

Giudizio sull'anomalia dell'offerta e avvalimento.

di Arturo Levato

Data di pubblicazione: 30-12-2016

1) *Il giudizio sull'anomalia delle offerte presentate in una gara pubblica di appalto è un giudizio ampiamente discrezionale, espressione paradigmatica di discrezionalità tecnica, sindacabile solo in caso di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza; il giudice amministrativo, in particolare, non può procedere ad una autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci, che costituirebbe un'inammissibile invasione della sfera propria dell'amministrazione;*

2) *L'applicazione dei canoni di parità di trattamento e di non discriminazione osta all'interpretazione secondo cui l'individuazione dell'oggetto del contratto di avvalimento dovrebbe sottostare a requisiti ulteriori e più stringenti rispetto a quelli ordinariamente previsti per la generalità dei contratti ai sensi degli articoli 1325 e 1346 e del codice civile; sicché, al contenuto di tali disposizioni, ed all'interpretazione che ne è comunemente data, va riportato anche il disposto di cui all'art. 88, comma 1, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, che va pertanto letto in coerenza con le predette disposizioni codicistiche.*

Quindi, l'articolo 88 citato, per la parte in cui prescrive che il contratto di avvalimento debba riportare "in modo compiuto, esplicito ed esauriente (...) le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico", non legittima né un'interpretazione volta a sancire la nullità del contratto a fronte di un oggetto che sia stato esplicitato in modo (non determinato, ma solo) determinabile, né un'interpretazione volta a riguardare l'invalidità del contratto connessa alle modalità di esplicitazione dell'oggetto.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1173 del 2016, proposto da:

Ecologia Oggi S.p.a., in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Bevilacqua, elettivamente domiciliata presso lo Studio dell'avvocato Luca Cirella, in Catanzaro, alla via Francesco Acri, n. 65;

contro

Regione Calabria, in persona del Presidente in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Naimo, domiciliata presso l'Avvocatura regionale, in Catanzaro, alla Cittadella Regionale;

nei confronti di

MI.GA. S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, e C.T.C. Consorzio Trasportatori Crotonesi, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avvocati Franco Gaetano Scoca, Stefano Salvatore Scoca ed Emilio Martucci, elettivamente domiciliate presso lo Studio di quest'ultimo, in Catanzaro, alla via Madonna dei Cieli, 32;

Ecoross S.r.l., in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, quale mandataria del costituendo R.T.I. con Ecologia Sud Servizi S.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Lilli e Fabio Massimo Pellicano, elettivamente domiciliata presso lo Studio dell'avv. Fabio Fasano, in Catanzaro, alla via Nunzio Nasi, 18;

sul ricorso numero di registro generale 1175 del 2016, proposto da:

Ecoross S.r.l., in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, quale mandataria del costituendo R.T.I. con Ecologia Sud Servizi S.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Lilli e Fabio Massimo Pellicano, elettivamente domiciliata presso lo Studio dell'avv. Fabio Fasano, in Catanzaro, alla via Nunzio Nasi, 18;

contro

Regione Calabria, in persona del suo Presidente in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Naimo, domiciliata presso l'Avvocatura regionale, in Catanzaro, alla Cittadella Regionale;

nei confronti di

MI.GA. S.r.l., in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, e C.T.C. Consorzio Trasportatori Crotonesi, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avvocati Franco Gaetano Scoca, Stefano Salvatore Scoca ed Emilio Martucci, elettivamente domiciliate presso lo Studio di quest'ultimo, in Catanzaro, alla via Madonna dei Cieli, 32;

per l'annullamento

quanto al ricorso n. 1173/2016

- del decreto del Dirigente dell'Autorità regionale – Stazione unica appaltante del 3 agosto 2016, n. 9222, con il quale è stato affidato al costituendo consorzio MI.GA. S.r.l. – C.T.C. il servizio di gestione dell'impianto di trattamento dei rifiuti urbani di Rossano e dei connessi lavori di riefficientamento funzionale;

