

Un'interessante pronuncia del T.A.R. Sardegna sui temi "caldi" dell'avvalimento di garanzia e del metodo aggregativo compensatore.

di Federica Fulgheri

Data di pubblicazione: 9-2-2017

1. Nelle gare pubbliche, allorquando un'impresa intenda avvalersi, mediante stipula di un contratto di avvalimento, dei requisiti finanziari di un'altra (cosiddetto avvalimento di garanzia), la prestazione oggetto specifico dell'obbligazione è costituita non già dalla messa a disposizione da parte dell'impresa ausiliaria di strutture organizzative e mezzi materiali ma dal suo impegno a garantire con le proprie complessive risorse economiche, il cui indice è costituito dal fatturato, l'impresa ausiliata, munendola così di un requisito che altrimenti non avrebbe e consentendole di accedere alla gara nel rispetto delle condizioni poste dal bando. Pertanto, non occorre che la dichiarazione negoziale costitutiva dell'impegno contrattuale si riferisca a specifici beni patrimoniali o ad indici materiali atti ad esprimere una determinata consistenza patrimoniale e, dunque, alla messa a disposizione di beni da descrivere ed individuare con precisione, essendo sufficiente che da essa dichiarazione emerga l'impegno contrattuale della società ausiliaria a prestare e a mettere a disposizione dell'ausiliata la sua complessiva solidità finanziaria e il suo patrimonio esperienziale, garantendo con essi una determinata affidabilità ed un concreto supplemento di responsabilità (1).

2. In caso di adozione, nell'ambito di una gara da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, del metodo aggregativo compensatore, in presenza di criteri predefiniti dal Disciplinare di gara, l'espressione di un punteggio numerico ricompreso tra zero e uno da parte di ciascun commissario risulta autosufficiente e non richiede perciò la definizione di sub-parametri inerenti il giudizio singolarmente espresso (2).

(1) *conformi*: Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 15 marzo 2016 n. 1032; Consiglio di Stato, sez. III, sentenza 4 novembre 2015, n. 5038; T.A.R. Lazio – Latina, sentenza 30 luglio 2016, n. 514; T.A.R. Puglia-Lecce, Sez. II, sentenza 5 febbraio 2016, n. 256.

Difforme: Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 14 aprile 2016, n. 1504; C.G.A. Regione Sicilia, ordinanza 19 febbraio 2016, n. 52; Consiglio di Stato, sez. III, sentenza 17 giugno 2014, n. 3057; Consiglio di Stato, sez. III, sentenza 22 gennaio 2014, n. 294.

Parzialmente difforme: Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 22 dicembre 2016, n. 5423; Tar Lombardia, Brescia, sez. II, sentenza 7 ottobre 2015, n. 1254.

(2) *conforme*: Cons. Stato, sez. III, sentenza 7 marzo 2016, n. 921.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 125 del 2016, integrato da motivi aggiunti, proposto da: ASEM Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Franco Zambelli C.F. ZMBFNC43A05D325J, Francesco Avino C.F. VNAFNC75L09L736O, Massimo Macciotta C.F. MCCMSM66M09B354N, Annamaria Tassetto C.F. TSSNMR49R70L736Q, con domicilio eletto presso Massimo Macciotta in Cagliari, via San Lucifero N. 90;

contro

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI CAGLIARI, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Distr.le Cagliari, domiciliata in Cagliari, via Dante N.23;

nei confronti di

-GSG Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Silvio Pinna C.F. PNNSLV62T22B354J, Alessandro Paolo Tremolada C.F. TRMLSN73M20F205T, Patrizia D'Elia Palmieri C.F. DLPPRZ49D69H501L, con domicilio eletto presso Silvio Pinna in Cagliari, via San Lucifero N.65;

-Clean Tech System Srl Mandataria Capogruppo Rti Techno Srl Tekno Scientific Srl Satesil di Serra Pg non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

*CON IL RICORSO PRINCIPALE:

- del provvedimento dell'Università degli Studi di Cagliari assunto al prot. n. 538 X-5 del giorno 11.1.2016, avente ad oggetto la "Procedura aperta, ai sensi del D.Lgs. 163/2006, per la ricognizione, la CERTIFICAZIONE di conformità dei dispositivi di protezione collettiva (norme UNI EN 14175, UNI EN 12469), L' ADEGUAMENTO a DPC, il MONITORAGGIO e la MANUTENZIONE programmata di ogni singolo sistema aspirante (cappe chimiche, cappe a flusso laminare), la FORNITURA di cappe chimiche e a flusso laminare, la DISINSTALLAZIONE, bonifica e SMALTIMENTO di cappe chimiche e a flusso laminare in dotazione ai laboratori dell'Università di Cagliari dislocata Cagliari, Monserrato e Uta-Macchiareddu – per l' Importo complessivo dell'appalto di euro 999.300,00 oltre I.V.A.

(euro 571.672,85 oltre I.V.A. soggetti a ribasso, 406.427,15 oltre I.V.A per costi del personale non soggetti a ribasso nonchè 21.200,00 oltre I.V.A. per oneri di sicurezza non soggetti a ribasso): CIG: 5797327993 - Comunicazione aggiudicazione definitiva", provvedimento comunicato, ai sensi dell'art. 79 del D.Lgs. n. 163/06 e s.m.i. in data 11.1.2016 ;

- della determina dirigenziale adottata dall'Università degli Studi di Cagliari, assunta al prot. n. 3 del 7.1.2016, con la quale sono stati approvati i verbali del Seggio di gara del 28.9.2015, 5.10.2015, 17.12.2015, nonchè i verbali della Commissione giudicatrice del 2.11.2015, 10.11.2015, 13.11.2015, 17.11.2015, 20.11.2015 e 2.12.2015 concernenti la procedura aperta per la ricognizione, la certificazione di conformità dei dispositivi di protezione collettiva (norme UNI EN 14175, UNI EN 12469), l'adeguamento a DPC, il monitoraggio e la manutenzione programmata di ogni singolo sistema aspirante (cappe chimiche, cappe a flusso laminare), la fornitura di cappe chimiche e a flusso laminare, la disinstallazione, bonifica e smaltimento di cappe chimiche e a flusso laminare in dotazione ai laboratori dell'Università di Cagliari dislocati a Cagliari, Monserrato e Uta-Macchiareddu, ed è stata aggiudicata definitivamente la gara alla ditta G.S.G. srl, provvedimento conosciuto in data 11.1.2016 ;

- della decisione di aggiudicazione provvisoria della gara all'impresa G.S.G. srl presa dal seggio di gara con verbale del 17.12.2015;

- di tutti gli atti e i verbali di gara, ed in particolare quelli delle sedute del seggio di gara del 28.9.2015, del 5.10.2015, del 17.12.2015, nonchè i verbali della Commissione giudicatrice del 2.11.2015 , del 10.11.2015 , del 13.11.2015 , del 17.11.2015 , del 20.11.2015 e del 2.12.2015 , verbali successivamente conosciuti, a seguito di accesso documentale, in data 19.1.2016;

- di tutti gli atti e/o provvedimenti, comunque denominati, richiamati per relationem nei suddetti verbali, provvedimenti allo stato sconosciuti e sui quali ci si riserva ogni censura mediante motivi aggiunti;

- di ogni altro atto inerente e/o conseguente, procedimentale e/o finale, comunque connesso, presupposto e/o consequenziale, anche non noto, ivi espressamente compresi, nei soli limiti di interesse ed in quanto occorra, la delibera del C.d.A. dell'Università del 20.6.2014 di approvazione del quadro economico di spesa inerente alla gara in oggetto, provvedimento non conosciuto e che ci si riserva, eventualmente, di impugnare mediante motivi aggiunti, il bando di gara d'appalto , il capitolato speciale d'appalto tecnico normativo , il disciplinare di gara , l'elenco dei prezzi unitari , nonchè la nomina/incarico/constituzione del seggio di gara, intervenuta con nota dirigenziale n. 32912 del 24.9.2015 e la determina Rettorale n. 122 del 26.10.2015 relativa alla nomina della Commissione Giudicatrice di cui all'art. 84 del D.Lgs. n. 163/2006.

