

## Impugnazione dell'aggiudicazione nel rito "superaccelerato" e genericità del contratto di avvalimento

di Michele Di Donna

Data di pubblicazione: 28-6-2017

1. È ammissibile l'impugnazione dell'aggiudicazione di un appalto nell'ambito del rito "superaccelerato" avverso l'ammissione di un concorrente, assoggettato alla disciplina dell'art. 120, comma 2-*bis* c.p.a., in applicazione analogica dell'art. 32, comma 1° c.p.a..

2. Va annullata l'aggiudicazione di un appalto nel caso in cui la controinteressata ha stipulato un contratto di avvalimento ex art. 89, d.lgs. n. 50/2016 che presenta un oggetto generico, in quanto identificato con la (solo eventuale) messa a disposizione delle risorse necessarie a integrare il requisito speciale mancante in capo all'o.e. e la cui determinazione è rimessa a singoli accordi futuri e incerti.

3. Il contratto di avvalimento, rappresentando il presupposto per la partecipazione alla gara di un operatore economico, non può, in nessun caso, essere colmato nel suo contenuto con il soccorso istruttorio, stante la carenza di un requisito speciale al momento della presentazione dell'offerta.

(1) Conforme T.A.R. Puglia, Bari sez. I, 7 dicembre 2016, n. 1367; T.A.R. Campania, Napoli, sez. XIII, 5 maggio 2017, n. 2420 e 24 aprile 2017, n. 2230; *idem*, sez. I, 19 gennaio 2017, n. 434. Diforme Cons. Stato, sez. V, ord. 14 marzo 2017, n. 1059.

(2) Conforme Cons. Stato, sez. V, 22 gennaio 2015, n. 275; *idem*, 23 ottobre 2014, n. 5244. Non sono stati rinvenuti precedenti difformi.

(3) Conforme Cons Stato, sez. V, 27 luglio 2016, n. 3396. Non sono stati rinvenuti precedenti difformi.

### Guida alla lettura

La vicenda che ha dato seguito alla sentenza segnalata concerne l'impugnazione **ex art. 120, comma 2-bis c.p.a.** [introdotto dall'art. 204, comma 1°, lett. b) del d.lgs. 50/2016] avverso l'**ammissione** di un'impresa a una gara bandita da un Comune avente a oggetto il servizio di mensa scolastica (a ridotto impatto ambientale), per la durata di sette anni.

Nelle more del giudizio, veniva disposta dalla civica P.A. l'**aggiudicazione dell'appalto** in favore dell'o.e. la cui ammissione era stata contestata, che la ricorrente avversava così con **motivi aggiunti** nel contesto del rito "**superaccelerato**", lamentandone l'illegittimità, oltre al resto, per vizi inerenti al contratto di avvalimento stipulato dall'aggiudicataria.

La stazione appaltante e quest'ultima eccepivano l'**inammissibilità** del gravame aggiuntivo in quanto, a loro avviso, avrebbe dovuto essere proposto con **ricorso autonomo** e non nell'ambito del giudizio ex comma 2-*bis* dell'art. 120 c.p.a..

Con sentenza non definitiva 7 dicembre 2016 n. 1367, la sez. I del T.A.R. di Bari respingeva le eccezioni processuali avanzate dalle controparti statuendo che, in conformità al disposto di cui all'**art. 32, comma 1° c.p.a.**, è possibile il cumulo delle domande, soggette a riti diversi, nell'ambito dello stesso giudizio, qualora siano connesse, applicandosi in tal caso la **disciplina processuale meno speciale** che garantisce maggior diritto di difesa per le parti: conseguentemente fissava l'udienza di discussione del ricorso.

Nelle difese presentate in vista dell'udienza pubblica, l'amministrazione e l'aggiudicataria reiteravano però la censura d'inammissibilità del gravame, fondandola sul successivo *obiter* del **Consiglio di Stato** reso con **ordinanza della sez. V, 14 marzo 2017, n. 1059**; in un caso analogo a quello in esame, Palazzo Spada, infatti, aveva statuito l'impossibilità della trattazione congiunta di domande soggette a riti diversi in materia di appalti, poiché in tal modo verrebbe ostacolata la finalità che il legislatore ha inteso assegnare al rito "**super-speciale**", dell'acquisizione tempestiva della **certezza sulla platea** dei partecipanti alla gara.

Il Collegio barese, con la sentenza in esame, ha tuttavia confermato il rigetto dell'eccezione, ribadendo le conclusioni attinte con la sentenza non definitiva; in particolare ha obiettato, dichiaratamente ponendosi in contrasto con l'interpretazione del Consiglio di Stato, che l'esegesi di quest'ultimo, pur non escludendo che potesse trovare fondamento nell'impianto normativo del Codice dei contratti pubblici, conduce a una "**frammentazione**" di **domande** cumulabili in un unico giudizio, in violazione dei principi di proporzionalità e ragionevolezza per l'accesso alla difesa giurisdizionale.

