

La valenza “integrativa” della dichiarazione dell’impresa ausiliaria, prevista dall’art. 49 del D.lgs. n. 163/2006 (e oggi dall’art. 89 del D.Lgs. n. 50/2016), rispetto al contratto di avalimento.

di Giovanni Ranalli, Fabrizio Garzuglia

Data di pubblicazione: 17-1-2017

Le carenze del contratto di avalimento in ordine agli obblighi assunti dall’impresa ausiliaria circo l’oggetto del contratto ed all’impegno incondizionato a mettere a disposizione le risorse in favore del concorrente possono essere integrate con la dichiarazione dell’impresa ausiliaria in ordine all’obbligo verso il concorrente e verso la stazione appaltante di mettere a disposizione per tutta la durata dell’appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente integra il contratto di avalimento prevista dall’art. 49 del D.Lgs. n. 163/2006 ed oggi dall’art. 89 del D.Lgs. n. 50 del 2016.

(1) conformi: TAR Lombardia - Brescia (Sezione Seconda), 5-2-2013, n. 144

(2) contraria: Cons. Stato Sez. IV, 02-12-2016, n. 5052

Guida alla lettura

La sentenza emessa recentemente dal Tar Umbria esamina in maniera piuttosto dettagliata l’istituto dell’avalimento con particolare riferimento alla valenza della dichiarazione che l’art. 49 co. 2 letta d del D.Lgs. n. 163/2006, oggi riprodotto nell’art. 89, co. 1 del D.lgs. n. 50 del 2016, pone a carico dell’impresa ausiliaria.

Il Tar Umbria, seguendo un approccio sostanzialistico al possesso dei requisiti di ammissione alle procedure concorsuali e facendo ricorso ai principi in tema di “ermeneutica contrattuale” (artt. 1346, 1363, 1367 c.c.), giunge alla conclusione che anche nell’ipotesi in cui il contratto di avalimento presenti delle carenze, anche gravi (come l’indeterminatezza dell’oggetto e la previsioni di clausola di natura “potestativa” come “*il subordinare il proprio assenso all’avalimento a suo insindacabile giudizio*”), queste possono essere superate con la dichiarazione dell’impresa ausiliaria in ordine all’obbligo dell’impresa stessa di mettere a disposizione a S.A. e concorrente per tutta la durata dell’appalto le risorse necessarie.

Per quanto attiene all’indeterminatezza dell’oggetto, in particolare, il Tar afferma: “le obbligazioni dedotte nel contratto di avalimento possono ritenersi specificate dalla dichiarazione, la quale nel caso di specie è sicuramente specifica.”. Il Tar arriva a tale considerazione partendo dal presupposto che “*la dichiarazione ed il contratto di avalimento,*

contestualmente formati e prodotti ai fini della gara, si integrano a vicenda". Il Tar, inoltre, prendendo spunto dalla sentenza del Consiglio di Stato Adunanza Plenaria n. 23 del 4.11.2016, ha ritenuto di estendere il processo interpretativo sul comportamento contrattuale della parti anche successivamente al contratto. Il Tar considera quindi considerare integrato l'oggetto del contratto con le obbligazioni assunte nella dichiarazione resa dall'impresa ausiliaria successivamente alla stipula del contratto.

Per quanto concerne invece la presenza nel contratto di una clausola potestativa, quale è il *"subordinare il proprio assenso all'avvalimento a suo insindacabile giudizio"*, la presenza della dichiarazione dell'impresa ausiliaria anche successiva alla stipula del contratto, che rechi l'impegno incondizionato a mettere a disposizione le proprie risorse, integra il contratto di avvalimento. Questo il passaggio essenziale della motivazione: *"L'art. 7 del contratto, come argomentato dalla ricorrente, lascia intendere prima facie una ampia facoltà dell'impresa ausiliaria di subordinare il proprio assenso all'avvalimento a suo "insindacabile giudizio" in contrasto con l'art. 49 del D.lgs. 163 del 2006 nonché con l'art. 1355 c.c.*

Tuttavia anche in questo caso l'apparente nullità della clausola e dell'intero contratto può agevolmente superarsi mediante una lettura complessiva del negozio stesso improntata al criterio di conservazione (art. 1367 c.c.).

Infatti, non solo le clausole di cui ai punti 1, 2, 3 e 4 impegnano inequivocabilmente l'ausiliaria a mettere a disposizione le risorse in favore del concorrente avvalente, ma la stessa dichiarazione di impegno resa ex art. 49 successivamente alla sottoscrizione del contratto confermano in modo univoco la natura incondizionata dell'obbligazione assunta.

Va infatti evidenziato, anche in questo caso, che la dichiarazione successiva al contratto effettuata dall'ausiliaria ai sensi dell'art. 49 c. 2 lett. d) D.lgs. 163/2006 indica in modo inequivoco la propria volontà incondizionata di obbligarsi verso il concorrente e la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le specifiche risorse tecniche necessarie, quale comportamento successivo valutabile dunque ai sensi dell'art. 1362 c.c. in sede di interpretazione del contratto".