*E CON I MOTIVI AGGIUNTI depositati il 17.02.2016:

- del provvedimento dell'Università degli Studi di Cagliari assunto al prot. n. 4485 del giorno 9.2.2016, avente ad oggetto la "Procedura aperta, ai sensi del D.Lgs. 163/2006, per la ricognizione, la certificazione di conformità dei dispositivi di protezione collettiva (norme UNI EN 14175, UNI EN 12469), l'adeguamento a DPC, il monitoraggio e la manutenzione

programmata di ogni singolo sistema aspirante (cappe chimiche, cappe a flusso laminare), la fornitura di cappe chimiche e a flusso laminare, la disinstallazione, bonifica e smaltimento di cappe chimiche e a flusso laminare in dotazione ai laboratori dell'Università di Cagliari dislocati a Cagliari, Monserrato e Uta-Macchiareddu- importo complessivo dell'appalto euro 999.300,00 oltre I.V.A. (571.672,85 oltre I.V.A. soggetti a ribasso, 406.427,15 oltre I.V.A per costi del personale non soggetti a ribasso nonché 21.200,00 oltre I.V.A. per oneri di sicurezza non soggetti a ribasso): CIG: 5797327993 - COMUNICAZIONE EFFICACIA AGGIUDICAZIONE DEFINITIVA e svincolo della cauzione provvisoria", provvedimento comunicato in data 9.2.2016;

- del provvedimento dell'Università degli Studi di Cagliari assunto al prot. n. 4477 del giorno 9.2.2016, con il quale il dirigente della Direzione Acquisti Appalti e Contratti ha reso nota l'efficacia della DD n. 3 del 7.1.2016 di aggiudicazione definitiva della gara alla ditta GSG srl, provvedimento comunicato in data 9.2.2016;

- di ogni altro atto inerente e/o conseguente, procedimentale e/o finale, comunque connesso, presupposto e/o consequenziale, anche non noto.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Università' degli Studi di Cagliari e di Gsg Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 ottobre 2016 la dott.ssa Grazia Flaim e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

In contestazione vi è l'affidamento di una gara per la stipulazione di un contratto "misto" di <servizi> (preponderante) e <fornitura> (limitata), definito dal bando (sub punto II.1.2) nel seguente modo:

"Categoria di servizi n.1: Servizi di manutenzione e riparazione".

La quota servizi ammontava a 827.650 (manutenzione cappe); quella di fornitura (acquisto

cappe) a 150.450. Per un totale a base d'asta di 999.300. Criterio di selezione l'offerta economicamente più vantaggiosa, in applicazione di 4 criteri predefiniti dal Capitolato.

L'aggiudicazione è stata compiuta in favore di GSG, la quale, per la parte inerente il "fatturato" nel triennio precedente, di "fornitura cappe" si è "avvalsa" di altra società, la AHSI, leader nella produzione e vendita di queste apparecchiature (le difese di GSG affermano che il fatturato annuo di AHSI è di oltre 25 milioni).

Con ricorso avviato per la notifica e depositato il 15 febbraio 2016 l'esito della gara è stato impugnato da ASEM, con la formulazione delle seguenti censure:

1) violazione degli articoli 1325 e 1418 del codice civile, dell'articolo 49 del codice 163/2006 e dell'articolo 88 del d.p.r. 207/2010 - violazione della lex specialis di gara - carenza di istruttoria - eccesso di potere per sviamento - violazione dei canoni di buona amministrazione, sotto l'aspetto del dovere di imparzialità, efficacia, efficienza e par condicio dei concorrenti - carenza di motivazione;

2) carenza di motivazione - violazione e/o falsa applicazione dell'articolo 3 della legge 241/1990 e dell'articolo 83 del codice 163/2006 - elusione dell'allegato P del regolamento di attuazione di cui al d.p.r. 207/2010 - eccesso di potere per manifesta illogicità, contraddittorietà ed erroneità - sviamento di potere.

Successivamente con MOTIVI AGGIUNTI notificati e depositati il 17.2.2016 è stata impugnata anche la comunicazione di "intervenuta efficacia" dell'aggiudicazione definitiva, con riproposizione delle medesime censure contenute nel ricorso principale.

Con ordinanza n. 42 del 24/03/2016 la domanda cautelare è stata respinta con la seguente motivazione:

"Considerato che il primo motivo di ricorso, attinente l' <adeguatezza> del contratto di "avvalimento", riferito al (solo) requisito di "fatturato" specifico (di fornitura cappe) maturato nel triennio precedente (2012-13-14) non necessita, trattandosi di mero "avvalimento di garanzia", di ulteriori specificazioni rispetto a quelle previste dalla norma, art. 49 Codice 163/2006;

rilevato che questa tesi, afferente alla prestazione del requisito del "fatturato" pregresso, di cui è sprovvista la partecipante, è stata ribadita con la recentissima CS V del 15.3.2016 n. 1032, che ha confermato, in materia di fornitura/noleggio di apparecchiature, la sentenza TAR Sardegna 992/2015; nonché, nello stesso senso CS V 22.10.2015 n. n. 4860, sempre in materia di messa a disposizione, a titolo di (sola) garanzia, il "fatturato" del triennio precedente, confermando TAR Puglia-Lecce III n. 491/2015; e ancora TAR Lecce II 5.2.2016 n. 256; TAR Marche 3.12.2014 n. 982);

considerato che, in questo caso, l'avvalimento non necessita di alcuna specificazione di <risorse e mezzi>, in considerazione del fatto che l'ausiliaria non assume, direttamente, né garantisce l'esecuzione di parte della prestazione (quota relativa alla "fornitura" richiesta dal

bando, nell'ambito di un ben più importante contratto di manutenzione-fornitura), essendo questa inserita in un contratto "misto": <manutenzione> del sistema aspirante, per la parte assolutamente preponderante (servizio, pari ad euro 827.650), e <fornitura> per una quota decisamente minoritaria (14 cappe per l'importo base di 150.450); con acquisizione di nuove apparecchiature –cappe- da parte dell'aggiudicataria, sostanzialmente, sul libero mercato, compresa, evidentemente, l'ausiliaria, leader nello specifico settore di costruzione e fornitura cappe;

considerato, poi, che gli ulteriori aspetti sollevati, inerenti le modalità di assegnazione dei diversi punteggi da parte dei componenti la Commissione tecnica, non possono che essere vagliati in altra sede, quella di merito, e non sono suscettibili di apprezzamento in fase cautelare."

Il contratto, biennale, è stato poi, stipulato, il 30 maggio 2016, ed è in corso di esecuzione.

All'udienza del 26 ottobre 2016 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Le contestazioni si muovono, sostanzialmente, su due livelli:

-inidoneità del contratto di avvalimento, per sua genericità ed indeterminatezza;

-insufficienza dei criteri valutativi in riferimento ai lavori svolti dalla Commissione, in particolare sotto il profilo di omessa <griglia> per l'espressione dei giudizi da parte dei singoli commissari in relazione ai quattro parametri già prestabiliti in Capitolato - contraddittorietà nella valutazione in concreto dei diversi elementi).

1) AVVALIMENTO E REQUISITO DEL FATTURATO NEL TRIENNIO PRECEDENTE.

Il bando richiedeva di dimostrare il possesso, nel "triennio PRECEDENTE" (cioè 2012-13-14), del requisito di aver <fornito, in quell'arco temporale trascorso, cappe> per almeno euro 150.450 (cfr. Bando punto III.2.3 lett. C).