Tanto assodato, il G.A. di Bari ha pertanto affrontato il merito del gravame, condividendo il profilo di censura per cui il contenuto del **contratto di avvalimento** stipulato fra aggiudicataria e impresa ausiliaria ai sensi dell'**art. 89, d.lgs. n. 50/2016**, fosse generico e indeterminato. Com'è noto, infatti, la disciplina richiamata sancisce l'obbligo dell'ausiliaria di **mettere a disposizione** dell'avvalente, per tutta la durata dell'appalto, le risorse atte a soddisfare in concreto la richiesta dei **requisiti speciali** di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale ex **art. 83, comma 1, lett. b) e c) del Codice**, imposti per la partecipazione alla gara.

Sulla fattispecie, il T.A.R. ha ritenuto che l'impegno dell'ausiliaria risultante dal contratto si concretasse nel prestito di un "**valore puramente cartolare e astratto**", dovendo, invece, garantire alla concorrente l'effettiva disponibilità dei mezzi e dell'apparato organizzativo aziendale per la regolare esecuzione del contratto d'appalto.

A giudizio del Collegio, infatti, dalla locuzione “ogni qual volta necessario” esposta dall’ausiliaria nel contratto, in merito al “prestito” di soggetti qualificati ed esperti *ex art. 89 cit.*, risulta evidente l’assenza di un impegno serio, attuale e certo per lo svolgimento del servizio oggetto di gara. Per cui, richiamando “perspicace dottrina”, l’adito G.A. ha efficacemente sottolineato come dal contratto di avvalimento deve seguire anche un **effetto reale**, di segregazione patrimoniale, e non solo obbligatorio, occorrendo che per l’intera durata dell’appalto le risorse promesse dall’impresa ausiliaria **siano staccate dal proprio complesso aziendale** e destinate all’esecuzione dell’appalto.

Peraltro, ha soggiunto il Tribunale che l’indeterminatezza del contratto di avvalimento non avrebbe potuto essere sopperita mediante l’utilizzo del **soccorso istruttorio**; l’istituto dell’avvalimento, rappresentando il presupposto per la partecipazione alla gara di un operatore economico, non può, in nessun caso, essere colmato con l’intervento del soccorso, stante la **carenza di un requisito speciale** al momento della presentazione dell’offerta (Cons. Stato, sez. V, 27 luglio 2016, n. 3396).

Per tali ragioni, ritenuti assorbiti gli altri motivi, il Collegio ha accolto il ricorso disponendo l’annullamento dell’aggiudicazione; ai sensi dell’art. 122 c.p.a., ha dichiarato l’inefficacia del contratto d’appalto, con conseguente **subentro della ricorrente**, fatte salve le prestazioni già effettuate dalla controinteressata.

Si segnala, infine, che il c.d. “correttivo” al Codice dei contratti pubblici, recepito con **d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56**, ha aggiunto un periodo al comma 1° dell’art. 89, stabilendo che: “Il contratto di avvalimento contiene, **a pena di nullità**, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall’impresa ausiliaria”; in talché, sanzionando quanto sopra con la massima sanzione civile e facendo propri i principi sanciti da Ad. Plen., 4 novembre 2016, n. 23.

## Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

### (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

### SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1072 del 2016, proposto da:  
RTI Ladisa s.p.a. - Pastore s.r.l., Ladisa s.p.a., Pastore s.r.l., rappresentati e difesi dagli  
avvocati Alessandra Ciocia C.F. CCILSN81M66A662R, Vito Aurelio Pappalepore C.F.

PPPVTI62S04A662Y, con domicilio eletto in Bari, via Pizzoli, 8;

***contro***

Comune di Valenzano, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Giovanni Vittorio Nardelli C.F. NRDGNN74B05A662N, con domicilio eletto presso il suo studio in Bari, via Melo Da Bari, 166;

***nei confronti di***

Capital s.r.l. in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Giovanni Lucio Smaldone C.F. SMLGNN74B20A662N, con domicilio eletto presso il suo studio in Bari, p.zza L. Di Savoia, 5;

***per l'annullamento***

- del provvedimento di aggiudicazione della gara (Determinazione del Responsabile del Servizio Lavori Pubblici del 20 settembre 2016 R.G. n. 883 – R.S. n. 196) per l'affidamento del servizio di mensa scolastica a ridotto impatto ambientale per la durata di sette anni scolastici CIG 6695100B4A;

- di ogni atto presupposto, connesso e consequenziale, ivi compreso il provvedimento di ammissione alla gara della Capital s.r.l. (di cui al verbale del 26 luglio 2016), dei verbali di gara, di tutti gli atti relativi al *sub*-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta e di verifica del possesso dei requisiti richiesti dalla *lex specialis*, nonché del provvedimento (anche implicito) con il quale il Comune di Valenzano ha mantenuto ferma l'aggiudicazione nonostante il preannuncio di ricorso in data 12 settembre 2016;

- in via subordinata, ove occorra, della *lex specialis* di gara nella parte in cui venga interpretata nel senso che, in ordine al requisito di capacità tecnica-professionale richiesto, il fatturato debba riferirsi agli ultimi tre esercizi e non agli ultimi tre anni antecedenti la pubblicazione del bando e debba essere considerato comprensivo di Iva e nella parte in cui si dovesse ritenere che i parametri di valutazione fissati del disciplinare abbiano carattere soggettivo;