- di tutti i verbali di gara, in particolare nella parte in cui non sono state escluse le offerte provenienti dal costituendo consorzio MI.GA. S.r.l. – C.T.C. e del costituendo consorzio Ecoross S.r.l. – Ecologia Sud Servizi S.r.l. e l'appalto è stato provvisoriamente aggiudicato alla prima;

- se necessario, del bando e del disciplinare di gara;

- di ogni altro atto connesso, presupposto o conseguente, ivi compreso il contratto d'appalto nelle more eventualmente stipulato;

quanto al ricorso n. 1175/2016

- del decreto del Dirigente dell'Autorità regionale – Stazione unica appaltante del 3 agosto 2016, n. 9222, con il quale è stato affidato al costituendo consorzio MI.GA. S.r.l. – C.T.C. il servizio di gestione dell'impianto di trattamento dei rifiuti urbani di Rossano e dei connessi lavori di riefficientamento funzionale;

- dei verbali e del provvedimento conclusivo del subprocedimento di congruità dell'offerta economica del consorzio MI.GA. S.r.l. – C.T.C.;

- ove occorra del bando e del disciplinare di gara;

- di ogni altro atto o provvedimento presupposto, connesso o comunque correlato, ivi compresa la stipula del contratto, ove nelle more intervenuta.

Visti i ricorsi e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Calabria, di MI. GA. S.r.l., di Ecoross S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 dicembre 2016 il dott. Francesco Tallaro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Rilevato in fatto e ritenuto in diritto quanto segue.

FATTO

1. – L'Autorità regionale Stazione Unica Appaltante ha definitivamente aggiudicato al costituendo consorzio tra Mi.Ga. S.r.l. e C.T.C. - Consorzio Trasportatori Crotonesi il servizio di

gestione dell'impianto di trattamento dei rifiuti urbani di Rossano e i connessi lavori di riefficientamento funzionale.

2. - Il provvedimento è stato separatamente impugnato d'innanzi a questo Tribunale Amministrativo Regionale da Ecoross S.r.l., mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con Ecologia Sud Servizi S.r.l., secondo classificato, e da Ecologia Oggi S.p.a., terza classificata.

2.1. – Nel primo ricorso, iscritto al n. 1175 del 2016, si sono costituiti per resistervi la Regione Calabria e Mi.Ga. S.r.l., quale capogruppo del costituendo consorzio aggiudicatario.

Su istanza della parte ricorrente, è stato emesso decreto cautelare monocratico del 7 ottobre 2016, n. 472, interinalmente confermato – sino alla successiva camera di consiglio - con ordinanza del 12 ottobre 2016, n. 476.

2.2. – Nel secondo ricorso, iscritto al n. 1173 del 2016, si sono costituite la Regione Calabria, Mi.Ga. S.r.l., quale capogruppo del costituendo consorzio, ed Ecoross S.r.l., quale mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con Ecologia Sud Servizi S.r.l.

Su istanza della parte ricorrente, è stato emesso decreto cautelare monocratico del 10 ottobre 2016, n. 474.

2.3. – All'esito della camera di consiglio del 26 ottobre 2016, le istanze cautelari presentate in entrambi i ricorsi sono state rigettate con ordinanze del 28 ottobre 2016, nn. 493 e 492.

2.4. – Entrambi i ricorsi sono stati discussi nel merito all'udienza pubblica del 16 dicembre 2016.

DIRITTO

3. – I due giudizi, strettamente connessi in quanto riguardanti la medesima procedura, debbono essere riuniti.

4. – Con il ricorso iscritto al n. 1175 del 2016, Ecoross S.r.l. si duole della mancata esclusione dalla gare del soggetto aggiudicatario.

Con il ricorso iscritto al n. 11773 del 2016, Ecologia Oggi S.p.a. deduce che sia l'aggiudicatario, sia il soggetto secondo classificato avrebbero dovuto essere esclusi dalla gara.

Il Collegio ritiene opportuno esaminare dapprima i motivi di entrambi i ricorsi relativi alla posizione del primo classificato.