Questo era un requisito che si presentava come elemento professionale "specifico" (ed ulteriore) nell'ambito della richiesta più ampia (estesa all'intero ammontare dell'appalto) di aver eseguito servizi e forniture, sempre nello stesso triennio, per i complessivi 999.300, equivalenti agli importi globalmente posti in gara (che racchiudevano servizi e fornitura).

Il requisito "prestato" dall'ausiliaria a GSG, e qui in contestazione, è stato quello "specifico" relativo al <fatturato di fornitura cappe nel triennio 2012-15> per 150.450.

Si evidenzia che la gara è stata indetta per la conclusione di un contratto "misto" di "servizi e forniture".

In particolare:

*per la parte assolutamente preponderante, pari ad euro 827.650, veniva richiesta la <manutenzione> del sistema aspirante già esistente nei locali dell'Università (già esistente presso i locali-laboratori dell'Università); l'esecuzione di questo "servizio" concerneva il prevalente importo sul complessivo valore stimato di 999.300 euro;

*<fornitura> per una quota decisamente minoritaria (corrispondenti a 14 cappe per l'importo base di 150.450); con acquisizione di "nuove" cappe.

Per il requisito inerente il fatturato pregresso, richiesto in relazione al triennio precedente in pari importo, GSG ha ottenuto il <requisito finanziario> da AHSI, società leader nello specifico settore di "costruzione e fornitura" cappe.

Questo per l'aspetto professionale di solidità finanziaria del concorrente partecipante, il quale non poteva presentarsi in carenza di fatturato specifico pregresso in ordine alla fornitura in questione.

Per quanto concerne invece l' "acquisizione futura dei beni" in concreto da parte della aggiudicataria, questa (GSG) poteva rivolgersi, non essendo essa stessa produttrice di tali apparecchiature, al libero mercato, compresa, ovviamente, la società ausiliaria.

Diversi, infatti, sono i piani operativi tra requisito finanziario (anteriore, in questo caso di fornitura) e futuro acquisto dei beni da parte dell'aggiudicataria da fornire all'amministrazione

Per l'ammissibilità e la sufficienza del contratto di avvalimento, nella forma prodotta dalla aggiudicataria GSG, si può sostanzialmente richiamare il contenuto dell'ordinanza cautelare, già sopra richiamata, con la quale sono state ritenute idonee le modalità che hanno caratterizzato il contratto di avvalimento stipulato il 18.9.2015 fra la concorrente GSG srl (impresa avvalente) e ASHI spa (impresa ausiliaria).

L'avvalimento si caratterizzava per essere, in questa peculiare tipologia di fattispecie, sostanzialmente di "garanzia"; cioè veniva "prestato" il requisito per la partecipazione attinente il <fatturato> inerente la fornitura di (nuove) cappe.

Rispetto al quale, trattandosi di avvalimento meramente finanziario e non anche operativo, non era necessario specificare e precisare ulteriori elementi in riferimento a "mezzi e/o risorse" messi a disposizione dalla società che poteva spendere l'adeguato requisito di fatturato per la fornitura di beni analoghi (cappe) a quelli che avrebbero dovuto essere forniti nell'ambito del contratto misto servizi-vendita.

La peculiare forma contrattuale (avvalimento di garanzia) è stata stipulata in quanto GSG era carente del requisito di qualificazione per il fatturato (solo per questo) inerente <la forniture> nel triennio 2012-13-14 di Cappe chimiche e/o macrobiologiche per un importo complessivo non inferiore a 150.450 euro".

Nel contratto viene messo a disposizione il requisito finanziario di fatturato maturato nel triennio precedente, con dimostrazione di messa a disposizione degli elementi necessari per

assicurare la completezza del servizio-fornitura che sarebbe stato reso da GSG (cfr. artt. 1 e 2 del contratto).

Assicurando, come garante, la possibilità di provvedere, se necessario, in concreto alla fornitura delle nuove cappe.

La società GSG avrebbe posto in essere in prima persona tutte le attività inerenti la manutenzione, il tutoraggio, i controlli di sistema, che costituiva la parte prevalente del contratto, nonché l'acquisizione e vendita all'amministrazione dei nuovi beni (quota fornitura).

L'aspetto essenziale della controversia verte dunque sull'analisi se oggetto del contratto di avvalimento, in caso in cui venga prestato solo il "requisito fatturato" del triennio precedente, possa essere esclusivamente "il titolo" finanziario, senza che sia necessario individuare anche ulteriori aspetti di "mezzi e risorse" che l'ausiliaria dovrebbe mettere a disposizione dell'aggiudicataria nell'esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto di appalto.

Tale "specificità" è richiesta per il contratto di avvalimento solo quando il rapporto che si viene a costituire si caratterizza per essere un vero e proprio utilizzo dello strumento contrattuale a livello "operativo", ove l'ausiliata deve poter contare, nel corso dell'espletamento delle prestazioni, anche di organizzazione e mezzi appartenenti all' ausiliaria.

Diverse dunque sono, come anche la giurisprudenza afferma, con profondo distinguo, le tipologie e le condizioni proprie dell'avvalimento operativo, rispetto a quelle che definiscono l'avvalimento di requisiti economico-finanziari, quale è il fatturato pregresso.

Nel caso di specie AHSI ha fornito, in modo idoneo e sufficiente, la condizione ed il requisito per consentire la partecipazione all'appalto "misto" da parte di GSG, ed in particolare in riferimento al fatturato di vendita di € 150.000 di cappe nel triennio anteriore alla gara.

Sul punto vengono richiamate le pronunce già citate nell'ordinanza cautelare.

Né la successiva recente Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, pubblicata dopo l'acquisizione in decisione alla presente controversia, n. 23 del 4 novembre 2016 pone problematiche di compatibilità in quanto il contrasto giurisprudenziale, in materia di ambito di "definizione e specificazione" del contenuto dell'avvalimento operativo è stato risolto con l'espressione del seguente principio di diritto:

"Gli artt. 49 D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163 e 88 D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, in relazione all'art. 47, paragrafo 2 della direttiva CE n. 18 del 2004 devono essere interpretati nel senso che essi ostano a configurare la nullità del contratto di avvalimento in ipotesi (quale quella che qui rileva) in cui una parte dell'oggetto del contratto di avvalimento, 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 Cod. civ."

Dando quindi spazio alla possibilità di interpretare estensivamente e globalmente il contenuto del rapporto che è stato costituito fra le parti, senza trovare limiti da singoli dati letterali

(l'organo d'appello utilizza la definizione "pur non essendo puntualmente determinata una parte dell'oggetto", ritenendola non per questo ostativa, ma compatibile sufficiente).

In ogni caso si evidenzia che non possono essere applicate condizioni minimali attinenti l'avvalimento, per così dire ordinario, cioè operativo, alla tipologia peculiare diversa dell'avvalimento di soli requisiti finanziari.

Dopo l'adozione dell'ordinanza cautelare, del 24/3/16, sono sopraggiunte sul punto, proprio in riferimento alla peculiare fattispecie dell'avvalimento di garanzia, anche altre pronunce, che si ritiene utile ed opportuno richiamare, a rafforzamento della interpretazione che differenzia le due distinte posizioni giuridiche. Si richiama in particolare T.A.R. Lazio - Latina n. 514 del 30 luglio 2016 :

"Nel caso di avvalimento c.d. di garanzia nelle gare d'appalto, non occorre che la dichiarazione negoziale costitutiva dell'impegno contrattuale si riferisca a specifici beni patrimoniali o ad indici materiali atti ad esprimere una determinata consistenza patrimoniale e, dunque, alla messa a disposizione di beni da descrivere ed individuare con precisione, essendo sufficiente che da essa dichiarazione emerga l'impegno contrattuale della società ausiliaria a prestare ed a mettere a disposizione della c.d. società ausiliata la sua complessiva solidità finanziaria ed il suo patrimonio esperienziale, garantendo con essi una determinata affidabilità ed un concreto supplemento di responsabilità."