**CON CONDANNA**

dell'Amministrazione intimata al ristoro dei danni patiti e patendi conseguenti all'illegittimità dei provvedimenti impugnati:

- in forma specifica, ai sensi degli artt. 121 e 122 c.p.a., attraverso l'aggiudicazione della procedura di gara al costituendo raggruppamento di imprese capeggiato da LADISA s.p.a., con eventuale annullamento e/o caducazione ovvero declaratoria di inefficacia del contratto stipulato;

- e in ogni caso, per equivalente economico, anche in considerazione della perdita di chance e delle spese di partecipazione alla gara;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Valenzano e di Capital Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore la dott.ssa Maria Grazia **D'Alterio**;

Uditi nell'udienza pubblica del giorno 5 aprile 2017 per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso notificato in data 24 settembre 2016, la ricorrente società, seconda graduata, è insorta avverso l'aggiudicazione definitiva disposta dal Comune di Valenzano in favore della controinteressata Capital - concernente il servizio di mensa scolastica a ridotto impatto ambientale, in epigrafe meglio precisato, nonché avverso il presupposto provvedimento di ammissione alla gara, chiedendone l'annullamento.

A sostegno del gravame ha articolato i seguenti motivi in diritto:

I) Violazione e falsa applicazione degli artt. 83 e 89 **D.lgs 50/2016**. Violazione e falsa applicazione dell' art. 3, lett. **d**) Disciplinare di gara. Eccesso di potere per erronea presupposizione, illogicità manifesta, travisamento, carente ed erronea istruttoria. Contraddittorietà. Sviamento. Illegittimità diretta e derivata: la COT, ausiliaria dell'aggiudicataria, non possiederebbe il requisito di capacità tecnica-professionale oggetto di avalimento (ovvero l'aver prestato *"negli ultimi tre anni precedenti servizi di mensa scolastica per un importo complessivo non inferiore a quello dell'appalto (€. 1.316.000,00)"*), il che, di conseguenza, renderebbe priva del requisito la stessa Capital s.r.l. che pertanto andava esclusa dalla gara.

II) Violazione e falsa applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. i), **d.lgs. 50/2016**. Violazione e falsa applicazione dell'art. 17, legge 12 marzo 1999, n. 68. Violazione e falsa applicazione art. 3 del disciplinare di gara. Violazione e falsa applicazione art. 75 DPR n.445/2000. Eccesso di potere per erronea presupposizione, illogicità manifesta, travisamento, carente ed erronea istruttoria. Sviamento. Illegittimità diretta e derivata: dalla visura storica effettuata emergerebbe

che la Capital era senza ombra di dubbio soggetta agli obblighi derivanti dalla normativa a tutela del lavoro dei disabili (Legge 12 marzo 1999, n. 68) e applicabile alle imprese con un numero di dipendenti superiore a 15 unità, con conseguente falsità della dichiarazione negativa invece resa da Capital.

III) Violazione e falsa applicazione dell'art. 80 **D. Lgs. 50/2016**. Eccesso di potere per erronea presupposizione, illogicità manifesta, travisamento, carente ed erronea istruttoria. Sviamento. Illegittimità diretta e derivata: la Capital non avrebbe reso le dichiarazioni imposte dall'art. 80 **D.lgs. n. 50/2016** con riferimento ai soggetti cedenti l'azienda con atto di rettifica del 13 luglio 2016, n. 8924/1T.

IV) Violazione e falsa applicazione art. 97 **D.Lgs. n. 50/2016**. Violazione del principio di immodificabilità dell'offerta. Eccesso di potere per erronea presupposizione, travisamento, illogicità manifesta, carente ed erronea istruttoria: dall'esame del sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, emergerebbero forti e pesanti criticità dell'offerta di Capital, nel complesso non giustificata ed inaffidabile sia in relazione al prezzo che al progetto tecnico, anche alla luce della violazione del principio generale di immodificabilità dell'offerta nonché di quanto richiesto e prescritto dal capitolato di gara.

V) Violazione e falsa applicazione degli artt. 27, c. 16; 30, c. 3 e 97, c. 5 **D.lgs n. 50/2016**. Violazione dell'art. 18 del Capitolato di gara. Violazione di principi di tutela dei diritti dei lavoratori. Eccesso di potere per erronea presupposizione, illogicità manifesta, travisamento, carente ed erronea istruttoria. Illegittimità diretta e derivata: la Capital avrebbe dovuto essere inoltre esclusa per aver formulato la propria offerta indicando un costo della manodopera inferiore a quello *ex lege* previsto, in violazione anche dell'art. 18 del capitolato di gara.

VI) Violazione e falsa applicazione dell'art. 95 e ss **D.Lgs. n. 50/2016**. Violazione della *par condicio*. Violazione dei canoni di trasparenza e predeterminazione dei criteri di valutazione. Sviamento. Illegittimità diretta e derivata: in subordine la ricorrente chiede la riedizione della gara in quanto la Commissione avrebbe introdotto alcuni sottocriteri non previsti dalla *lex specialis*.