5.1. – Con il primo motivo del ricorso n. 1175 si deduce la violazione degli artt. 37, comma 2 e 39 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, degli artt. 261, comma 7, 275 e 277 d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, nonché degli artt. 9 e 11 del disciplinare di gara. Sarebbe riscontrabile, inoltre, il vizio

dell'eccesso di potere, significato dalle figure sintomatiche della disparità di trattamento, della carenza di istruttoria, del difetto di motivazione, della perplessità.

In estrema sintesi, va premesso che la gara riguarda un appalto misto di servizi e lavori, e cioè: a) la gestione del polo tecnologico, per l'importo complessivo di € 6.798.002,05; b) i lavori di riefficientamento funzionale dell'impianto, per l'importo di € 1.637.055,85, oltre a € 12.927,40 per oneri di sicurezza.

Il servizio di gestione, a sua volta, è costituito: a1) dalla prestazione principale del trattamento e smaltimento di rifiuti urbani e domestici non pericolosi, per un importo complessivo di € 5.651.117,03; a2) dalla prestazione secondaria del servizio di trasporto dei rifiuti, per un importo di € 1.146.885,03.

Proporzionalmente, il valore della prestazione secondaria ammonta al 16,88% del valore dell'intero servizio di gestione.

Il costituendo consorzio aggiudicatario ha struttura verticale, per cui Mi.Ga. S.r.l. si occuperà del trattamento e dello smaltimento dei rifiuti (prestazione principale), attività per la quale ha dichiarato di possedere la necessaria qualificazione, mentre il C.T.C. si occuperà del trasporto dei rifiuti (prestazione secondaria), possedendo la relativa qualificazione.

Tuttavia, nei documenti di gara, e in particolare nell'atto di impegno di cui all'art. 37 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, si legge che la prestazione di C.T.C. sarà pari al 14% del valore complessivo dell'appalto.

Ciò significa, nell'ottica della parte ricorrente, che sarà Mi.Ga. S.r.l. a effettuare la prestazione secondaria per un controvalore pari al 2,88% del valore complessivo del servizio di gestione, pur non avendo la qualificazione per tale attività.

Dunque, vi sarebbe violazione del principio di corrispondenza tra quote di qualificazione e quote di esecuzione

5.2. – Con il primo motivo del ricorso n. 1173 si deduce la violazione degli artt. 37, comma 2 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, degli artt. 261, comma 7, 275 e 277 d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, nonché degli artt. 4, 5, 19 del disciplinare di gara. Sarebbe riscontrabile, inoltre, il vizio dell'eccesso di potere, significato dalle figure sintomatiche della violazione dei principi di *par condicio* dei concorrenti, di trasparenza e imparzialità della pubblica amministrazione, nonché dal travisamento e dall'erronea valutazione dei fatti.

Le argomentazioni esposte ricalcano, in sostanza, quelle già rappresentate al § 5.1.

Si aggiunge che la violazione si sarebbe verificata anche laddove si prendesse a riferimento il valore complessivo dell'appalto. In tale ipotesi, infatti, il trasporto dei rifiuti incide proporzionalmente per il 13,58%; ora, poiché C.T.C. si è impegnata a eseguire l'appalto nella misura del 14%, risulta evidente che essa eseguirà un'attività per la quale non possiede la necessaria qualificazione.

5.3. – Il motivo è infondato.

5.4. – Ritiene il Collegio che, poiché l'amministrazione ha inteso assegnare unitariamente un appalto misto di lavori e servizi, il dato economico da tenere in considerazione, ai fini di verificare il rispetto del principio di corrispondenza tra quota di qualificazione e quota di esecuzione, sia il valore complessivo dell'appalto.

5.5. – Ciò posto, la discrasia tra l'effettiva quota che il servizio di trasporto dei rifiuti rappresenta rispetto al valore complessivo dell'appalto e la quota dichiarata (discrasia dello 0,43%) è spiegabile, come già ritenuto in sede cautelare, in ragione dell'arrotondamento della percentuale in sede di dichiarazione di cui all'art. 37 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

In ogni caso, a fugare ogni dubbio interviene la formula utilizzata per fornire la dichiarazione.