Seguendo in sostanza la tesi già sostenuta, poco prima, dal T.A.R. Puglia-Lecce, Sez. II n. 256 del 5 febbraio 2016 :

"Nelle gare pubbliche, allorquando un'impresa intenda avvalersi, mediante stipula di un c.d. contratto di avvalimento dei requisiti finanziari di un'altra (c.d. avvalimento di garanzia), la prestazione oggetto specifico dell'obbligazione è costituita non già dalla messa a disposizione da parte dell'impresa ausiliaria di strutture organizzative e mezzi materiali, ma dal suo impegno a garantire con le proprie complessive risorse economiche, il cui indice è costituito dal fatturato, l'impresa ausiliata munendola, così, di un requisito che altrimenti non avrebbe e consentendole di accedere alla gara nel rispetto delle condizioni poste dal bando; pertanto, non occorre che la dichiarazione negoziale costitutiva dell'impegno contrattuale si riferisca a specifici beni patrimoniali o ad indici materiali atti ad esprimere una determinata consistenza patrimoniale e, dunque, alla messa a disposizione di beni da descrivere ed individuare con precisione, essendo sufficiente che da essa dichiarazione emerga l'impegno contrattuale della società ausiliaria a prestare ed a mettere a disposizione della c.d. società ausiliata la sua complessiva solidità finanziaria ed il suo patrimonio esperienziale, garantendo con essi una determinata affidabilità ed un concreto supplemento di responsabilità."

Tale interpretazione va condivisa, riconfermando quindi, anche nel merito, quanto già esplicitato da questo Collegio in sede cautelare.

2) INSUFFICIENZA DEI CRITERI VALUTATIVI IN RIFERIMENTO AI LAVORI DELLA

COMMISSIONE- OMESSA <GRIGLIA> PER L'ESPRESSIONE DEI GIUDIZI DA PARTE DEI SINGOLI COMMISSARI IN RELAZIONE AI QUATTRO PARAMETRI PRESTABILITI IN CAPITOLATO - CONTRADDITTORIETÀ NELLA VALUTAZIONE IN CONCRETO DEI DIVERSI ELEMENTI.

Per quanto concerne la seconda censura, essenzialmente rivolta a contestare l'omissione di criteri nei lavori della Commissione, va evidenziato che:

-è stato applicato nella fattispecie, per la valutazione dell'offerta tecnica (mista "servizi-fornitura") il Metodo contemplato all' All. "P" del Regolamento 207/2010; il quale , definendo un differenziato ventaglio di metodi di calcolo per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, contempla –tra gli altri- un peculiare sistema di calcolo/valutazione da svolgersi tramite UTILIZZO DI "COEFFICIENTI" TRA ZERO E UNO, identificati sub voce "V(a)i", con espressa previsione (cfr. punto 4 all. P) che il computo va compiuto utilizzando "LA MEDIA DEI COEFFICIENTI ATTRIBUITI DISCREZIONALMENTE DAI SINGOLI COMMISSARI";

-il sistema è quello esattamente individuato dall' art. 12 del Disciplinare (che riproduce il contenuto dell'All. P) e rispecchia l'utilizzo della "formula aritmetica" valutativa (autosufficiente) con l'utilizzo di 4 <coefficienti variabili di valutazione> (da 0 a 1), individuali, cioè che ciascun membro della Commissione attribuisce, rispettando una "soglia minima di sbarramento", quantificata in 0,35 (ma solo per le prime due tipologie, A1 e A2), con successiva applicazione della riparametrazione/normalizzazione dei punteggi;

-la sintesi dei lavori eseguiti è contenuta nel verbale n. 8 con riepilogo generale delle operazioni di valutazione compiute con attribuzione della "media dei punteggi" (derivanti dalle individuali espressioni di voto da parte dei 3 Commissari) alle due concorrenti;

-i 4 criteri definiti, a monte, dal Capitolato, ed il punteggio ad essi correlato, sono stati scrupolosamente applicati dalla Commissione; l'attribuzione dei voti (da 0 a 1) per i diversi parametri rappresentano le valutazioni espresse dai membri in riferimento ai diversificati fattori ritenuti rilevanti ed importanti dalla stazione appaltante, in relazione al peculiare svolgimento, in concreto, del servizio-fornitura;

-si evidenzia che i primi 3 elementi individuati (A1-A2-A3) attengono essenzialmente alla tipologia della prestazione dei "servizi" (controlli, tutoraggio, manutenzione e relative migliorie); l'ultimo invece (A4, ed è il solo) si riferisce alla tipologia di "prodotto" offerto, nella sua pregevolezza tecnica, attinente cioè alla valutazione della "fornitura" di alcuni beni (14 cappe).

Si rammenta che l'art. 1 del Capitolato descrive la situazione dell'Ateneo: 388 sistemi aspiranti (di tipologia differenziata: 232 chimiche, 12 chimiche con filtro, 79 biologiche,...); di cui 54 destinate alla dismissione. Il servizio di ricognizione si riferiva a tutte le cappe chimiche e biologiche, escluse alcune (52+20). Era previsto che "l'intero complesso delle cappe chimiche e biologiche in dotazione ai laboratori dell'Università, fatte salve unicamente quelle destinate alla dismissione, deve essere sottoposto al monitoraggio e alla manutenzione programmata

per tutto il periodo di degenza del contratto secondo le prescrizioni del presente capitolato speciale d'appalto".

È evidente, dunque, che la rilevanza e l'incidenza nell'ambito complessivo della gara della fornitura di 14 nuove cappe aveva un'importanza del tutto secondaria rispetto all'estensione e alla gamma dei servizi di manutenzione richiesti.

L'art. 12 del Disciplinare definiva nello specifico i 4 Criteri di valutazione, con ripartizione del punteggio (70) in 4 distinte voci (25+20+10+15). Trattavasi di:

A1) sistema di controllo remoto e di gestione, con installazione di sistemi di sicurezza per le cappe sprovviste, 25 p.;

A2) piano di tutoraggio per l'uso delle cappe, 20 p.;

A3) offerta migliorativa del servizio di manutenzione, 10 p.;

A4) pregio tecnico delle cappe, 15 p..

Quindi i primi 3 criteri (con punteggio assolutamente preponderante, 55 su 70) attenevano al servizio di "manutenzione" e non alla "fornitura" di nuove cappe. Ciò rifletteva l'importanza prevalente che l'appalto aveva dato, e che si traduceva anche nell'importo a base d'asta, per la manutenzione del vecchio impianto (un numero elevatissimo di cappe), implementato dalla nuova (limitata) fornitura (di 14 cappe).

Questi criteri sono stati ripresi ed applicati nei lavori della Commissione (A1-A2-A3-A4); ciascun Commissario ha attribuito ad ogni indicatore il punteggio da 0 a 1.

Si è proceduto a formulare i punteggi secondo il metodo aritmetico indicato all'art. 12 e all'All. P del Reg. 207/2010 (cfr. verbale n. 8 del 2.12.2015), in diretta applicazione dei 4 parametri predefiniti nel capitolato.

I punti complessivi attribuiti per l' "offerta tecnica" sono stati:

-GSG 66,540

-ASEM 43,218

Quelli finali globali, comprensivi dei fattori qualitativo e del prezzo:

-GSG 82,334;

-ASEM 73,218.