2. Si sono costituiti in resistenza il Comune di Valenzano e la controinteressata Capital s.r.l., eccependo l'inammissibilità del gravame, in ragione:

- della sua tardività, non operando nella specie la sospensione feriale dei termini;
- della proposizione *uno actu* del ricorso avverso l'ammissione della controinteressata e della conseguente aggiudicazione definitiva in suo favore, sostenendo che la nuova formulazione dell'art. 120, commi 2 *bis* e 6 *bis* (così come introdotti dall'art. 204, comma 1, lett. **d**), **d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50**) avrebbe invece imposto la proposizione di due separati ricorsi, assoggettati a riti differenti e tra loro incompatibili, graduando una diversa forma di specialità connessa a differenti esigenze di celerità.

In tesi delle resistenti, la novella legislativa avrebbe chiaramente precluso ogni possibilità di ampliamento del *thema decidendum* nel giudizio promosso avverso le ammissioni (ex art. 120,

comma 2 *bis*, c.p.a.) con la conseguenza che ogni ulteriore questione riguardante il provvedimento conclusivo della procedura di gara, in quanto afferente ad un diverso segmento procedimentale avrebbe dovuto, a tutto concedere, essere proposta in un successivo e separato giudizio, da azionarsi ai sensi dell'art. 120, comma 6, c.p.a..

Nel merito, le parti resistenti hanno comunque concluso per la reiezione del ricorso, in ragione della infondatezza delle avverse censure.

3. Con sentenza non definitiva n. 1367 del 7 dicembre 2016 il Collegio ha respinto le innanzi evidenziate eccezioni preliminari di rito, evidenziando, tra l'altro:

- la tempestività dell'impugnativa avverso l'ammissione della controinteressata, in quanto proposta nei termini di cui all'art. 120, comma 2 *bis*, al netto del periodo non computabile di sospensione feriale, secondo la regola generale esplicitata dall'art. 54 c.p.a., pacificamente applicabile anche ai giudizi di cui al titolo V, libro IV c.p.a. (*cf.* paragrafo 3.1);

- l'ammissibilità dell'impugnativa anche sotto l'ulteriore profilo dedotto, atteso che il sistema non esclude, bensì consente, l'impugnativa congiunta dei provvedimenti di ammissione e di aggiudicazione definitiva (ove tempestiva), non potendosi obliterare l'indubbia connessione oggettiva e soggettiva, idonea a giustificare la trattazione in un unico giudizio delle domande proposte, atteso che - a mente dell'art. 32, comma 1 c.p.a. - *"È sempre possibile nello stesso giudizio il cumulo di domande connesse proposte in via principale o incidentale. Se le azioni sono soggette a riti diversi, si applica quello ordinario, salvo quanto previsto dal Titolo V del Libro IV"* (*cf.* paragrafo 3.2);

- l'applicabilità, in caso di cumulo di domande proposte avverso l'ammissione e l'aggiudicazione, del rito appalti disciplinato dall'art. 120 c.p.a., comma 6, desumendosi in via analogica dall'art. 32 c.p.a. la regola per cui, salvo deroghe espresse, deve ritenersi prevalente il rito meno speciale, ovvero quello in grado di fornire maggiori garanzie di difesa, per termini e adeguatezza del contraddittorio, per tutte le parti coinvolte nell'unica vicenda processuale (*cf.* paragrafo 5).

3.1 Diversamente opinando, va ribadito, ci sarebbe un'eccessiva compromissione del diritto delle parti di difendersi e contraddire, in ragione dalla *iper* brevità dei termini processuali di cui al più volte richiamato comma 6 *bis*, che non appare più giustificata ove si consideri che, a procedura di gara conclusa, viene a mancare l'interesse che il legislatore presume sussistere *ab initio* (indipendentemente dalla lesione conseguente alla mancata aggiudicazione) in capo a tutti i concorrenti, funzionale allo sviluppo della gara scevro da incertezze sui soggetti titolati a parteciparvi e di per sé idoneo a legittimare il ricorso avverso l'ammissione degli altri concorrenti, a prescindere dalla rispettiva collocazione nella graduatoria finale.

E' chiaro, infatti, che una volta sopravvenuto il provvedimento di aggiudicazione, viene meno la *ratio* sottesa al nuovo e speciale microsistema processuale, pacificamente individuata nella rapida costituzione di certezze giuridiche circa la *"platea dei soggetti ammessi alla gara in un momento antecedente all'esame delle offerte e alla conseguente aggiudicazione"* (*cf.* sullo

specifico punto parere del Consiglio di Stato n. 855/2016 del 1° aprile 2016), in modo da creare un giudicato formale che consenta lo sviluppo “pacificato” delle fasi successive della procedura (in termini, oltre T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, n. 1367/2016, *cf.* TAR Campania, Napoli, sez. XIII, 5 maggio 2017, n. 2420 e 24 aprile 2017, n. 2230; sez. I, 19 gennaio 2017, n. 434).

Di contro, a seguire la diversa esegesi propugnata dalle resistenti, si giungerebbe inevitabilmente alla “frammentazione” di domande pur intrinsecamente connesse e tempestivamente proponibili in un unico giudizio, con conseguente imposizione di un’inutile duplicazione di oneri, anche economici, per poter accedere alla tutela giurisdizionale, con violazione dei principi eurocomunitari di concentrazione dei giudizi e di effettività della tutela giurisdizionale di cui alle Direttive ricorsi nn. 89/665/CEE e 2007/66/CE.