Si legge, infatti, che MI.GA. S.r.l. eseguirà la parte dell'appalto così definita: *“servizio di gestione del polo tecnologico (ad esclusione delle attività di trasporto dei rifiuti) e esecuzione e realizzazione degli interventi di riefficientamento funzionale dell'impianto”*; e che C.T.C. eseguirà il *“servizio di gestione del polo tecnologico comprendente nello specifico la sola attività di trasporto dei rifiuti derivanti dall'attività di gestione”*.

Ciò, evidentemente, esclude qualsivoglia confusione.

6.1. – Con il secondo motivo del ricorso iscritto al n. 1175 si deduce la violazione e la falsa applicazione degli artt. 74, 83, 84 e 86 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, la violazione dell'art. 13 del disciplinare di gara, la violazione dei principi di *par condicio creditorum*, trasparenza e imparzialità; l'eccesso di potere per carenza di istruttoria e di motivazione, travisamento dei fatti e prelessità.

In particolare, il giudizio di anomalia dell'offerta avrebbe dovuto avere esito negativo, in quanto:

a) i costi di trasporto sarebbero stati calcolati tenendo come riferimento il contratto collettivo nazionale di lavoro del comparto imprese di autotrasporto per conto terzi, anziché il più oneroso contratto del comparto igiene ambientale;

b) il contratto di avvalimento con C.I.S.A. S.p.a. non definisce il corrispettivo; in sede di giustificazione dell'offerta, tali costi non sarebbero stati quantificati;

c) sarebbe stato sottostimato il costo del gasolio.

6.2. – Il motivo è infondato.

6.3. – Il Collegio deve preliminarmente ricordare che il giudizio sull'anomalia delle offerte presentate in una gara pubblica di appalto è un giudizio ampiamente discrezionale, espressione paradigmatica di discrezionalità tecnica, sindacabile solo in caso di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza; il giudice amministrativo, in particolare, non può

procedere ad una autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci, che costituirebbe un'inammissibile invasione della sfera propria dell'amministrazione (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 15 aprile 2016, n. 1533).

6.4. - Nel caso di specie, gli argomenti addotti a sostegno della censura non evidenziano, nemmeno in astratto, la macroscopica erroneità o irragionevolezza dell'operato dell'amministrazione.

Peraltro, il giudizio di congruità dell'offerta economica non può che essere riferito all'offerta nel suo complesso, e non alle giustificazioni fornite con riferimento alle singole componenti di costo.

7.1. – Con il terzo motivo del ricorso n. 1175 si deduce la violazione degli artt. 49 e 118 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, la violazione dell'art. 88 d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, l'eccesso di potere per disparità di trattamento, carenza di istruttoria, difetto di motivazione, perplessità.

La censura si incentra sul contratto di avvalimento stipulato da MI.GA. S.r.l. e C.I.S.A. S.p.a., mediante il quale quest'ultimo soggetto ha fornito alla propria controparte i requisiti di partecipazione alla gara.

La parte ricorrente segnala che in tali casi l'avvalimento non può essere solo cartaceo, ma deve comportare il trasferimento all'ausiliato delle competenze tecniche acquisite. Le modalità di tale trasferimento debbono essere precisate.

Nel caso di specie, però, non sarebbero sufficientemente chiarite le modalità operative di tale trasferimento.

Inoltre, le parti non avrebbero determinato l'entità del corrispettivo dovuto a C.I.S.A. S.p.a., con la conseguenza che il contratto di avvalimento sarebbe incompleto e quindi inadeguato a garantire alla MI.GA. S.r.l. i requisiti di qualificazione richiesti dalla legge speciale di gara.

7.2. Di analogo tenore è il secondo motivo del ricorso n. 1173.

7.3. – Anche tale motivo è infondato.

7.4. – La Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha chiarito che in una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico l'offerente può fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura dei suoi legami con questi ultimi, purché sia dimostrato all'amministrazione aggiudicatrice che egli disporrà effettivamente dei mezzi di tali soggetti che non gli appartengono in proprio e che sono necessari per eseguire l'appalto oggetto della procedura, non potendo l'offerente far valere le capacità di altri soggetti per soddisfare su di un piano meramente formale le condizioni richieste dall'amministrazione aggiudicatrice (C.G.U.E., Sez. I, sentenza 7 aprile 2016 nel procedimento C-324/14, Partner Apelski Dariusz);

Conseguentemente, il legislatore nazionale ha previsto, all'articolo 88 d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, che il contratto di avvalimento deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente,

tra l'altro, l'oggetto del contratto, indicando le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico.