Non si può sostenere esservi stata illegittima omissione nella valutazione tecnica a causa del mancato espletamento di un ulteriore passaggio (griglia) nell'ambito dell'analisi effettuata

dalla Commissione in stretta applicazione dei criteri predefiniti nel Capitolato, e con l'utilizzo di una <formula aritmetica> fissata anche dal regolamento (allegato P), che non necessitava di ulteriori specificazioni/precisazioni.

Il meccanismo previsto dalla norma regolamentare e di *lex specialis*, con l'espressione di coefficienti individuali da parte di ciascun commissario, "da zero a uno", poi riportati "a media" (e successivamente riparametrati) risulta autosufficiente e non richiede la definizione di sub-criteri/sub-parametri inerenti il giudizio singolarmente espresso (da 0 a 1). Nel caso concreto non si è resa necessaria l'applicazione della soglia di sbarramento di 0,35 prestabilita, sempre dal Capitolato, (solo) per i primi due criteri.

Neppure irragionevolezza si rinviene nella valutazione compiuta in riferimento al fatto che la Commissione:

-da un lato ha "premiato" la ricorrente, con l'attribuzione, per l'ultimo criterio A4, del punteggio massimo di 15 (che era riferito alla sola "fornitura" delle 14 cappe ed al loro pregio tecnico),

-mentre ha attribuito un punteggio ridotto alla voce A1 ("sistema remoto di controllo e gestione"), di 13,325 (ove all'aggiudicataria è stato assegnato il massimo di 25), che si riferiva al progettato articolato "servizio".

La tesi della ricorrente è quella per la quale andrebbero necessariamente correlati i due criteri A1 e A4. Con conseguente irragionevolezza in caso di attribuzione di punteggi non coerenti fra loro e, sostanzialmente, tendenzialmente non omogenei.

L'assunto non può essere condiviso.

La Commissione ben poteva (ed anzi doveva) compiere una "scissione" nella valutazione dei diversi aspetti che connotavano l'appalto nel suo complesso (che era caratterizzato da ampi, plurimi ed articolati "servizi" e da, limitata, "fornitura"), ai fini dell'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con una valutazione "autonoma" dei diversi profili rilevanti ed inclusi in criteri (volutamente) diversi.

Nella specie risultava ben marcata la differenziazione la considerazione, secondo il bando-capitolato, dei seguenti elementi:

-acquisto delle nuove cappe, da analizzare nella loro pregevolezza tecnica, valutabile per (soli) 15 punti (A4), e connessi al, limitato, importo corrispettivo di circa 150.000 euro;

-"ricognizione, monitoraggi, controlli e manutenzioni" dell'impianto già esistente (e parzialmente implementato), che rappresentava il profilo assolutamente "prevalente", 55 punti (cumulando i punti disponibili per A1-A2-A3), rapportati ad un ammontare a base d'asta, ben più consistente, di oltre 827.000 euro su 999.000 euro.

Le (molte) cappe già installate ed in funzione avrebbero dovuto, infatti, continuare ad operare

nell'ambito dei diversi laboratori universitari, ancorchè migliorate con il nuovo contratto, tramite l'apporto di eventuali modifiche, nell'ambito di un sistema "integrato" di gestione (vecchio e nuovo).

Né è condivisibile la tesi di ASEM che sostiene che sulle 14 cappe che fornirà GSG "nulla si sa" (A4) in quanto la Commissione, con l'attribuzione di 11,540 su 15, ha riscontrato, dopo la lettura ed esame della Relazione (come risulta espressamente dal verbale n. 7) la sussistenza delle caratteristiche minime previste dal Capitolato, ed, anzi, ha riconosciuto sussistere una certa pregevolezza tecnica (oltre 11 punti su 15).

Le nuove cappe offerte avrebbero dovuto rispettare le tipologie individuate dalla stazione appaltante, rispetto alle quali vi era un sostanziale atto di "adesione", salvo l'apporto di nuove migliorie.

La lex specialis, infatti, negli artt. 7-8-9-10-12 Capitolato ha fornito un' ampia descrizione della tipologia di Cappe (nuove) che il concorrente si impegnava a fornire (tra loro di tipo diverso, per caratteristiche funzionali), con definizione di tutte le puntuali specificità.

La valutazione compiuta in ordine al "pregio tecnico" (A4) delle nuove cappe proposte rientra nell'apprezzamento tecnico discrezionale della Commissione, il quale, nel caso in esame, non si appalesa viziato da grave illogicità e/o contraddittorietà (cfr. verbale n. 5)

Le cappe di ASEM sono state, infatti, valutate (per A4), dai tre commissari, con un punteggio che va da 0,80 a 0,90; mentre quelle di GSA da 0,60 a 0,70.

A fronte di tali punteggi e dei criteri oggettivi prestabiliti nel Capitolato per la tipologia del bene da "fornire" la valutazione compiuta dai 3 Commissari non si rivela illogica e/o abnorme.

L' " acquisizione" di determinati beni è stata ritenuta, per GSG, congrua e di buon valore (quella di ASEM migliore, ancorchè non ottima, non avendo ottenuto dai Commissari il massimo del punteggio "1", posto che il massimo del punteggio poi conseguito, di 15 p., deriva dal meccanismo di "normalizzazione" (che ha determinato l'"elevazione" artificiosa del punteggio per tale voce; come avvenuto in tutti gli altri 3 casi-criteri), successivamente applicata alla media dei coefficienti espressi dai tre Commissari.

GSG svetta, invece, nell'altra voce delle "migliorie" (A3) ove ha ottenuto un punteggio dei commissari che va da 0,80 a 1, con superamento netto di ASEM (che ha ottenuto una valutazione ridotta, per l'apporto di migliorie, da 0,30 a 0,40).

La coerenza della complessiva valutazione compiuta dalla Commissione, inerente aspetti e profili distinti, affiora chiaramente considerando che le offerte prodotte dalle due imprese si caratterizzano diversamente:

l'una maggiormente esperta e professionalmente dotata per le "manutenzione e controlli ("servizi)" e l'altra, invece, più caratterizzata favorevolmente nella "produzione" di prodotti di maggior pregio, più moderni ed innovativi ("vendita-fornitura" di beni).

Ma i due profili (“manutenzione”-“fornitura”) non assumono rilevanza equivalente, tanto è vero che il primo, nell’ambito della valutazione globale ha un “peso” di 55/100 punti mentre il secondo ne ha soli 15/100.

Preponderanza di punteggio che rappresenta, del resto, il consistente divario di valutazione per l’oggetto delle due prestazioni e collegato al “corrispettivo economico” dell’appalto (827.000 per “servizi” e 150.000 per “fornitura”).

In sostanza l’Amministrazione ha costruito ed articolato un bando ed un Capitolato dimostrando di aver un maggior interesse ad ottenere una corretta ed innovativa “ricognizione, manutenzione e sistema di controlli del sistema esistente (implementato dalle 14 cappe da acquisire, che sarebbero entrate a far parte del “sistema” globale), più che ad ottenere “il meglio” nella fornitura dei nuovi apparecchi, comunque soddisfacenti i requisiti minimi richiesti.

E, come risulta dai verbali, la valutazione assegnata a GSG per il “pregio tecnico” delle cappe non è stata scarsa né tantomeno insufficiente (0,6-0,7; contro 0,8-0,9 della ricorrente), con assegnazione di una media di 0,76 (normalizzata) per questa voce (A4), e di un punteggio finale, comunque ragguardevole, di 11,540 su 15 (anche se non il migliore; il voto attribuito non delinea certo una inadeguatezza della “fornitura”), considerato che il giudizio si differenzia per soli 3,5 punti, in meno, rispetto alla società ricorrente. A fronte di un divario, nella graduatoria per l’offerta tecnica, di 23,322 punti e, in quella finale (compreso cioè l’elemento economico), di 9,116.