Invero, l’assenza di uno iato temporale tra la fase preordinata a definire gli ammessi (e gli esclusi) - alla stregua dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali - e quella successiva che si conclude con l’aggiudicazione, necessario per rendere non più contestabile la platea dei soggetti titolati - per come definita in sede procedimentale ovvero a seguito di ricorso giurisdizionale - fa sì che non di rado si verifichino delle sovrapposizioni tra procedimento e processo che non trovano espressi criteri solutori nella nuova formulazione dell’art. 120 c.p.a., e che, tuttavia, ben possono trovare adeguate soluzioni per via interpretativa, rifuggendo da sproporzionate e non necessarie complicazioni processuali e sostanziali.

3.2 Le superiori conclusioni vanno ribadite al fine di superare l’ulteriore eccezione in rito spiegata dalla difesa del Comune e della controinteressata che hanno insistito per la declaratoria di inammissibilità del ricorso in quanto, per quanto esposto, irrualmente proposto cumulando la domanda di annullamento del provvedimento di ammissione (*ex art. 120, comma 2 bis c.p.a.*), e di aggiudicazione della gara *de qua* (*ex art 120, comma 6 c.p.a.*), anche richiamando la motivazione posta alla base della recente ordinanza cautelare della V sez. del Consiglio di Stato, n. 1059 del 14 marzo 2017, resa in relazione a fattispecie analoga, in cui tuttavia la questione di rito non era stata esplicitamente affrontata in fase cautelare in primo grado.

Il Collegio non condivide la soluzione interpretativa pur pervicacemente propugnata dalle resistenti e autorevolmente seguita dalla richiamata giurisprudenza: per quanto una tale esegesi non possa dirsi esclusa dall’impianto normativo risultante dal nuovo codice dei contratti, essa appare al Collegio confliggente con i principi di proporzionalità e ragionevolezza dei limiti posti all’accesso alla difesa giurisdizionale.

Detta soluzione, infatti, finisce per imporre ai concorrenti che intendano sottoporre l’operato della S.A. al sindacato del giudice amministrativo una duplicazione di oneri processuali ed economici, per quanto esposto non più giustificata una volta intervenuta l’aggiudicazione, facendo emergere seri dubbi sulla costituzionalità del nuovo impianto normativo, così interpretato, in relazione alla compressione del diritto alla difesa che ne deriva; oltre che sulla sua compatibilità con le su richiamate direttive ricorsi, che impongono agli Stati membri di rendere accessibili le procedure di ricorso.



3.3 Il ricorso è dunque ammissibile sotto tutti i profili in rito esaminati.

4. Si può quindi passare all'esame nel merito dei motivi di impugnativa.

4.1 Con il primo motivo di ricorso il R.T.I. capeggiato da Ladisa lamenta l'assenza in capo all'ausiliaria e, dunque, all'aggiudicataria-avvalente, del requisito di capacità tecnica richiesta dall'art. 3, lett. **d)** del CSA, non avendo dimostrato di aver prestato *“negli ultimi tre anni precedenti servizi di mensa scolastica per un importo complessivo non inferiore a quello dell'appalto (€. 1.316.000,00)”*.

In tesi di parte ricorrente la predetta disposizione della *lex specialis* avrebbe imposto alla S.A. di verificare il possesso dei predetti requisiti di capacità tecnica della controinteressata con riferimento agli ultimi tre anni antecedenti la pubblicazione del bando e non invece agli ultimi tre esercizi finanziari, in armonia con la connessa disciplina normativa e relativa giurisprudenza elaborata nel vigore del **D.lgs. 163/2006** e applicabile, *mutatis mutandi*, alla nuova disciplina introdotta dal **D.Lgs. 50/2016**.

Dunque, poiché l'avviso di gara è stato spedito il 16 giugno 2016, pubblicato sulla GUCE il 21 giugno 2016 e sulla GURI il 1° luglio 2016, il termine finale del triennio valutabile antecedente alla presentazione del bando era al più individuabile nella data del 1° luglio 2013.

Alla luce di detta precisazione, emergerebbe in tutta chiarezza l'insufficienza dei requisiti prestati dall'ausiliaria COT, erroneamente ritenuti dalla Stazione appaltante come esplicativi della richiesta capacità tecnica, che di contro non avrebbe dovuto computare i servizi svolti antecedentemente alla predetta data (ovvero nel periodo gennaio - giugno 2013).

4.2 Il motivo è fondato.

4.2.1 Va premesso che in merito al periodo da considerare ai fini della dimostrazione del requisito in discussione, risultano ancora pertinenti e applicabili anche al nuovo impianto codicistico (*cf.* art. 83, commi 4-8 e art. 86, commi 4 e 5, **D.lgs. 50/2016** e relativo Allegato XVII, parte I e II) i principi espressi dalla giurisprudenza con riferimento agli artt. 41 e 42 **D.lgs. 163/2006**, rispettivamente in relazione ai requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale: mentre per la dimostrazione della capacità economico-finanziaria (art. 41 *cit.*) il triennio da prendere in considerazione è quello decorrente dal 1° gennaio e ricomprende i tre anni solari antecedenti la data del bando (atteso che la norma fa riferimento alla nozione di “esercizio” inteso come anno solare); per la capacità tecnica e professionale (art. 42 *cit.*) *“il triennio di riferimento è quello effettivamente antecedente la data di pubblicazione del bando e, quindi, non coincide necessariamente con il triennio relativo al requisito di capacità economico finanziaria”* (Cons. Stato, VI, 6.5.2014 n. 2306).

L'allegato XVII del **D.lgs. 50/2016**, intitolato *“Mezzi di prova dei criteri di selezione”*, richiamato dall'art. 86, commi 4 e 5, del precitato Decreto, in continuità con la pregressa disciplina del Codice, continua a riferirsi:

- quanto alla dimostrazione della capacità economica e finanziaria dell'operatore economico,

ai concetti di “fatturato” ed “esercizio finanziario”, quest’ultimo da intendersi come periodo di 365 giorni che va dal 1 gennaio al 31 dicembre di ciascun anno, ricomprendendosi, pertanto, con il sintagma “ultimi tre esercizi” i tre anni solari antecedenti la data del bando (cfr. allegato XVII, parte I, lett. c);

- quanto alla dimostrazione della capacità tecnica, al periodo continuativo costituito dagli “ultimi tre anni”, da calcolarsi a ritroso rispetto alla data di pubblicazione del bando; richiedendosi all’uopo all’operatore economico di fornire “*ii) un elenco delle principali forniture o dei principali servizi effettuati negli ultimi tre anni, con indicazione dei rispettivi importi, date e destinatari, pubblici o privati. Se necessario per assicurare un adeguato livello di concorrenza, le amministrazioni aggiudicatrici possono precisare che sarà presa in considerazione la prova relativa a forniture o a servizi forniti o effettuati più di tre anni prima*”(cfr. allegato XVII, parte II, lett. ii).

Analogamente l’art. 4 del disciplinare di gara ha richiesto ai concorrenti quale requisito di partecipazione l’aver “*prestato negli ultimi tre anni precedenti servizi di mensa scolastica per importo complessivo non inferiore a quello dell’appalto (€. 1.316.000,00) (riportare tipologia del servizio effettuato, la data di effettuazione, il destinatario)*”, chiaramente riferendosi al periodo temporale di effettivo svolgimento del servizio, costituito dai tre anni consecutivi precedenti al bando (e non agli ultimi tre esercizi finanziari cui invece espressamente fa riferimento l’art. 2 del contratto di avvalimento in atti).

Dunque, alla luce della piana lettura della normativa vigente e della *lex specialis* era chiaramente evincibile la necessità di fornire prova dell’esperienza tecnica e professionale maturata in relazione agli ultimi tre anni dalla data del bando, non emergendo peraltro nella fattispecie concreta elementi tali da far sorgere dubbi al riguardo o da far ritenere plausibile un’interpretazione divergente dalla quella innanzi richiamata.

Del resto, una diversa interpretazione del bando e della normativa di riferimento condurrebbe all’esito, del tutto irrazionale, di ritenere spendibili i servizi più risalenti (e perciò meno rilevanti) e non quelli di più recedente esecuzione e quindi di maggior interesse ai fini della verifica della capacità tecnico - professionale attuale (cfr. T.A.R. Aosta, Valle d’Aosta, sez. I, 20 marzo 2015, n. 24).

In termini si è anche espressa l’Avcp, oggi Anac, che ha da tempo chiarito che: “*ai fini della dimostrazione della capacità finanziaria ed economica delle imprese partecipanti ad una gara per l’affidamento di un appalto di servizi, l’art. 41, D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, mostra un evidente riferimento alla nozione di “esercizio”, inteso come periodo amministrativo di durata ordinariamente annuale, coincidente con l’anno solare. Allo stesso modo, riguardo la capacità tecnica e professionale di cui all’art. 42 del D.Lgs. n. 163/2006, nel caso in cui l’amministrazione richieda, per la dimostrazione del requisito, l’elenco dei principali servizi prestati, questi devono essere dimostrati con riferimento agli ultimi tre anni*” (cfr. Parere n. 201 del 18 dicembre 2013; Parere di Precontenzioso Anac n. 198 del 21.11.2012; Determinazione Anac 5 del 21.5.2009).

4.2.2 In considerazione di ciò, riportando i dati dichiarati (servizi prestati e relativi importi) ai

tre anni antecedenti il bando, la COT ha prestato servizi di refezione scolastica per un importo (certificato) di soli € 886.292,54 Iva compresa; importo, questo, non sufficiente al raggiungimento del requisito richiesto consistente nell'aver *"prestato negli ultimi tre anni precedenti servizi di mensa scolastica per un importo complessivo non inferiore a quello dell'appalto (€ 1.316.000,00 oltre Iva)"*.

4.3 Non valgono a superare il motivo di ricorso le repliche della controinteressata che sul punto ha rimarcato, in particolare, come l'ausiliaria fosse in possesso del requisito anche considerando solo i tre anni antecedenti la data di pubblicazione del bando.

4.3.1 Infatti, in disparte la discutibilità della documentazione probatoria prodotta, resa da un soggetto terzo con esclusivo riferimento ad una diversa procedura di gara (*cfr.* attestato del C.N.S. del 2 settembre 2016 con relativa limitazione di validità apposta in calce alla stessa), resta insuperata la circostanza che il requisito di carattere tecnico-professionale relativo ai servizi svolti da COT nell'anno 2015, che la Capital vorrebbe introdurre unilateralmente e al di fuori di qualunque impegno contrattuale dell'ausiliaria nei confronti della stessa Capital (oltre che della S.A.), non ha costituito oggetto di prestito, rimanendo estraneo agli accordi delle parti.

4.3.2 Peraltro, poiché per quanto esposto l'oggetto del contratto di avvalimento ha riguardato servizi di importo insufficiente ad integrare il requisito di capacità mancante, a nulla vale poi invocare l'istituto del soccorso istruttorio in sede processuale. Come chiarito da recente giurisprudenza, infatti, nelle gare pubbliche alle carenze sostanziali dell'avvalimento non può sopperirsi con l'utilizzo del soccorso istruttorio, atteso che l'avvalimento è il presupposto per la partecipazione alla gara, poiché fornisce all'avvalente il requisito mancante ed il soccorso istruttorio non può, in ogni caso, essere strumentalmente utilizzato per l'acquisizione, in gara, di un requisito o di una condizione di partecipazione, mancante alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta (*cfr.* Consiglio di Stato, sez. V, 27 luglio 2016, n. 3396).

5. Sotto ulteriore profilo la ricorrente lamenta l'illegittimità dell'aggiudicazione dell'appalto in favore di Capital, in ragione dell'eccessiva genericità ed indeterminatezza del contratto di avvalimento.

Anche tale profilo di censura merita condivisione.

5.1 Sulla questione, il Collegio non intende discostarsi dai consolidati principi giurisprudenziali espressi *in subiecta materia*, ancora attuali nella vigenza del nuovo codice dei contratti pubblici, secondo cui la messa a disposizione del requisito mancante in favore dell'impresa ausiliata non deve risolversi nel prestito di un valore puramente cartolare e astratto, essendo invece necessario che dal contratto risulti chiaramente l'impegno dell'impresa ausiliaria a prestare non solo il requisito astrattamente considerato, bensì le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità, a seconda dei casi: mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti (Cons. Stato, sez. V, 22 gennaio 2015, n. 275, 23 ottobre 2014, n. 5244; 24 luglio 2014; 3949; sez. III, 18 aprile 2011, n. 2344; sez. V, 6 agosto 2012, n. 4510; sez. IV, 16 gennaio 2014, n. 135; 17 ottobre 2012, n. 5340; sez. VI, 13 giugno 2013, n. 3310; sez. III, 3 settembre 2013, n. 4386).

Si è anche chiarito come questa esigenza sia funzionale a consentire all'amministrazione di verificare che la sinergia aziendale realizzata con l'avvalimento sia effettiva ed idonea a consentire la regolare esecuzione del contratto d'appalto, e non già limitata ad un mero impegno cartolare, che in alcuni casi potrebbe essere preordinato ad eludere le norme generali o di *lex specialis* sui requisiti di partecipazione a procedure di affidamento di appalti pubblici (Cons. di Stato, sez. V, 11 luglio 2014, n. 3574).

5.2 Nel caso di specie, alla indubbia genericità del contratto di avvalimento sottoscritto in data 13 luglio 2016 (*cf.* in particolare art. 2 "Oggetto del Contratto") con cui l'ausiliaria si è limitata alla generica ed assolutamente indeterminata messa a disposizione di tutte le risorse necessarie, per tutta la durata dell'appalto, nonché a fornire ogni e qualunque requisito, risorsa, capacità, bene (materiale e immateriale), mezzo e/o conoscenza, risorsa e capacità tecnico-organizzativa e gestionale, non ha sopperito né la dichiarazione resa da COT alla S.A. né il successivo atto (unilaterale) di integrazione degli obblighi contrattuali assunti dall'ausiliaria nei confronti della sola ausiliata, con dichiarato valore di *addendum* contrattuale.

5.2.1 Con tale ultimo atto, infatti, la COT dichiara di mettere «*a disposizione, mediante "accordo di distacco" (con costi da quantificarsi in separato atto), ogni qual volta sia necessario, addetti qualificati ed esperti nel settore che hanno svolto, negli anni, attività concernenti servizi di refezione scolastica*», sicché appare evidente che l'impegno assunto dall'ausiliaria, inammissibilmente condizionato a successive e non meglio precisate valutazioni da compiersi "*ogni qualvolta necessario*" (senza peraltro predeterminarne il costo né prevedere i relativi criteri di computo) non è idoneo a fornire prova della serietà dell'impegno assunto dall'ausiliaria, che avrebbe invece imposto l'immediata messa a disposizione di specifiche e ben quantificate risorse esperienziali, materiali e umane, costantemente e per tutta la durata dell'appalto (subordinata solo all'aggiudicazione del servizio).