Tale decisione presenta spunti di interesse in quanto mette in relazione il contratto di avvalimento con la dichiarazione dell'impresa ausiliaria, considerando la seconda come elemento in grado di sopperire a carenze formali e sostanziali del contratto. Una tale decisione – pur argomentata con puntualità e sulla scorta dei principi civilistici in materia di interpretazione dei contratti – sembra in parte discostarsi dalla giurisprudenza che sostiene la necessità che l'impegno dell'impresa ausiliaria a prestare le proprie risorse sia chiaramente espresso sia nel contratto e sia nella dichiarazione unilaterale dell'impresa ausiliaria. In tal senso *"Nelle gare pubbliche per potersi avvalere dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo di un altro soggetto è necessario che risulti chiaramente, sia dal contratto di avvalimento che dalla dichiarazione unilaterale dell'impresa ausiliaria indirizzata alla stazione appaltante, che l'impresa ausiliaria medesima presti le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità"* (cfr. Cons. Stato Sez. IV, 02-12-2016, n. 5052).

Pubblicato il 02/01/2017

N. 00019/2017 REG.PROV.COLL.

N. 00340/2016 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Umbria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 340 del 2016, integrato da motivi aggiunti, proposto da: Melillo Appalti s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Callea e Giulia Migliorini, con domicilio eletto presso Giulia Migliorini in Perugia, corso Vannucci n. 30;

contro

Azienda Unità Sanitaria Locale Umbria n. 2, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Daniele Spinelli, con domicilio eletto presso il suo studio in Perugia, piazza Biordo Michelotti,1;

nei confronti di

Elettro Stella di Luciani Ennio s.r.l. in breve Elettro Stella s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Ermanno Consorti, con domicilio eletto presso Simona Gallucci in Perugia, via Bonazzi n. 35;

Soatech s.p.a. Organismo di Attestazione, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Riccardo Modica, Luigi Strano e Gian Luca Ballabio, con domicilio eletto presso Gianluca Ballabio in Perugia, via Mario Angeloni n. 80/B;

per l'annullamento

previa sospensiva

- della delibera del Direttore Generale dell'AUSL Umbria n. 2, n. 373 del 4 luglio 2016 di aggiudicazione definitiva alla società Elettro Stella s.r.l. della gara di appalto per la realizzazione di opere di riqualificazione funzionale ed adeguamento normativo antincendio Struttura Assistenziale Geriatrica "Le Grazie" di Terni, di proprietà dell'Azienda USL Umbria 2, CUP F41E15000040002, CIG 6133100A38, comunicata alla ricorrente in data 8 luglio 2016, con nota ex art. 79, c.5, D.Lgs. 163/2006 ;

- del documento istruttorio allegato alla sopra indicata delibera n. 373/2016;

- di tutti i verbali della Commissione giudicatrice ivi citati e dei relativi allegati nella parte in cui la Commissione non ha proceduto all'esclusione della Elettro Stella ed ha valutato l'offerta tecnica di quest'ultima;

- degli atti e provvedimenti relativi all'eventuale procedimento di soccorso istruttorio attivato dall'AUSL in favore della Elettro Stella, non ostesi nel corso dell'accesso agli atti effettuato in data 13 luglio 2016;

- della nota prot. n. 127405 del 13 giugno 2016, del verbale di verifica offerta del 20 giugno 2016 e del provvedimento conclusivo del relativo procedimento, con il quale l'offerta aggiudicataria è stata giudicata congrua;

- di ogni altro atto e/o provvedimento connesso, presupposto e/o consequenziale a quelli sopra indicati;

nonché per la declaratoria di nullità, annullamento e/o per la dichiarazione di intervenuta caducazione e/o di inefficacia del contratto eventualmente stipulato nelle more del giudizio, e per la conseguente adozione dei provvedimenti di cui all'art. 122 c.p.a.;

- nonché per la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno in forma specifica, tramite subentro della ricorrente nell'aggiudicazione e, ove stipulato, nel contratto ai sensi dell'art. 124 c.p.a., e, in via subordinata, per il risarcimento del danno per equivalente economico, ai sensi e per gli effetti degli artt. 30 e 124 c.p.a., nella misura di seguito indicata ovvero nella diversa misura ritenuta di giustizia.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Unità Sanitaria Locale Umbria n. 2, di Elettro Stella di Luciani Ennio s.r.l. in breve Elettro Stella s.r.l. e di Soatech s.p.a. Organismo di Attestazione;

Visto il ricorso incidentale proposto da Elettro Stella s.r.l. ;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 dicembre 2016 il dott. Paolo Amovilli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.-Con bando pubblicato sulla G.U. n. 51 del 4 maggio 2015 l'Azienda USL Umbria 2 di Terni ha indetto procedura aperta per l'affidamento dei lavori di "realizzazione di opere di riqualificazione funzionale ed adeguamento normativo antincendio Struttura Assistenziale Geriatrica "Le Grazie" di Terni, di proprietà dell'Azienda USL Umbria 2, CUP F41E15000040002, CIG 6133100A38" con importo a base di gara di 1.447.482,06 euro e criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Con delibera del Direttore Generale n. 373 del 4 luglio 2016 la USL ha disposto l'aggiudicazione definitiva alla società Elettro Stella s.r.l. avendo questa riportato un punteggio complessivo di 83,740 punti sottoposta a verifica della sospetta anomalia, mentre l'odierna ricorrente principale Melillo Appalti s.r.l. quale capogruppo del costituendo RTI con la SARI s.r.l., è risultata seconda, con punteggio complessivo di 82,530 punti. Non sono risultate utilmente collocate in graduatoria altri operatori economici.