Oltretutto si rammenta che la lex specialis aveva ritenuto di “non” prevedere una <soglia minima> di qualità per questo criterio A4, a differenza dei criteri A1 e A2 (inerenti i controlli-manutenzioni-tutoraggio) per i quali era stata, invece, stabilita la soglia di sbarramento dello 0,35, ritenuti del tutto prevalenti nell’economia globale dell’offerta qualitativamente più vantaggiosa, con rigetto di proposte aventi uno standard non rispettoso di un livello minimale.

A dimostrazione dell’elevata pretesa esistente in materia di “manutenzioni”, con, invece, tolleranza maggiore per la “fornitura”, che risultava già adeguata con il rispetto delle prescrizioni nelle caratteristiche specificamente richieste in Capitolato.

La mancata indicazione di una “soglia di sbarramento” per la voce <qualità tecnica> delle cappe (A4) indica indubbiamente un interesse affievolito e secondario per questa prestazione (non soggetta a soglia), posto che la fornitura-vendita risultava, comunque, già autonomamente garantita, nella sostanza, dalla preventiva analitica determinazione, in Capitolato, delle caratteristiche che i nuovi beni da acquisire dovevano necessariamente avere.

Con garanzia del rispetto delle tipologie (minime), già predeterminate dalla legge di gara, in riferimento alle diverse tipologie dei beni in commercio.

E, sul punto, occorre compiere un’ulteriore e finale riflessione:

La definizione preventiva delle caratteristiche era pienamente compatibile con la tipologia della

prestazione (vendita di un bene); questo elemento, invece, non poteva rinvenirsi anche nella prestazione inerente l'espletamento dei "servizi" articolati in ricognizioni, manutenzioni e sistemi di controllo.

Questo complessivo "servizio" non risultava avente caratteristiche predeterminate, in quanto il sistema complessivamente proposto era il frutto, sulla base delle linee guida dell'Amministrazione, di "elaborazione" e studio da parte della società, con sviluppo di un "progetto" che contemplava le diverse tipologie di prestazioni (manutenzioni, controlli, tutoraggi), come articolate ed esposte nell'offerta tecnica (cfr. docc. 22 e 24 ricorrente).

Il tutto "apprezzato" dalla commissione, nella valutazione, con l'applicazione dei primi tre criteri A1-A2-A3.

L'attribuzione di un punteggio per la "fornitura" (A4) costituisce, dunque, un aspetto inerente la vendita-acquisizione di prodotti già circolanti sul mercato.

Le prestazioni (preponderanti) di manutenzione-controllo-tutoraggio non sono integralmente predefinite, ma richiedevano l'elaborazione di una proposta tecnica da parte del concorrente.

Per la voce (A1) la Commissione ha ritenuto, nel caso di specie, ottimo il "servizio" globalmente offerto (nelle sue varie caratterizzazioni) da GSG, con l'attribuzione del massimo del punteggio ("proprio", cioè non elevato per opera della normalizzazione successiva dei punteggi) di 25, in quanto tutti i commissari hanno attribuito per tale voce preponderante il coefficiente massimo di "1" (a fronte di 13,325 di ASEM; coefficienti da 0,50 a 0,60), riconoscendo la vocazione maggiormente specialistica di GSG nella manutenzione, rispetto alla produzione (vendita – fornitura) di cappe. Del resto proprio per la mancata maturazione, in proprio, del requisito di fatturato per la fornitura di nuove cappe GSG aveva stipulato specifico contratto di avvalimento (già esaminato nella prima parte di questa trattazione), per l'acquisizione del requisito finanziario (relativamente al fatturato nel triennio precedente 2012/2014) richiesto dal bando per la partecipazione alla gara.

In definitiva non è, dunque, condivisibile la tesi sostenuta in ricorso, e ribadita nelle successive memorie, che dovrebbe esservi una < stretta correlazione > ed un intimo collegamento, con obbligo di coerenza ed omogeneità di punteggio fra gli elementi di cui al punto A1 con quelli contemplati al punto A4.

Se un soggetto "fornisce" cappe ritenute tecnicamente migliori (A4) ciò non implica necessariamente (come vorrebbe parte ricorrente) che questo sia, anche, il "manutentore" migliore del sistema (preesistente ed implementato).

Nè che questo debba ottenere, necessariamente anche l'attribuzione di un punteggio molto elevato.

Si tratta di prestazioni profondamente differenti richieste dalla stazione appaltante.

All'alta valutazione di A4 (per ASEM) non deve, quindi, necessariamente corrispondere, per

coerenza, per il medesimo concorrente, anche un'alta valutazione dell'altro fattore (A1), contemplando profili del tutto diversi.

Il soggetto che "organizza" la ricognizione, manutenzione ed i controlli offre una prestazione professionalmente diversa rispetto a quella del mero fornitore di un bene, circolante sul mercato.

La prestazione di "servizi" è articolata in una stabile (e continuativa, nel biennio contrattuale) esplicazione di poteri-doveri di manutenzione/controllo costante del sistema con monitoraggio-tutoraggio, vigilanza, riparazioni,..ecc., tipiche della prestazione di un contratto di "SERVIZI" attinenti la verifica ed il miglioramento di un "impianto" preesistente (e non limitata ad una fornitura di un bene commerciale).

E la "proposta-progetto" di GSG in ordine alle manutenzioni-controlli-tutoraggi (contemplati nei primi 3 criteri) è stata ritenuta la migliore ($25+20+10=55$), in quanto i "servizi" offerti sono stati valutati, per tutti i tre profili, migliori rispetto a quelli proposti da ASEM ($13,325+10,660+4,233=28,218$).

Solo per la "fornitura" di cappe (quarto ed ultimo criterio) la ricorrente ASEM ha ottenuto il punteggio massimo di 15 (peraltro frutto di riparametrazione, posto che i coefficienti ottenuti erano di 0,80-0,90, e non di 1).

La valutazione di tale elemento, limitato alla "vendita di beni", previa analisi della loro "pregevolezza tecnica", non si pone in contraddizione con le valutazioni compiute in relazione alle proposte formulate dai concorrenti materia di espletamento di "servizi", e racchiuse in un progetto organico.

Il "progetto" di un servizio, che doveva essere studiato e proposto dal concorrente, utilizzando la propria capacità professionale, implicante non solo l'utilizzo di utilità "preesistenti e preconfezionate", in quanto l'articolazione del servizio doveva essere personalizzato e adattato alle specifiche esigenze della stazione appaltante.

L'Amministrazione per i beni da acquisire poteva richiedere requisiti e caratteristiche rinvenibili in "prodotti" preesistenti; diversamente per il "servizio" formulava ed esponeva le richieste connesse alle esigenze, con conseguente necessaria acquisizione dal concorrente di una proposta operativa di ricognizione/controllo remoto/tutoraggio/migliorie attinente il complessivo e delicato "servizio complessivo di gestione costante dell'intero sistema".

In questo quadro di riferimento non può condividersi l'affermazione compiuta da parte ricorrente che dagli atti emergerebbe una "zona totalmente oscura" in riferimento agli ottenuti 25 punti su 25 per il criterio A1.

Infine un cenno merita la contestazione del punteggio inerente l'offerta "migliorativa del servizio di manutenzione", indicato sub "A3", ove la ricorrente ha ottenuto un punteggio di soli 4,23 su 10 (a fronte dei 10 punti ottenuti da GSG), nonostante ASEM possieda un'apposita certificazione per la qualità del servizio di manutenzione (doc. 23).