5.2.2 Si è dunque al cospetto di un impegno solo genericamente assunto, riferito ad un oggetto contrattuale non compiutamente definito, in quanto identificato con l'eventuale ed imprecisata messa a disposizione delle risorse necessarie ad integrare il requisito mancante, la cui effettiva determinazione viene sostanzialmente rimessa ai singoli accordi futuri, palesando l'assenza, all'attualità, di un impegno certo, determinato ed immediato, di fornire la provvista necessaria per garantire lo svolgimento del servizio secondo gli standard di capacità tecnico-professionale richiesti dalla disciplina di gara.

5.2.3 Peraltro, come correttamente rilevato dalla ricorrente, anche l'indicazione dei mezzi è del tutto generica essendovi solo una citazione dichiaratamente esemplificativa del tipo di mezzi da mettere a disposizione, senza nessuna chiarezza neppure in merito al numero degli stessi. Assente, infine, qualsiasi segnalazione circa le attrezzature e le altre risorse, per le quali vi è un generico riferimento alla fornitura di "tutte le risorse necessarie", ai sensi dell'art. 2 del contratto di avvalimento.

5.3 Il carattere indeterminato di tali previsioni si presta chiaramente ad eludere il sistema dei controlli che invece il **D.lgs. n. 50/2016** ha inteso rafforzare, recependo i consolidati principi espressi dalla giurisprudenza in tema di avvalimento sotto la vigenza del **D.lgs. 163/2006**,

secondo cui *"l'oggetto del contratto di avvalimento deve essere determinato (e non anche solo determinabile) e individuato"* (cfr., tra le tante, Cons. giust. amm. Sicilia, 19 febbraio 2016 n. 52).

5.3.1 Più nel dettaglio, l'art. 89 **D.lgs. 50/2016**, comma 1, precisa che *"...L'operatore economico che vuole avvalersi delle capacità di altri soggetti allega ..... altresì, alla domanda di partecipazione in originale o copia autentica il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto. A tal fine, il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria."*

5.3.2 La norma contenuta nella richiamata disposizione richiede un particolare rigore contenutistico, dovendo le parti contrattuali, a pena di nullità, indicare nel dettaglio le risorse e i mezzi prestati, atteso che proprio il contratto costituisce il parametro rispetto al quale la stazione appaltante verificherà la serietà dell'impegno assunto dall'ausiliaria e controllerà l'effettivo impiego delle risorse oggetto di prestito nell'esecuzione dell'appalto.

5.3.3 E' chiaro che affinché l'impresa concorrente dia prova di possedere, attraverso l'avvalimento, i requisiti di capacità richiesti dal bando, occorrerà, come evidenziato da perspicace dottrina, che dal contratto sussegua anche un effetto reale, di segregazione patrimoniale, e non solo obbligatorio, occorrendo che per l'intera durata dell'appalto le risorse promesse dall'impresa ausiliaria (come manodopera, macchinari o laboratori) siano staccate dal proprio complesso aziendale ed effettivamente destinate all'esecuzione dell'appalto.

5.4 Il rigore metodologico richiesto dal nuovo codice non può peraltro ritenersi temperato, come *ex adverso* sostenuto dalla controinteressata, in ragione della possibilità concessa agli operatori in gara di sostituire l'ausiliaria che non soddisfi in tutto i requisiti partecipativi; possibilità introdotta dal comma 3 dell'art. 89 del Codice dei contratti pubblici, a mente del quale *"La stazione appaltante verifica, conformemente agli articoli 85, 86 e 88, se i soggetti della cui capacità l'operatore economico intende avvalersi, soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione ai sensi dell'articolo 80. Essa impone all'operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione...."*.

La norma introduce un *favor* per il concorrente che - per essere pienamente conforme al principio della *par condicio competitorum* - necessariamente sottintende l'incolpevole affidamento dell'ausiliaria circa il possesso dei requisiti di capacità in capo all'ausiliaria e sulla loro permanenza per tutta la durata dell'appalto: il suo perimetro applicativo, pertanto, non può che essere delimitato alle ipotesi in cui la mancanza originaria o sopravvenuta dei requisiti in questione sia dipesa da fatto imputabile esclusivamente all'impresa ausiliaria, ad esempio, perché in sede di verifica è risultata sprovvista dei requisiti promessi.

6. Alla luce delle superiori motivazioni, il ricorso va dunque accolto, con conseguente annullamento dell'aggiudicazione ed assorbimento degli ulteriori motivi.

7. A mente dell'art. 122 c.p.a., tenuto conto della durata settennale dell'appalto e che il R.T.I. Ladisa ha richiesto di subentrare alla controinteressata, va disposta la declaratoria di inefficacia del contratto tra l'Amministrazione e la soc. Capital a r.l. (stipulato in data 2 marzo 2017), limitatamente alle prestazioni future e con decorrenza dal giorno del subentro.

8. In ragione della novità e complessità delle questioni sottoposte all'esame del Collegio, si giustifica la compensazione integrale delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sede di Bari, Sez.I, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- accoglie il ricorso introduttivo e per l'effetto annulla l'aggiudicazione;
- dispone la declaratoria di inefficacia del contratto tra l'Amministrazione e la soc. Capital a r.l. (stipulato in data 2 marzo 2017) con decorrenza dal giorno del subentro.

Spese compensate.

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