La Melillo Appalti impugna il suddetto provvedimento di aggiudicazione, deducendo motivi così riassumibili:

I.Violazione degli artt. 38 c. 2 bis e 46 commi 1 bis ed 1 ter del D.lgs. 163 del 2006, violazione della *lex specialis*, eccesso di potere, difetto di istruttoria, travisamento, disparità di trattamento: risulterebbe carente la documentazione inerente l'avvalimento da parte di Elettro Stella con l'ausiliaria Giannelli Impianti, in quanto il relativo contratto sarebbe stato sottoscritto da soggetto diverso dal legale rappresentante dell'impresa ausiliaria in totale assenza di procura speciale; tale carenza documentale avrebbe dovuto essere irrimediabilmente sanzionata con l'esclusione, come previsto nella *lex specialis*, né poteva essere sanata mediante il soccorso istruttorio a pagamento introdotto dal D.L. 90 del 2014, peraltro non attivato dalla stazione appaltante;

II. Violazione dell'art. 49 c. 2, lett. d) c) ed f) del D.lgs. 163 del 2006 e dell'art. 88 c. 1, lett. a) del d.P.R. 207 del 2010, eccesso di potere, difetto di istruttoria, travisamento: il contratto di avalimento sarebbe del tutto indeterminato e indeterminabile nel suo oggetto, non essendo chiaro quali mezzi e risorse sarebbero stati resi disponibili da Giannelli Impianti per permettere ad Elettro Stella di soddisfare i requisiti richiesti; le risorse messe a disposizione non coinciderebbero con quelle elencate nella dichiarazione resa ai sensi dell'art. 49 c. 2, lett d) ed e) dalla legale rappresentante dell'ausiliaria;

III. Violazione dell'art. 49 c. 2, lett. d) ed f) del D.lgs. 163 del 2006 e dell'art. 88 c. 1, lett. a) del d.P.R. 207 del 2010, eccesso di potere, difetto di istruttoria, travisamento: il corrispettivo previsto nel contratto di avalimento, pari a 632,361 euro, sarebbe del tutto irrisorio e inadeguato rispetto alle controprestazioni a carico dell'ausiliaria, risultando l'avvalimento un contratto a titolo oneroso;

IV. Violazione dell'art. 49 c. 2, lett. f) del D.lgs. 163 del 2006, eccesso di potere, difetto di istruttoria, travisamento, illogicità: il contratto di avalimento conterrebbe clausola idonea a consentire all'impresa ausiliaria un potere insindacabile di consentire o negare l'avvalimento con ciò escludendo l'impegno univoco e incondizionato richiesto dal citato art. 49 c. 2, lett. f) e dando vita a clausola meramente potestativa, come tale nulla ai sensi dell'art. 1355 c.c.;

V. Violazione e falsa applicazione degli artt. 86 e 87 del D.lgs. 163 del 2006 e 121 c. 10 del d.P.R. 207 del 2010, eccesso di potere, difetto di istruttoria, travisamento, illogicità, irragionevolezza: la stazione appaltante non avrebbe attivato come dovuto il procedimento di verifica dell'anomalia anche con riferimento al fattore tempo e alle caratteristiche tecniche proposte quali elementi diversi dal prezzo parimenti rilevanti per la valutazione dell'offerta.

La ricorrente principale avanza inoltre domanda di reintegrazione in forma specifica previa dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato dall'aggiudicataria o in subordine domanda di risarcimento per equivalente.

Si è costituita la controinteressata Elettro Stella s.r.l. eccependo l'infondatezza di tutte le doglianze *ex adverso* dedotte poiché in sintesi:

- diversamente da quanto prospettato nel ricorso principale la stazione appaltante avrebbe regolarizzato la mancata allegazione della procura mediante soccorso istruttorio a pagamento con atto del 24 luglio 2015;

- il carattere squisitamente formalistico delle lagnanze veicolate nei confronti del contratto di avalimento, potendo il soccorso istruttorio introdotto dal D.L. 90/2014 essere utilizzato anche in ipotesi in cui una parte non determinata dell'oggetto del contratto sia comunque determinabile dal tenore complessivo del documento, e ciò anche in applicazione degli artt. 1346, 1363 e 1367 c.c.;

- la determinabilità dell'oggetto del contratto di avalimento alla luce anche delle stesse dichiarazioni fornite dall'impresa ausiliaria ai sensi dell'art. 49 comma 1, lett. d) del D.lgs. 163 del 2006.