Premesso che i coefficienti attribuiti per A3 indicano, per ASEM una scarsa valutazione (da 0,30 a 0,40, con coefficiente medio assegnato di 0,367), a fronte di coefficienti assegnati a GSG da 0,80 a 1, con conseguente attribuzione del massimo del punteggio (10), nel caso di specie la Commissione doveva compiere una complessiva valutazione delle migliori offerte, specificamente, nel servizio di manutenzione, individualizzato allo specifico appalto, in considerazione delle esigenze tecniche peculiari dell'amministrazione appaltante. A fronte di tale considerazione non può considerarsi elemento di rilevanza "assoluta" il possesso della certificazione per la qualità del servizio, che ASEM detiene, e che indubbiamente indicatore di un alto livello, in generale, per queste prestazioni; ma tale profilo non poteva/doveva costituire l'unico fattore di considerazione, in considerazione del fatto che "le migliori di manutenzione" andavano studiate ed apportate ad un sistema esistente e dovevano essere definite "in modo concreto" in relazione alle specifiche strutture oggetto di ricognizione/manutenzione.

Ciò significa che la qualità nel servizio di manutenzione doveva riflettersi anche nel concreto apporto di migliorie sostanziali nella gestione degli impianti.

In ogni caso si evidenzia, in punto di prova di resistenza, che per tale voce la differenza di punteggio fra le due concorrenti è stata di 5,77 punti; a fronte di una differenza di punteggio finale di 9,116.

In conclusione il Collegio ritiene che anche tutte le articolate e molteplici censure contenute nel secondo motivo di ricorso vanno respinte, sia in riferimento all'omessa definizione di criteri nell'espressione del giudizio dei Commissari (griglia), sia in ordine alla ritenuta valutazione illogica e contraddittoria, vanno respinte, in quanto l'esame da parte della commissione è stato compiuto in modo coerente a quanto disposto dalla normativa regolamentare e dalla legge di gara (che l'ha recepita), con espressione di valutazioni ad essa aderenti, in stretta applicazione dei criteri prestabiliti in Capitolato.

In conclusione il ricorso va respinto.

Le spese di giudizio, in considerazione della particolarità della fattispecie, possono essere integralmente compensate fra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 26 ottobre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Caro Lucrezio Monticelli, Presidente

Grazia Flaim, Consigliere, Estensore

Antonio Plaisant, Consigliere

Guida alla lettura

La sentenza in esame affronta due problematiche:

1. quella, sotto certi aspetti trattata di recente anche dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, del grado di precisione dell'oggetto necessario ai fini della validità di un contratto di avvalimento (nel caso di specie, avvalimento di garanzia);

2. quella concernente il grado di determinatezza dei criteri valutativi definiti dal disciplinare di gara, ai fini dell'attribuzione del punteggio all'offerta tecnica secondo il metodo aggregativo compensatore.

1. Quanto alla prima tematica, con il ricorso presentato dall'operatore economico secondo classificato avverso il provvedimento di aggiudicazione definitiva e gli atti ad esso collegati viene lamentata l'assenza in capo all'aggiudicatario dei requisiti soggettivi richiesti dal bando di gara e, in specie, del requisito finanziario del fatturato minimo nel triennio, sul presupposto della nullità - per indeterminatezza dell'oggetto - del contratto di avvalimento intercorso tra l'aggiudicataria e la sua ausiliaria, che avrebbe dovuto prestarle tale requisito.

L'aspetto essenziale della questione è se oggetto del contratto di avvalimento - nel caso in cui venga prestato il requisito del fatturato minimo nel triennio precedente - possa essere esclusivamente il "titolo" finanziario, ossia la messa a disposizione del fatturato da parte dell'ausiliaria, ovvero sia necessaria una più puntuale individuazione delle risorse e dei mezzi posti a disposizione dell'ausiliata nell'esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto di appalto.

La soluzione accolta dal T.A.R. Sardegna^[1] si pone in linea con la più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato in materia.

Prioritaria alla risoluzione del problema è, nell'ottica del Collegio sardo, la distinzione tra avvalimento operativo e avvalimento di garanzia.

Mentre nel primo caso (in cui l'impresa ausiliaria "presta" all'ausiliata requisiti di capacità tecnica o professionale) il contratto deve indicare specificamente tutti i mezzi e le risorse messe a disposizione del concorrente, nel secondo (in cui l'impresa ausiliaria si limita a porre

al servizio dell'ausiliata la propria solidità economica e finanziaria) può contenere un impegno più generico, atteso che l'ausiliaria si limita qui a fornire una garanzia economica per l'adempimento delle prestazioni oggetto dell'appalto.

Per meglio chiarire le conclusioni alle quali giunge il T.A.R. sardo è utile richiamare la sentenza della quinta sezione del Consiglio di Stato n. 1032, del 15 marzo 2016, ove – proprio nel confermare una pronuncia del T.A.R. Sardegna – il Collegio rileva che nell'avvalimento di garanzia *«in sostanza, ciò che la impresa ausiliaria mette a disposizione dell'impresa ausiliata è il suo valore aggiunto in termini di solidità finanziaria e di acclarata esperienza di settore, dei quali il fatturato costituisce indice significativo. Ne consegue che **non occorre che la dichiarazione negoziale costitutiva dell'impegno contrattuale si riferisca a specifici beni patrimoniali o ad indici materiali atti ad esprimere una determinata consistenza patrimoniale e, dunque, alla messa a disposizione di beni da descrivere ed individuare con precisione, essendo sufficiente che da essa dichiarazione emerga l'impegno contrattuale della società ausiliaria a prestare ed a mettere a disposizione della c.d. società ausiliata la sua complessiva solidità finanziaria ed il suo patrimonio esperienziale, garantendo con essi una determinata affidabilità ed un concreto supplemento di responsabilità»**.*

A ulteriore conforto della soluzione accolta il Collegio sardo richiama anche la recente pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 23 del 4 novembre 2016 che – nel superare la tesi giurisprudenziale secondo la quale, a mente dell'art. 88 del D.P.R. 207/2010, l'oggetto del contratto di avvalimento deve essere (non meramente determinabile ma) puntualmente determinato - ha statuito che non possa essere ritenuto nullo un contratto di avvalimento laddove, pur non essendo puntualmente determinata una parte dell'oggetto, essa sia tuttavia agevolmente determinabile dal tenore complessivo del documento, e ciò anche in applicazione degli artt. 1346, 1363 e 1367 del Codice civile.

Di conseguenza il contratto di avvalimento può essere ritenuto valido laddove il suo oggetto risulti, comunque - ancorché non specificamente determinato - determinabile, alla luce delle altre clausole contrattuali e del contratto nel complesso nonché in ossequio al principio di conservazione del contratto.

Come accennato, la soluzione adottata dal T.A.R. Sardegna non è univoca in giurisprudenza.

Un secondo fronte giurisprudenziale accoglie la tesi contrapposta a quella dianzi esposta, rilevando la mera valenza descrittiva della distinzione tra le figure dell'avvalimento di garanzia e dell'avvalimento operativo, in assenza di un fondamento normativo della stessa, con conseguente impossibilità di ricondurre alle due figure differenti regimi giuridici.

Da ciò la considerazione per cui anche nei contratti di avvalimento (cosiddetto) di garanzia è **necessario indicare, a pena di nullità** - in ossequio alla teorica della cosiddetta "forma-contenuto" - **gli specifici fattori della produzione e tutte le risorse che hanno permesso all'ausiliaria di eseguire le prestazioni analoghe nel periodo richiesto da bando** (in tal senso, *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 14 aprile 2016, n. 1504; C.G.A. Regione Sicilia, ordinanza 19 febbraio 2016, n. 52; Consiglio di Stato, sez. III,

sentenza 17 giugno 2014, n. 3057; Consiglio di Stato, sez. III, sentenza 22 gennaio 2014, n. 294).