Il Consiglio di Stato (Cons. Stato, Ad. Plen., 4 novembre 2016, n. 23), nella sua composizione più autorevole, ha recentemente chiarito che l'applicazione dei canoni di parità di trattamento e di non discriminazione osta all'interpretazione secondo cui l'individuazione dell'oggetto del contratto di avvalimento dovrebbe sottostare a requisiti ulteriori e più stringenti rispetto a quelli ordinariamente previsti per la generalità dei contratti ai sensi degli articoli 1325 e 1346 e del codice civile; sicché, al contenuto di tali disposizioni, ed all'interpretazione che ne è comunemente data, va riportato anche il disposto di cui all'art. 88, comma 1, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, che va pertanto letto in coerenza con le predette disposizioni codicistiche.

Quindi, l'articolo 88 citato, per la parte in cui prescrive che il contratto di avvalimento debba riportare "*in modo compiuto, esplicito ed esauriente (...) le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico*", non legittima né un'interpretazione volta a sancire la nullità del contratto a fronte di un oggetto che sia stato esplicitato in modo (non determinato, ma solo) determinabile, né un'interpretazione volta a riguardare l'invalidità del contratto connessa alle modalità di esplicitazione dell'oggetto.

7.5. – Alla luce di tali coordinate interpretative, emerge la piena corrispondenza del contratto di avvalimento stipulato nel caso di specie con il modello normativamente previsto.

Infatti, nell'art. 2 del contratto di avvalimento l'impresa ausiliaria si è impegnata a fornire tutte le risorse e i mezzi necessari per eseguire l'appalto e le parti hanno adeguatamente specificato l'oggetto del contratto, individuando distintamente gli uomini e i mezzi che l'impresa ausiliaria fornirà in caso di aggiudicazione dell'appalto.

Tale previsione comporta la garanzia, per la stazione appaltante, che l'impresa ausiliaria assicuri effettivamente all'impresa ausiliata i mezzi necessari.

7.6. – La circostanza, poi, che C.I.S.A. S.p.a. abbia assicurato alla MI.GA. S.r.l. il proprio ausilio, con i medesimi mezzi e gli identici uomini, anche con riferimento a un diverso appalto non inficia le conclusioni sin qui raggiunte.

Infatti, sarà preciso obbligo dell'ausiliario e dell'ausiliato, obbligo attinente peraltro alla fase esecutiva del contratto, assicurarsi che vengano diligentemente eseguite tutte le prestazioni contrattuali, impiegando i mezzi e gli uomini indicati nel contratto di avvalimento e quelli che la MI.GA. S.r.l. destinerà al servizio.

7.7. - La circostanza, poi, che le parti del contratto di avvalimento abbiano rinviato la determinazione del corrispettivo a un successivo accordo riguarda i rapporti interni tra impresa ausiliaria e impresa ausiliata, essendo comunque la stazione appaltante sufficientemente tutelata dalla responsabilità solidale sancita dall'art. 49, comma 4 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, di cui l'impresa ausiliare ha espressamente dichiarato di assumere.

8.1. – Con il terzo motivo del ricorso n. 1175 viene dedotta la violazione e falsa applicazione di

norme di legge e di principi di diritto, la violazione della *lex specialis* dell'appalto con particolare riferimento all'art. 6 del disciplinare di gara, il travisamento e l'erronea valutazione dei fatti, l'eccesso di potere per sviamento.

In sintesi, il vizio si anniderebbe nel fatto che i legali rappresentanti di MI.GA. S.r.l. e di C.T.C., i quali hanno eseguito il dovuto sopralluogo, non abbiano allegato all'attestato di avvenuto sopralluogo la delega da parte dell'altro soggetto del raggruppamento temporaneo di imprese, per come richiesto dal modello AS-7 allegato alla legge di gara.