Elettro Stella s.r.l. propone anche ricorso incidentale nei confronti degli atti di gara, dolendosi della mancata esclusione della Melillo Appalti s.r.l., poiché quest'ultima a far data dal 12 febbraio 2016 non sarebbe stata più in possesso dei requisiti di partecipazione richiesti in quanto la società ausiliaria Sem Edilizia s.r.l. avrebbe ridotto la propria qualificazione della richiesta categoria "OG1" da terza a seconda classifica, non potendosi procedere a qualsiasi modificazione del raggruppamento temporaneo.

In particolare deduce i seguenti motivi:

Violazione degli art. 40 del D.lgs 163 /2006 e 60 comma 2 e 61 del d.P.R. 207/2010, violazione della *lex specialis*, eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento, disparità di trattamento: la Sem Edilizia avrebbe ottenuto il 12 febbraio 2016 il rinnovo dell'attestazione SOA con restringimento della classificazione dell'OG1 dalla III alla II mentre la Melillo Appalti avrebbe ottenuto la certificazione di attestazione soltanto il 24 marzo 2016 ovvero con un vuoto temporale di circa 40 giorni, in palese violazione del principio secondo cui i requisiti di partecipazione generali e speciali debbono essere posseduti per tutta la durata dell'appalto senza soluzione di continuità; l'Ing. Melillo pur possedendo il 100 % delle quote di partecipazione societarie della Melillo Appalti possiede solo il 50 % dell'impresa ausiliaria Ingegneria Futura s.r.l., con ciò risultando violato il principio del necessario controllo societario tra società ausiliaria e ausiliata; dal casellario delle imprese tenuto dall'ANAC risulterebbe che la verifica triennale del mantenimento dei requisiti, la quale avrebbe dovuto essere effettuata entro il 25 marzo 2016, non risulterebbe mai essere stata eseguita, in violazione dell'art. 77 c. 1, del d.P.R. 207 del 2010.

Si è costituita anche l'USL Umbria n. 2 di Terni, eccependo l'infondatezza di tutte le doglianze di cui al ricorso principale, alla luce di una lettura necessariamente sostanzialistica del contratto di avvalimento in base sia al tenore complessivo di esso che alle stesse dichiarazioni effettuate dall'impresa ausiliaria in sede di gara. Ha altresì eccepito l'inammissibilità del V motivo, non evidenziando la ricorrente principale la non congruità dell'offerta nel suo complesso.

La ricorrente principale ha ampiamente controdedotto a tutti i motivi del gravame incidentale, evidenziando come la natura escludente di tale impugnativa, alla luce della recente pronuncia della CGUE (Grande Sezione 5 aprile 2016 causa C-689/13) non escluda comunque la necessità di esame congiunto del ricorso principale.

Con atto di motivi aggiunti la ricorrente principale ha poi dedotto nuove doglianze avvero i provvedimenti già gravati, alla luce della nuova documentazione prodotta dall'Amministrazione resistente in giudizio, ovvero in sintesi:

Violazione degli artt. 38 c. 2 bis e 46 commi 1-bis ed 1-ter del D.lgs. 163 del 2006, violazione della *lex specialis*, eccesso di potere, difetto di istruttoria, travisamento, disparità di trattamento: il soccorso istruttorio sarebbe stato attivato soltanto dopo che la Commissione aveva preso dettagliata visione dell'offerta tecnica della controinteressata e degli altri concorrenti, in danno dell'imparzialità della valutazione delle offerte; la procura speciale depositata dalla Elettro Stella il 27 luglio 2016 nulla direbbe quanto al potere di sottoscrizione

di contratti di avvalimento, la cui peculiarità avrebbe richiesto una espressa menzione tra le operazioni delegate. Ha inoltre per lo più ribadito anche in riferimento alla mancata attivazione del sub procedimento di valutazione dell'anomalia, i motivi già proposti con il gravame principale introduttivo.

Alla camera di consiglio del 12 ottobre 2016, con ordinanza n. 632 del 2016 il Collegio ha ravvisato la necessità di procedere all'integrazione del contraddittorio nei confronti della Soatech s.p.a. attestante la qualificazione della Melillo Appalti alla categoria OG1 alla classifica III bis, fissando direttamente su accordo delle parti l'udienza pubblica per la decisione nel merito.

A seguito dell'adempimento della predetta ordinanza, la Soatech s.p.a. si è costituita in giudizio chiedendo mediante articolata memoria l'accertamento della legittimità dell'attività da essa svolta in relazione all'attestazione di qualificazione rilasciata.

La Elettro Stella ha eccepito l'inammissibilità di tutti i motivi aggiunti perché tardivi, avendo la ricorrente principale già il 17 luglio 2016 effettuato l'accesso a tutta la documentazione di gara presentata dalla prima classificata.