Un orientamento mediano sposa, infine, un **approccio “casistico”**, sostenendo che per stabilire il grado di specificità dell'oggetto necessario per la validità del contratto di avvalimento si debba aver riguardo a **come, in concreto, il requisito prestato si ponga nell'ambito della *lex specialis***. Secondo tale tesi, l'avvalimento di garanzia non implica in genere il coinvolgimento di aspetti specifici dell'organizzazione dell'impresa (dacché la possibilità che essi non siano specificati in contratto e nella dichiarazione resa alla stazione appaltante); tuttavia, ogni qualvolta tali aspetti assumano rilievo nel contesto della gara, rispondendo «*ad un concreto interesse della stazione appaltante, quale desumibile dall'indicazione del requisito stesso*», essi devono essere specificamente dedotti all'interno del contratto di avvalimento (in tal senso: *Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 22 dicembre 2016, n. 5423; Tar Lombardia, Brescia, sez. II, sentenza 7 ottobre 2015, n. 1254*).

La disciplina dell'avvalimento contenuta nel D. Lgs. 50/2016, pur contenente alcune novità rispetto al precedente Codice, non offre spunti - a parere di chi scrive - per risolvere la questione, atteso che il comma 1 dell'art. 89 si limita a statuire, in merito al contenuto del contratto, che l'ausiliaria deve obbligarsi a «*mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente*», senza precisare se queste ultime, siano esse operative ovvero meramente economiche, debbano essere oggetto di puntuale enunciazione all'interno del contratto.

2. La seconda questione affrontata dal Collegio sardo riguarda, come anticipato, il grado di determinatezza “minimo” dei criteri valutativi definiti dal disciplinare di gara, ai fini dell'attribuzione del punteggio all'offerta tecnica secondo il metodo aggregativo compensatore.

Il ricorrente contesta, in particolare, l'omessa previsione da parte della Stazione appaltante di una griglia esplicativa dei giudizi numerici attribuibili dai singoli commissari ai requisiti oggetto di valutazione. Nel caso in esame, il disciplinare di gara aveva previsto l'aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa con applicazione del metodo aggregativo compensatore di cui all' Allegato “P” del D.P.R. n. 207/2010. Più precisamente, esso disponeva:

- per ciascun requisito in valutazione, l'attribuzione di un punteggio variabile tra zero e uno, da parte di ciascun commissario;
- per ciascun requisito in valutazione, il calcolo della media tra i punteggi attribuiti da ciascuno dei commissari;
- per ciascun requisito in valutazione, il riporto a uno della media massima così ottenuta e il conseguente proporzionamento delle altre medie;

- la moltiplicazione del coefficiente così ottenuto per il peso attribuito al requisito in valutazione;
- la sommatoria dei punteggi attribuiti per ciascuno degli elementi valutati.

Ciò che il ricorrente lamenta è, in sostanza, la mancata elaborazione di una griglia di sub-punteggi, idonea in sostanza a trasformare il punteggio numerico assegnato (tra zero e uno) in un giudizio “verbale”, ossia espresso in parole.

Prima di esporre la soluzione adottata dal T.A.R. Sardegna giova rammentare che - essendo la valutazione della commissione esercizio di un potere espressione di discrezionalità tecnica - il sindacato del G.A. è limitato, secondo pacifica giurisprudenza, alle ipotesi di manifesta illogicità, irrazionalità o arbitrarietà della valutazione, nonché ai casi di travisamento dei fatti ovvero ai casi in cui siano rilevabili specifiche censure circa la plausibilità dei criteri valutativi o la loro applicazione^[ii].

Il Collegio sardo non rinviene, nell’operato dell’Amministrazione, alcuna delle suddette ipotesi. In particolare, secondo i giudici della prima sezione, la mancata previsione della griglia dei sub-punteggi non inficia la legittimità del procedimento seguito dalla Commissione: *«il meccanismo previsto dalla norma regolamentare e di lex specialis, con l’espressione di coefficienti individuali da parte di ciascun commissario, “da zero a uno”, poi riportati “a media” (e successivamente riparametrati) risulta autosufficiente e non richiede la definizione di sub-criteri/sub-parametri inerenti il giudizio singolarmente espresso (da 0 a 1)»*.

Tale soluzione si pone in linea di continuità con diverse pronunce del Consiglio di Stato, che precisano che *“nelle gare pubbliche il punteggio numerico assegnato ai singoli elementi di valutazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa integra una sufficiente motivazione a condizione che siano prefissati, con chiarezza e adeguato grado di dettaglio, i criteri di valutazione, prevedenti un minimo ed un massimo (cfr. Cons. Stato, III, n. 112/2016, n. 5717/2015 e n. 4698/2014; V, n. 5450/2015) [...] E’ dunque necessaria una adeguata articolazione dei criteri, per specificità dei parametri e limitatezza dei punteggi a ciascuno di essi attribuibile, ad opera della lex specialis, essendo altrimenti necessaria una puntuale motivazione dei singoli punteggi attribuiti. (cfr. Cons. Stato, III, n. 4067/2014)”* (Cons. Stato, sez. III, sentenza 7 marzo 2016, n. 921).

Giova rilevare che l’Autorità Nazionale Anticorruzione, nelle recenti linee guida attuative del D.Lgs. 50/2016 per la disciplina dell’offerta economicamente più vantaggiosa (*Linee guida n. 2 approvate dal Consiglio dell’Autorità con delibera n. 1005 del 21 settembre 2016*), ha inteso – in chiave di prevenzione della corruzione – limitare la discrezionalità della stazione appaltante imponendo, per le ipotesi di adozione del metodo aggregativo compensatore, l’esplicitazione della motivazione della valutazione numerica espressa dai commissari. Si legge, infatti, a pag. 10 delle suddette linee guida che in tal caso *“ciascun commissario attribuisce un punteggio a ciascuna offerta. Le ragioni di tale attribuzione devono essere adeguatamente motivate e la motivazione deve essere collegata ai criteri presenti nel bando”*.

[\[i\]](#) Soluzione peraltro in linea con il fondamento dell'istituto che va ricercata nel principio comunitario secondo cui bisogna assicurare la più ampia partecipazione del sistema delle imprese al mercato delle grandi commesse pubbliche, consentendo alle imprese minori lo scambio dei requisiti mediante il superamento dei rigidi meccanismi delle aggregazioni imprenditoriali (per una compiuta disamina dell'istituto anche alla luce del nuovo Codice dei contratti si rimanda al pregevole contributo di Gianpiero Paolo Cirillo "Il contratto di avalimento nel nuovo codice dei contratti pubblici: il persistente problema della sua natura giuridica, in Rivista del Notariato, fasc.3, 2016, pag. 578).

[\[ii\]](#) E' utile precisare che l'orientamento giurisprudenziale prevalente cui il T.a.r. Sardegna aderisce da tempo si è fatto portatore di un modello di sindacato pieno, intrinseco, effettivo, ma non sostitutivo relativamente agli apprezzamenti tecnici. In definitiva il giudice può ripercorrere il ragionamento seguito dall'amministrazione al fine di verificare la ragionevolezza, la logicità, la coerenza dell'iter logico seguito, senza però potervi sostituire un sistema valutativo differente da lui stesso individuato. Potrà quindi accertare la presenza di vizi, ora riconducibili all'eccesso di potere (es. il travisamento di fatti, la falsità del presupposto, l'erronea valutazione dei fatti, la carenza di motivazione, il difetto di istruttoria), ora riconducibili alla violazione di legge o alla incompetenza? (sul punto la giurisprudenza cui il T.a.r. Sardegna aderisce è copiosa; si possono citare, tra le altre, Cons. Stato, Sez. VI, 1 marzo 2012, Cass., Sez. un., 20 gennaio 2014, n. 1013, Cons. di Stato, Sez. IV, 26 agosto 2016, n. 3701).