8.2. – Il motivo è infondato.

8.3. - L'art. 6 del disciplinare di gara prevede che il sopralluogo sia effettuato dal rappresentante legale o da un direttore tecnico del soggetto concorrente, ovvero da dipendente dell'operatore economico concorrente munito di delega.

Risulta *per tabulas* che entrambi i soggetti componenti il costituendo consorzio aggiudicatario abbiano eseguito, per il tramite dei loro legali rappresentanti, il necessario sopralluogo.

Di più non era necessario, non potendosi interpretare la nota posta in calce al modello AS-7 come previsione dell'obbligo, per i legali rappresentanti dei soggetti di un raggruppamento temporaneo di imprese, di delega reciproca, pure in caso di sopralluogo effettuato da ciascuno di essi.

Ed invero, non vi è chi non veda come una simile previsione sarebbe priva di qualsivoglia significato pratico o teorico.

9.1. – Con il quarto motivo del ricorso n. 1175 si deduce la violazione e la falsa applicazione dell'art. 118 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, e dell'art. 140 d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, nonché dei principi che regolano i subappalti nei contratti pubblici; la violazione della *lex specialis* dell'appalto con particolare riferimento all'art. 27 del disciplinare di gara; il travisamento e l'erronea valutazione dei fatti; l'eccesso di potere per sviamento.

Infatti, MI.GA. S.r.l. avrebbe dichiarato di volersi avvalere del contratto di subappalto anche per il servizio di trasporto, che è di competenza della CTC; quest'ultimo soggetto avrebbe dichiarato di volersi avvalere del subappalto anche per il servizio di gestione dell'impianto, di competenza di MI.GA. S.r.l.

9.2. – Ritene il Collegio che la circostanza evidenziata dal ricorrente rappresenti un mero rifiuto, ininfluenza ai fini del corretto svolgimento della gara e del regolare espletamento dell'appalto.

10. – Ecologia Oggi S.p.a. ha articolato anche due motivi di ricorso relativi alla posizione del concorrente secondo classificato.

Tuttavia, poiché si sono rivelate infondate tutte le censure rivolte a colpire la posizione dell'aggiudicatario, l'esame degli ulteriori motivi di ricorso è superfluo.

11. – In conclusione, i due ricorsi debbono essere rigettati.

Ecoross S.r.l., in proprio e in qualità, ed Ecologia Oggi S.p.a. debbono essere condannate a rifondere le spese di lite alla Regione Calabria e a M.I.GA.S.r.l., in proprio e in qualità.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sui ricorsi riuniti, come in epigrafe proposti, li rigetta.

Condanna Ecoross S.r.l., in proprio e quale mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con Ecologia Sud Servizi S.r.l., ed Ecologia Oggi S.p.a., in persona del loro rispettivi legali rappresentanti *pro tempore* ed in solido tra di loro alla rifusione, in favore della Regione Calabria, in persona del suo Presidente in carica, e della M.I.GA. S.r.l., in proprio e quale capogruppo del costituendo consorzio con C.T.C. Consorzio Trasportatori Crotonesi, in persona del suo legale rappresentante *pre tempore*, delle spese e competenze di lite, che si liquidano nella misura complessiva di € 4.500,00 per ciascuno, oltre al rimborso delle spese generali nella misura del 15%, nonché oltre a IVA e CPA come per legge.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 16 dicembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Francesco Tallaro, Referendario, Estensore

Raffaele Tuccillo, Referendario

L'ESTENSORE
Francesco Tallaro

IL PRESIDENTE
Vincenzo Salamone

Guida alla lettura.

In esito all'assegnazione di un appalto -avente ad oggetto il trattamento dei rifiuti urbani e i connessi lavori di riefficientamento funzionale- la seconda e terza graduata ricorrono al T.a.r. lamentando la mancata esclusione dell'aggiudicataria.

Nella premessa che l'appalto in parola ha natura mista, involgendo sia servizi che lavori, il Collegio disattende il primo motivo gravame, teso a denunciare violazione del principio di corrispondenza tra quote di qualificazione e quote di esecuzione.

