pierina Biancofiore, Consigliere

Alfredo Storto, Consigliere, Estensore