All'udienza pubblica del 7 dicembre 2016, sentiti i difensori, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

2.-E' materia del contendere la legittimità della delibera n. 373 del 4 luglio 2016 a firma del Direttore Generale dell'USL Umbria 2 di Terni con cui si è disposta l'aggiudicazione definitiva in favore della Elettro Stella s.r.l. (quale capogruppo del RTI con Giannelli Impianti) dei lavori di "realizzazione di opere di riqualificazione funzionale ed adeguamento normativo antincendio Struttura Assistenziale Geriatrica "Le Grazie" di Terni, di proprietà dell'Azienda USL Umbria 2" con importo a base di gara di 1.447.482,06 euro e criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Alla gara sono stati utilmente collocati in graduatoria due operatori economici ovvero la Melillo Appalti s.r.l. quale capogruppo del raggruppamento temporaneo con la SARI s.r.l. classificatasi al secondo posto con punti 82,530, e la Elettro Stella s.r.l. dichiarata aggiudicataria con 83,740 punti.

La Melillo Appalti ha proposto ricorso principale lamentando la mancata esclusione del raggruppamento capeggiato dalla controinteressata sia per asseriti vizi del contratto di avvalimento sia per mancata valutazione nel giudizio di anomalia di alcuni elementi di valutazione dell'offerta tecnica.

A sua volta la Elettro Stella ha specularmente proposto ricorso incidentale avverso gli atti di gara, lamentando la mancata esclusione della ricorrente principale, stante l'asserita mancanza del possesso dei requisiti di partecipazione prescritti con particolare riferimento alla richiesta qualificazione nella categoria OG 1.

3. - Si è dunque al cospetto, quanto alla problematica dell' "ordo quaestionum" di impugnative del tutto speculari lamentando sia il ricorrente principale che quello incidentale vizi dell'offerta afferenti la medesima fase procedimentale ovvero, nel caso di specie, il subprocedimento di verifica dei requisiti soggettivi generali e speciali di partecipazione dei concorrenti, situazione che secondo l'arresto della Plenaria (Consiglio di Stato Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9) determina l'esame incrociato di entrambi i ricorsi, conservando il ricorrente principale la legittimazione a ricorrere.

La stessa Plenaria non ha mancato di osservare che anche in tale eventualità è comunque consentito al giudice l'esame del solo ricorso principale in ipotesi di palese infondatezza (Consiglio di Stato Adunanza Plenaria 27 aprile 2015, n. 5) per ragioni di ordine logico, rendendosi inutile per il controinteressato l'esame del ricorso incidentale, pur se escludente, conservando questi intatta la propria posizione di aggiudicatario definitivo (*ex multis* T.A.R. Friuli-Venezia Giulia ,13 luglio 2016, n. 345; T.A.R. Lazio Roma sez. III, 30 giugno 2016, n. 7537).

Sulla questione del rapporto tra ordine di esame del ricorso principale ed incidentale, come correttamente evidenziato dalle parti, è da ultimo intervenuta la Corte di Giustizia UE (Grande Sezione, sentenza 5 aprile 2016, C-689/13) affermando la sussistenza di un interesse strumentale della ricorrente principale non solo quando le imprese rimaste in gara sono solo due, ma anche nelle ipotesi in cui il vizio dedotto a carico di un'offerta sia comune anche ad altre offerte, ancorché presentate da imprese rimaste estranee al giudizio, posto che dal suo accertamento deriverebbe (o, comunque, potrebbe ragionevolmente derivare) l'esclusione anche di queste ultime, in via di autotutela, con la conseguente rinnovazione della procedura (cfr. Consiglio di Stato sez. III, 26 agosto 2016, n. 3708).

Tale arresto è comunque irrilevante ai fini della decisione, laddove anche in base all'orientamento formatosi prima della decisione della Corte di Giustizia sarebbe stato obbligatorio per il giudice l'esame incrociato dei due ricorsi, risultando solamente due le imprese rimaste in gara.

3.1 - Tanto premesso, nulla naturalmente è cambiato in tema di prioritario esame del ricorso principale in ipotesi, come nel caso di specie, di relativa infondatezza, non avendo in tal caso il controinteressato alcun interesse all'esame del ricorso incidentale pur "paralizzante", in considerazione della natura pur sempre dipendente e accessoria dell'impugnazione incidentale (*ex multis* T.A.R. Campania Napoli sez. V, 8 aprile 2002, n. 1939; T.A.R. Lazio Roma sez. III, 30 giugno 2016, n. 7537).

3.2 - Deve dunque essere esaminato prioritariamente il ricorso principale, come integrato da motivi aggiunti.

4. - Il ricorso principale è infondato e va respinto.

Lamenta come detto Melillo Appalti s.r.l. la mancata esclusione della controinteressata in relazione all'asserita nullità sotto vari profili del contratto di avvalimento, si da fa venir meno l'impegno dell'ausiliaria a fornire i requisiti ed a mettere a disposizione le risorse necessarie

per tutta la durata dell'appalto.

Trattasi secondo il Collegio di argomentazioni nel complesso improntate ad un eccessivo formalismo, in contrasto con il principio sostanzialistico che deve contraddistinguere la verifica da parte della stazione appaltante del possesso dei requisiti di ammissione dichiarati dai concorrenti, principio introdotto nel nostro ordinamento quantomeno per effetto dell'entrata in vigore dell'art. 39 c. 3, del D.L. 90 del 2014 convertito con modificazioni dalla legge 114 del 2014 (*ex multis* Consiglio di Stato Adunanza Plenaria 27 luglio 2016, n. 19; T.A.R. Umbria 9 settembre 2014, n. 447).

4.1.- Quanto al I motivo, va anzitutto evidenziato come l'Amministrazione resistente abbia attivato il 24 luglio 2015 il soccorso istruttorio di cui all'art. 46 D.lgs. 163/2006 e s.m. ed acquisito il 27 luglio 2015 la procura rilasciata dal legale rappresentante dell'impresa ausiliaria in favore dell'effettivo sottoscrittore del contratto di avalimento Geom. Michele Giannelli.

Trattandosi di documento preesistente sia al termine di presentazione delle offerte che della stessa data di perfezionamento del contratto di avalimento non merita anzitutto condivisione la doglianza di illegittima attivazione da parte della stazione appaltante del soccorso istruttorio di cui agli artt. 38 comma 2-bis e 46 comma 1-ter, D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, risultando detta procura invece ricompresa nell'ampia accezione di "documentazione di gara" (ANAC determinazione n. 1, 8 gennaio 2015; T.A.R. Puglia, Lecce sez. I, 22 luglio 2016, n. 1186; T.A.R. Umbria 9 marzo 2016, n. 344). Parte della giurisprudenza, d'altronde, estende oramai l'ambito del soccorso istruttorio anche in ipotesi di mancata allegazione dello stesso contratto di avalimento che, in ogni caso, sia già stato sottoscritto alla data di presentazione dell'offerta (*ex multis* T.A.R. Toscana, sez. I, 15 luglio 2016, n. 1197).

La mancata produzione da parte del concorrente della procura speciale in capo al soggetto che ha sottoscritto il contratto di avalimento per l'impresa ausiliaria non è circostanza che determina incertezza assoluta sulla provenienza dell'offerta, come in ipotesi di difetto di sottoscrizione del contratto stesso, trattandosi di elemento documentale acquisibile *ex post* in sede di soccorso istruttorio a pagamento.

In secondo luogo la procura in questione, invero, ha oggetto molto ampio comprendendo il potere di concordare, stipulare e firmare in nome e per conto della società, convenzioni, accordi di collaborazione, dichiarazioni di impegno o di intenti, si da ricomprendervi o quantomeno non escludervi la sottoscrizione anche di contratti di avalimento.

Il mandatario d'altronde, in forza di una procura generale o speciale "*ad negotia*", può esercitare tutti i poteri e le facoltà spettanti al mandante inerenti e necessarie all'esecuzione del mandato ricevuto (Cassazione civile, sez. II, 14 gennaio /2016, n. 474; id. sez. II, 9 agosto 2005, n. 16736) ivi compreso, se non espressamente esclusa, la sottoscrizione di contratti di avalimento, non essendo per questi richiesta alcuna necessità di procura *ad hoc*.

Va infine sottolineato, per completezza, che anche a voler aderire alla tesi della ricorrente in merito alla necessità di una procura *ad hoc*, la dichiarazione di avalimento effettuata successivamente al contratto personalmente da parte del legale rappresentante dell'impresa

ausiliaria può senz'altro apprezzarsi come ratifica dell'operato del presunto "*falsus procurator*", avendone i contenuti e la forma richiesti (*ex multis* Cassazione civ. sez. I, 8 febbraio 2016, n. 2403)

4.2. - Il primo motivo è dunque privo di pregio.

4.3. - Anche il II motivo non merita condivisione.

Come recentemente autorevolmente affermato dalla Plenaria (sent. 4 novembre 2016, n. 23) non vi è ragione per escludere in riferimento al contratto di avvalimento l'applicazione delle regole generali in tema di ermeneutica contrattuale di cui agli artt. 1346, 1363 e 1367 c.c. con conseguente sufficienza ai fini della validità negoziale dell'elemento della determinabilità dell'oggetto.

L'art. 49 D.lgs. n. 163 del 2006 e l'art. 88, d.P.R. n. 207 del 2010, in relazione all'art. 47, par. 2, della direttiva 2004/18/Ce, devono essere infatti interpretati nel senso che essi ostano a un'interpretazione tale da configurare la nullità del contratto di avvalimento in ipotesi in cui una parte dell'oggetto del contratto, pur non essendo puntualmente determinata fosse tuttavia agevolmente determinabile dal tenore complessivo del documento, e ciò anche in applicazione degli artt. 1346, 1363 e 1367 c.c. In siffatte ipotesi - secondo la Plenaria - neppure sussistono i presupposti per fare applicazione della teorica cd. del requisito della forma/contenuto, non venendo in rilievo l'esigenza tipica di assicurare una particolare tutela al contraente debole attraverso l'individuazione di una forma di nullità di protezione.

Tanto premesso, nel caso di specie la ricorrente principale lamenta più che l'indeterminatezza intrinseca dell'oggetto del contratto di avvalimento la sua incongruenza rispetto alla dichiarazione di avvalimento resa ai sensi dell'art. 49 comma 2, lett. f), del D.lgs. 163 del 2006.

Diversamente dalla lettura offerta da parte ricorrente, la suddetta dichiarazione ed il contratto di avvalimento, contestualmente formati e prodotti ai fini della gara, si integrano a vicenda (T.A.R. Lombardia Brescia sez. II, 5 febbraio 2013, n. 144; T.A.R. Umbria 9 marzo 2016, n. 344) potendosi pertanto integrare l'oggetto del contratto con le obbligazioni assunte nella dichiarazione resa in data successiva al contratto.

Tale assunto, pur invero non evincibile dal richiamato arresto della Plenaria, pare pienamente in linea con le stesse regole civilistiche in tema di interpretazione del contratto, con particolare riferimento al criterio (art. 1362 c.c.) del comportamento delle parti successivo al contratto, che concorre con il criterio letterale a definire la comune volontà dei contraenti (*ex multis* Cassazione civile, sez. lav., 1 dicembre 2016, n. 24560; id. sez. III, 3 ottobre 2014, n. 23142).

Ne consegue, ad avviso del Collegio, che le obbligazioni dedotte nel contratto di avvalimento possono ritenersi specificate dalla dichiarazione, la quale nel caso di specie è sicuramente specifica (come peraltro ammesso dalla stessa ricorrente) contenendo la puntuale indicazione delle risorse messe a disposizione in termini di attrezzature, mezzi (2 autocarri Iveco, 1 macchina operatrice ed un mini escavatore) personale (n. 7 unità) e l'attestazione SOA (n.

34865/10/00) per la qualifica OG11 classe III richiesta dal bando.

Non vi sono pertanto dubbi circa l'effettivo possesso da parte dell'impresa ausiliaria dei requisiti di partecipazione richiesti né della volontà di quest'ultima di metterli a disposizione dell'aggiudicataria.

Diversamente opinando si giungerebbe ad una lettura esclusivamente formalistica dell'istituto dell'avvalimento, in contrasto con il *favor* espresso dall'ordinamento comunitario per tale istituto, improntato a garantire la più ampia partecipazione alle gare e quindi pro concorrenziale (*ex multis* T.A.R. Piemonte sez. II, 16 dicembre 2015, n. 1745)

4.4. - Il III motivo è completamente privo di pregio.

Posto che la prevalente giurisprudenza sussume il contratto atipico di avvalimento tra i contratti a titolo oneroso (per tutte Consiglio di Stato Ad. Plenaria 4 novembre 2016, n. 23) pur potendosi ammettere almeno secondo una tesi anche la causa atipica gratuita (*ex plurimis* T.A.R. Toscana sez. I, 21 marzo 2013, n. 443) è del tutto tranciante il rilievo per cui il contratto di avvalimento in questione prevede un corrispettivo pari allo 0,1 % del valore dei lavori ricadenti nella categoria OG11 (pari a 632,361 euro) unitamente al pagamento del costo delle risorse materiali, immateriali, tecniche e finanziarie eventualmente fornite dall'impresa ausiliaria.

Trattasi di corrispettivo non valutabile ai fini della prospettata nullità per mancanza della causa, poiché anche a ritenerlo per ipotesi inferiore al valore di mercato, non sarebbe comunque "irrisorio o simbolico" (*ex multis* Cassazione civile, sez. II, 28 agosto 1993, n. 9144).

4.5. - Anche il IV motivo non merita condivisione.

L'art. 7 del contratto, come argomentato dalla ricorrente, lascia intendere *prima facie* una ampia facoltà dell'impresa ausiliaria di subordinare il proprio assenso all'avvalimento a suo "insindacabile giudizio" in contrasto con l'art. 49 del D.lgs. 163 del 2006 nonché con l'art. 1355 c.c.

Tuttavia anche in questo caso l'apparente nullità della clausola e dell'intero contratto può agevolmente superarsi mediante una lettura complessiva del negozio stesso improntata al criterio di conservazione (art. 1367 c.c.).

Infatti, non solo le clausole di cui ai punti 1, 2, 3 e 4 impegnano inequivocabilmente l'ausiliaria a mettere a disposizione le risorse in favore del concorrente avvalente, ma la stessa dichiarazione di impegno resa ex art. 49 successivamente alla sottoscrizione del contratto confermano in modo univoco la natura incondizionata dell'obbligazione assunta.

Va infatti evidenziato, anche in questo caso, che la dichiarazione successiva al contratto effettuata dall'ausiliaria ai sensi dell'art. 49 c. 2 lett. d) D.lgs. 163/2006 indica in modo inequivoco la propria volontà incondizionata di obbligarsi verso la concorrente e la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le specifiche risorse

tecniche necessarie, quale comportamento successivo valutabile dunque ai sensi dell'art. 1362 c.c. in sede di interpretazione del contratto.

Ne consegue che il dato testuale, pur di fondamentale rilievo, non è di per sé decisivo, atteso che il significato delle dichiarazioni negoziali può ritenersi acquisito solo al termine del processo interpretativo. Quest'ultimo non può arrestarsi alla ricognizione del tenore letterale delle parole, ma deve considerare tutti gli ulteriori elementi, testuali ed extra testuali, indicati dal legislatore, anche quando le espressioni appaiano di per sé chiare e non bisognose di approfondimenti interpretativi, dal momento che un'espressione *prima facie* chiara può non apparire più tale se collegata ad altre espressioni contenute nella stessa dichiarazione o posta in relazione al comportamento complessivo delle parti.

La nullità del contratto di avvalimento in ipotesi di obbligazione dell'ausiliaria sottoposta a condizione meramente potestativa - già affermata anche dalla giurisprudenza dell'adito Tribunale (19 giugno 2013, n. 426) - deve però essere esclusa quando dal medesimo contratto e dalle dichiarazioni unilaterali rilasciate ai sensi dell'art. 49 del D.lgs. 163 del 2006 sia comunque dato rinvenire l'impegno incondizionato ed irrevocabile dell'impresa ausiliaria nei confronti dell'avvalente e della stazione appaltante a concedere l'avvalimento.

4.6. - Il V e ultimo motivo, infine, è inammissibile per carenza di interesse.

Come ampiamente noto, per giurisprudenza pacifica, il giudizio che conclude il sub procedimento di verifica delle offerte anomale (di per sé insindacabile, salva l'ipotesi in cui le valutazioni ad esso sottese non risultino abnormi o manifestamente illogiche o affette da errori di fatto), ha natura "globale e sintetica sulla serietà o meno dell'offerta nel suo insieme" e, conseguentemente, la relativa motivazione deve essere rigorosa in caso di esito negativo; al contrario, la positiva valutazione di congruità della presunta offerta anomala è sufficientemente espressa anche con eventuale motivazione *per relationem* alle giustificazioni rese dall'impresa offerente (*ex multis* Consiglio di Stato, sez. V, 13 settembre 2016, n. 3855; id. sez. IV, 26 febbraio 2015, n. 963; id., sez. III, 25 novembre 2016, n. 4989).

Se dunque i singoli prezzi o elementi sottoposti a verifica di anomalia non devono essere considerati isolatamente ma alla luce della loro incidenza sull'offerta globale, non può limitarsi parte ricorrente a lamentare nella fattispecie la mancata valutazione del "fattore tempo per l'esecuzione dei lavori" senza tuttavia evidenziare l'illogicità o erroneità della valutazione nel suo complesso (T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 5 agosto 2016, n. 9182).

Ne consegue dunque l'inammissibilità per difetto di interesse del motivo.

5. - I motivi aggiunti sono ugualmente infondati e vanno respinti.

Anche a voler prescindere dall'eccezione in rito di tardività sollevata dalla controinteressata, pare assorbente la considerazione secondo cui il seggio di gara nella seduta del 22 luglio 2015 si sia limitato a verificare soltanto la materiale presenza dei documenti facenti parte dell'offerta tecnica, mentre la vera e propria valutazione è stata effettuata il successivo 7 ottobre 2015 ovvero ben tre mesi dopo la regolarizzazione della documentazione mancante da parte di

Elettro Stella.

Quanto alle doglianze relative alla carenza del potere rappresentativo in capo al procuratore dell'impresa ausiliaria è sufficiente riportarsi alle considerazioni effettuate nella disamina del ricorso introduttivo.

6. - Il ricorso incidentale, come anticipato, è improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse ai sensi dell'art. 35 comma 1, lett. c) cod. proc. amm., dal momento che l'inoppugnabilità dell'aggiudicazione definitiva ottenuta per effetto dell'accertata infondatezza del gravame principale consolida la spettanza in capo alla Elettro Stella s.r.l. della posizione sostanziale azionata con l'impugnativa incidentale, venendo meno ogni utilità ad ottenere l'annullamento dell'ammissione alla gara della Melillo Appalti.

7. - Alla luce delle suesposte considerazioni, conclusivamente, il ricorso principale ed i motivi aggiunti vanno respinti mentre il ricorso incidentale va dichiarato improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse.

Sussistono giusti motivi per disporre la compensazione delle spese di lite, in relazione all'obiettiva complessità delle questioni controverse.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così decide:

- a) respinge il ricorso principale ed i motivi aggiunti;
- b) dichiara improcedibile il ricorso incidentale;

Spese compensate.

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

Così deciso in Perugia nella camera di consiglio del giorno 7 dicembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Potenza, Presidente

Paolo Amovilli, Primo Referendario, Estensore

Enrico Mattei, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Paolo Amovilli

IL PRESIDENTE
Raffaele Potenza