Ad avviso del g.a., infatti, *“poiché l'amministrazione ha inteso assegnare unitariamente un appalto misto di lavori e servizi, il dato economico da tenere in considerazione, ai fini di verificare il rispetto del principio di corrispondenza tra quota di qualificazione e quota di esecuzione, sia il valore complessivo dell'appalto”*.

E' parimenti disattesa la seconda doglianza, con cui le deducenti sostengono che il giudizio sull'anomalia dell'offerta avanzata dall'aggiudicataria avrebbe dovuto essere negativo.

Sul punto, l'adito T.a.r. richiama il consolidato orientamento giurisprudenziale, secondo cui ***“il giudizio sull'anomalia delle offerte presentate in una gara pubblica di appalto è un giudizio ampiamente discrezionale, espressione paradigmatica di discrezionalità tecnica, sindacabile solo in caso di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza; il giudice amministrativo, in particolare, non può procedere ad una autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci, che costituirebbe un'inammissibile invasione della sfera propria dell'amministrazione”***.

La terza censura, infine, riguarda l'avvalimento cui è ricorsa l'aggiudicataria.

Secondo le prospettazioni ricorsuali, non può essere solo cartaceo ma deve comportare anche il trasferimento all'ausiliato delle competenze tecniche acquisite, con precisazione delle modalità di tale trasferimento.

Il T.a.r. respinge anche questa critica, eseguendo una ricognizione della più recente giurisprudenza, con particolare riferimento alla posizione assunta in argomento dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato

Si evidenzia, nello specifico, ***“che di un appalto pubblico l'offerente può fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura dei suoi legami con questi ultimi, purché sia dimostrato all'amministrazione aggiudicatrice che egli disporrà effettivamente dei mezzi di tali soggetti che non gli appartengono in proprio e che sono necessari per eseguire l'appalto oggetto della procedura, non potendo l'offerente far valere le capacità di altri soggetti per soddisfare su di un piano meramente formale le condizioni richieste dall'amministrazione aggiudicatrice (C.G.U.E., Sez. I, sentenza 7 aprile 2016 nel procedimento C-324/14, Partner Apelski Dariusz)”***;

Conseguentemente, il legislatore nazionale ha previsto, all'articolo 88 d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, che il contratto di avvalimento deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente, tra l'altro, l'oggetto del contratto, indicando le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico.

Il Consiglio di Stato (Cons. Stato, Ad. Plen., 4 novembre 2016, n. 23), nella sua composizione più autorevole, ha recentemente chiarito che l'applicazione dei canoni di

parità di trattamento e di non discriminazione osta all'interpretazione secondo cui l'individuazione dell'oggetto del contratto di avvalimento dovrebbe sottostare a requisiti ulteriori e più stringenti rispetto a quelli ordinariamente previsti per la generalità dei contratti ai sensi degli articoli 1325 e 1346 e del codice civile; sicché, al contenuto di tali disposizioni, ed all'interpretazione che ne è comunemente data, va riportato anche il disposto di cui all'art. 88, comma 1, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, che va pertanto letto in coerenza con le predette disposizioni codicistiche.

Quindi, l'articolo 88 citato, per la parte in cui prescrive che il contratto di avvalimento debba riportare "in modo compiuto, esplicito ed esauriente (...) le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico", non legittima né un'interpretazione volta a sancire la nullità del contratto a fronte di un oggetto che sia stato esplicitato in modo (non determinato, ma solo) determinabile, né un'interpretazione volta a riguardare l'invalidità del contratto connessa alle modalità di esplicitazione dell'oggetto"

Giova rammentare che nella citata sentenza l'Adunanza Plenaria, sebbene la statuizione involgesse il previgente regime giuridico, ha corroborato il proprio assunto ermeneutico operando un parallelo con l'attuale disciplina contenuta nell'art. 89 D. Lgs. n. 50/2016, che non ha introdotto disposizioni puntuali volte a vincolare le forme di rappresentazione dell'oggetto del contratto, limitandosi a stabilire che esso debba esplicitare l'obbligo nei confronti del concorrente "a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto".