

## Per la dimostrazione del requisito tecnico si fa riferimento al triennio antecedente la data di pubblicazione del bando, che non coincide necessariamente con quello solare

di Marco Lesto

Data di pubblicazione: 12-7-2018

1. Solo per la dimostrazione della capacità economico finanziaria il triennio da prendere in considerazione per verificare la sussistenza del requisito è quello solare decorrente dal 1° Gennaio e ricomprende i tre anni solari antecedenti al data del bando, in quanto la norma fa riferimento alla nozione di esercizio inteso come anno solare, mentre per la capacità tecnica e professionale 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.
2. In caso di affitto di azienda o di un suo ramo, il nuovo soggetto può avvalersi per la qualificazione dei requisiti posseduti dalle imprese che ad esso hanno dato origine.
3. L'art. 76, comma 9, del d.p.r. n. 207/2010 fa riferimento esclusivamente ai lavori e, in particolare, alla attestazione della qualificazione delle imprese tramite SOA.

### Guida alla lettura

La *lex specialis* di gara soggiace, come tutti gli atti amministrativi, alle stesse regole stabilite per i contratti dagli artt. 1362 ss. c.c.[\[1\]](#). Tra le regole ermeneutiche assume carattere preminente quella collegata all'**interpretazione letterale**, in quanto compatibile con il provvedimento amministrativo. Resta fermo che il giudice debba in ogni caso ricostruire l'intento dell'amministrazione e il potere che essa ha inteso esercitare, sulla base del contenuto complessivo del contratto, in nome dell'**interpretazione sistematica**.

A tali criteri soggettivi, si aggiunge quello oggettivo della **buona fede** sancito nell' art. 1366 c.c., per cui gli effetti dell'atto amministrativo devono essere individuati in base a ciò che il destinatario può ragionevolmente intendere.

La giurisprudenza ricollega la buona fede al principio di buon andamento in ragione del quale la p.a. deve operare in modo chiaro e lineare, in modo da fornire al cittadino regole di condotta certe e sicure[\[2\]](#). Alle stazioni appaltanti, dunque, spetta il compito di predisporre la documentazione di gara avendo come obiettivo quello di disciplinare con la massima chiarezza ed esaustività tutti gli aspetti connessi alle singole fasi della procedura competitiva. In caso di clausole equivoche o di dubbio significato, deve applicarsi il criterio di cui all'art. 1369 c.c.,

attribuendosi alle prescrizioni del bando il significato più conveniente alla natura e all'oggetto del contratto, ma soprattutto il senso maggiormente conforme a legge e all'esigenza di massima partecipazione alla gara, piuttosto che quello che la ostacoli[3].

Tale principio è stato pacificamente affermato dalla giurisprudenza amministrativa che ha chiarito come “le clausole del bando ambigue” vadano “applicate secondo un criterio di ragionevolezza volto a salvaguardare l'interesse della p.a. senza comportare illegittime esclusioni dalla gara non previste dal bando”[4]; “nelle ipotesi di clausole ambigue del bando di gara si deve accogliere l'interpretazione che tutela gli interessati di buona fede, salvaguardando così l'ammissibilità delle offerte e consentendo la maggiore partecipazione di offerenti, sì da tutelare l'interesse pubblico al più ampio confronto tra le offerte. In particolare, in caso di clausole equivoche o di dubbio significato deve preferirsi l'interpretazione (da parte della commissione di gara, organo competente) che favorisca la massima partecipazione alla gara (piuttosto che quella che la ostacoli), e quella che sia meno favorevole alle formalità inutili”[5].

In applicazione degli esposti principi la I sezione del Tar Puglia ha accolto il ricorso presentato da un'impresa che era stata esclusa da una procedura di gara per l'affidamento di un servizio sul presupposto della ritenuta insussistenza del requisito tecnico dell'esperienza triennale nel settore oggetto dell'appalto, requisito che l'impresa riteneva poter dimostrare in virtù di un contratto di affitto d'azienda, avvalendosi del *background* maturato nell'ambito commerciale di riferimento dalla società dante causa.

In particolare, il principale motivo di contestazione posto a base del gravame riguardava l'interpretazione delle clausole del bando in cui era stato delineato, in maniera alquanto ambigua, il contenuto del requisito in parola.

Ancora più nello specifico, l'utilizzo della locuzione “*ultimo triennio*” poteva indurre in errore l'operatore, in quanto era in evidente contrasto con il periodo 2013/2014/2015 indicato per ben due volte in altre parti della *lex specialis*.

Era, inoltre, palese, il netto conflitto con la clausola del bando che specificatamente richiedeva, in tema di requisiti economici finanziari, il “...*fatturato globale d'impresa negli ultimi tre esercizi finanziari fiscalmente chiusi*”.

A parere del Collegio, al fine di superare tale evidente ambiguità testuale, bisogna prendere le mosse dall'art. 86 c.5 del D.Lgs. n. 50/2016, nella parte relativa alle capacità tecniche degli operatori economici, che possono essere dimostrate secondo le modalità e con i mezzi di prova di cui all'allegato XVII, parte II[6].

Ciò premesso, il triennio da considerare nel caso di specie è sostanzialmente diverso dall'arco temporale di “tre esercizi finanziari”.

Difatti, a ben vedere, qualora il bando di gara volesse la dimostrazione delle capacità economiche e finanziarie di un operatore economico dovrebbe necessariamente fare riferimento alla nozione di “esercizio”, inteso come periodo amministrativo di durata annuale.

Come è noto, l'esercizio è il periodo di tempo, della durata di dodici mesi, coincidenti di solito, con l'anno solare a cui si fa riferimento per effettuare delle previsioni finanziarie o per evidenziare i risultati economici di un'impresa, nel corso del quale sono state compiute talune operazioni di gestione a cui si riferisce il bilancio.

E' chiaro a questo punto, che quando una Stazione appaltante richiede le caratteristiche economico finanziarie di un operatore, è intenzionata sostanzialmente a conoscere i dati economico / finanziari / contabili delle aziende concorrenti, al fine di capire se le stesse siano in grado, dal punto di vista prettamente tecnico aziendale, di sostenere l'affidamento da conferirsi.

A conclusione diametralmente opposte si arriva se si prendono in considerazione i requisiti tecnici e professionali di un operatore; in questo caso il triennio da prendere in considerazione è quello effettivamente antecedente alla pubblicazione del bando, in ragione del fatto che tali ultimi requisiti non soggiacciono alle norme e ai limiti delle scienze contabili.

Tale differenziazione è stata oggetto di apposita pronuncia del Consiglio di Stato, nella quale i giudici di Palazzo Spada hanno così statuito: "solo per la dimostrazione della capacità economico finanziaria (...) il triennio da prendere in considerazione per verificare la sussistenza del requisito è quello solare decorrente dal 1° Gennaio e ricomprende i tre anni solari antecedenti al data del bando, in quanto la norma fa riferimento alla nozione di esercizio inteso come anno solare, mentre per la capacità tecnica e professionale (...) 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"[\[7\]](#).

Alla luce di quanto innanzi esposto, alla fine del computo del triennio, vanno considerate tutte le attività svolte dalla ricorrente nei tre anni antecedenti alla data di pubblicazione del bando.

Infondata è, altresì, l'ulteriore motivazione allegata a sostegno dell'impugnato provvedimento di esclusione, riguardante la mancanza di prova in ordine al possesso del richiamato requisito esperienziale con particolare riguardo al fatto che il contratto di affitto di ramo di azienda stipulato dalla ricorrente non avrebbe avuto durata triennale, così come, invece, prescritto dall'art. 76, comma 9, del DPR 207/2010 ("Nel caso di affitto di azienda l'affittuario può avvalersi dei requisiti posseduti dall'impresa locatrice se il contratto di affitto abbia durata non inferiore a tre anni").

Rileva sul punto il Collegio che il richiamato disposto normativo si rivolge esclusivamente all'esecuzione di "lavori" e non di "servizi" come nel caso di specie. In particolare, l'art. 76 del d.p.r. n. 207/2010 fa riferimento alla attestazione della qualificazione delle imprese tramite SOA.

Sotto altro profilo, deve considerarsi che nel caso di specie il requisito prescritto dal ridetto art. 76 risulta integrato in virtù dell'avvenuta proroga tacita del contratto di affitto d'azienda, per aver la società affittuaria dante causa rinunciato alla disdetta.

Osserva al riguardo la Sezione che il consenso alla stipula di tale contratto (come di qualsiasi

atto contrattuale) può essere prestato in maniera espressa o tacita e può manifestarsi in qualsiasi forma, salvo che per i contratti dove è prevista una particolare forma *ad substantiam*.

Circa l'accettazione tacita, ed in particolare in relazione al silenzio, quest'ultimo può valere come manifestazione della volontà di accettare e concludere un contratto, solo nelle ipotesi in cui ci sia un comune modo di agire, ovvero nel caso in cui nei rapporti instauratisi tra le parti vi sia la presenza della buona fede, oppure ancora, quando i predetti rapporti impongano di ritenere che il tacere di una parte possa intendersi come adesione alla volontà dell'altra. Si ritiene che il silenzio sia "significativo" e valga come accettazione della proposta, quando sia accompagnato da particolari circostanze, oggettive e soggettive, che inducano ad escludere una volontà diversa da quella dell'adesione alla proposta (silenzio circostanziato).

Nella fattispecie in esame, è indubbio che la rinuncia alla possibilità di disdetta del contratto precedentemente concluso e la dichiarazione secondo cui "...il contratto si intende sin d'ora di anni quattro", configuri una precisa proposta contrattuale.

Tale proposta risulta essere accettata dalla società avente causa, sia che si voglia aderire alla tesi che l'accettazione sia stata espressa, in quanto è presente la dicitura "per ricevuta", sia qualora si voglia aderire alla tesi che l'accettazione è stata formulata tacitamente, per la semplice circostanza che il legale rappresentante di entrambe le società risulta essere la medesima persona.

Alla luce delle considerazioni qui esposte, il contratto di affitto di ramo di azienda concluso dalla ricorrente deve essere considerato della durata di anni quattro, in tal modo pienamente risultando integrato il requisito esperienziale richiesto e fattualmente emergendo l'illegittimità della disposta esclusione per difetto di istruttoria ed erronea presupposizione.

---

[1] Cfr. Cons. Stato, sez. V, 09/10/2015, n. 4684.

[2] Cfr. Cons. Stato, sez. V, 16/01/2013, n. 238.

[3] Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 22/09/2015, n. 4427, Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 18/12/2013, n. 2863. Cfr. anche Tar Campania, Napoli, sez. VI, 01/07/2015, n. 3467 "in mancanza di prescrizione di tassatività ricavabile dal bando, va privilegiata l'interpretazione della prescrizione atta a garantire la più ampia partecipazione alla gara, in luogo di quella che la restringe".

[4] Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 17/09/2009, n. 5583.

[5] Cfr. Cons. Stato, sez. V, 08/03/2006, n. 1224; cfr. altresì, tra le tante, TAR Lombardia, Milano, n. 169/2017; Cons. Stato, Sez. III, 24.10.2017 n. 4903; Sez. V, 5.7.2017 n. 3302; 12.5.2017 n. 2232; 24.2.2017 n. 869; 5.10.2017 n. 4644, secondo cui “l’interpretazione delle clausole della lex specialis di gara che presentino margini di opinabilità deve essere improntata al principio eurounitario della massima partecipazione”.

[6] La lettera ii) del citato allegato, espressamente prevede che **la capacità tecnica può essere provata con un “elenco delle principali forniture o dei principali servizi effettuati negli ultimi tre anni**, con indicazione dei rispettivi importi, dati e destinatari, pubblici o privati”.

[7] Cfr. Cons. Stato, Sent. n. 2306 del 06.05.2014

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 95 del 2018, proposto da

Innotec Soc. Coop. Sociale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Carlo Tangari, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio, in Bari, via N. Piccinni, 150;

***contro***

Comune di Troia, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Fabio Ponziano Aquilino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso Carlo Ciarmoli, in Bari, via Principe Amedeo, 25;

Comune di Troia - Ambito Territoriale, Comune di Troia - Ufficio di Piano dell'Ambito Territoriale, non costituiti in giudizio;

***nei confronti***

Impresa Medialife S.r.l., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- dell'esclusione della Innotec Soc. Coop. Sociale, dalla procedura per l'affidamento dei "Servizi congiunti di Tele-soccorso, Tele-controllo e Tele-conforto" indetta dall'Ambito territoriale di Troia - Comune di Troia (Fg) e relativa comunicazione in data 20.12.2017;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale, ivi richiamato, anche se non conosciuto, compresi, tutti gli atti adottati dall'Ambito territoriale di Troia - Comune di Troia (Fg), da parte dell'Ufficio di piano, del Responsabile Unico del Procedimento nonché dalla Commissione di gara, in ordine alla procedura in oggetto inclusi:

- tutti i verbali di gara, in particolare il n. 5 del 20.10.2017, il n. 6 del 24.11.2017 e il n. 7 del 20.12.2017;

- l'"Avviso di manifestazione di interesse" e il "Disciplinare di gara";

- la nota del 08.01.2018 del Presidente della Commissione.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Troia;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 9 maggio 2018 il dott. Alfredo Giuseppe Allegretta e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale d'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

Con ricorso notificato in data 12 gennaio 2018 e depositato in Segreteria il successivo 22 gennaio, la società Innotec Soc. Coop. Sociale, in persona del legale rappresentante pro tempore, (d'ora innanzi, anche Innotec) adiva il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sede di Bari, al fine di ottenere l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia, degli atti e provvedimenti meglio indicati in oggetto.

Esponiva la società istante di aver presentato domanda di partecipazione ad un bando di gara per l'"affidamento dei servizi congiunti di Tele-soccorso, Tele-controllo e Tele-conforto" mediante procedura negoziata in forma semplificata - a seguito di indagine di mercato e ricerca di manifestazioni di interesse - indetto dall'Ambito territoriale di Troia - Comune di Troia (Fg), (d'ora in avanti Ambito) in qualità di Ente capofila della gestione associata del servizio, costituito dai Comuni di Accadia, Anzano di Puglia, Ascoli Satriano, Bovino, Candela, Castelluccio dei Sauri, Castelluccio Valmaggiore, Celle di San Vito, Deliceto, Faeto, Monteleone di Puglia, Orsara di Puglia, Panni, Rocchetta Sant'Antonio, Sant'Agata di Puglia, Troia, nonché dall'Asl Fg e dalla Provincia di Foggia.

Il corrispettivo previsto in favore della ditta vincitrice era, sul totale stimato, pari a € 130.000,00 oltre Iva, ripartito per le voci di "Attivazione ed installazione delle apparecchiature", "Telecontrollo", "Telesoccorso", "Teleconforto", per un arco temporale di 18 mesi e per 24 ore al giorno.

Il criterio previsto per l'aggiudicazione della gara era indicato in quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ex art. 95 D.lgs. n. 50/2016.

Nello specifico, il punteggio massimo attribuibile in sede di valutazione dell'offerta economica era di 20 punti, mentre quello massimo attribuibile in sede di valutazione dell'offerta tecnica era di 80 punti; in particolare, si sarebbe dovuto tenere conto della qualità organizzativa dell'impresa, della qualità del servizio, della qualità economica e del prezzo/offerta economica.

Tra gli altri requisiti rilevanti ai fini della partecipazione alla gara in esame, gli operatori economici ammessi avrebbero dovuto dimostrare un'esperienza triennale nel settore oggetto del servizio, specificando gli enti committenti, la durata del servizio stesso e gli importi contrattuali annui.

In data 20.11.2017, il Responsabile Unico del Procedimento (d'ora in poi RUP), nel verbale n. 5 agli atti di gara verificava "l'ammissibilità delle n. 3 offerte (rectius n. 2 offerte)" delle ditte "Medialife s.r.l." e della "Innotec soc. coop. sociale", provvedendo contestualmente all'apertura della busta "A" relativa alla documentazione amministrativa e procedendo

successivamente alla attivazione del soccorso istruttorio per entrambi i partecipanti, in quanto, per la Medialife s.r.l., mancava agli atti la dichiarazione di cui all'art. 8 l. h) del disciplinare e per la Innotec mancava la copia autentica del contratto di fitto di ramo d'azienda.

In data 24.11.2017, lo stesso RUP provvedeva ad ammettere definitivamente la Medialife s.r.l. per l'avvenuta integrazione delle documentazioni e ad ammettere con riserva la Innotec, in quanto la stessa aveva provveduto a consegnare la copia autentica del contratto di affitto del ramo di azienda, la dichiarazione di sussistenza dei requisiti economici, la dichiarazione di rinuncia alla possibilità di disdetta del contratto da parte della - diversa, ma collegata - società Innotec s.r.l. in favore della Innotec soc. coop. sociale, mediante la quale il contratto di affitto si sarebbe dovuto intendere di anni quattro e non due, pur per converso risultando essere mancante copia conforme della rinuncia alla disdetta del contratto da parte della Innotec s.r.l.

Il RUP, dava atto, in proposito, di riservarsi la nomina di un esperto legale al fine di verificare la validità della documentazione presentata dalla ricorrente.

Lo stesso RUP, nel verbale n. 7 del 20.12.2017, anche a seguito di apposito parere di un legale esterno, disponeva l'esclusione dell'odierna istante, giustificandola con la mancata dimostrazione dell'esperienza lavorativa e professionale relativa al triennio 2014-2015-2016.

Con l'odierno ricorso, la Innotec soc.coop. sociale si doleva della illegittimità degli atti ut supra ricordati, lamentando, in relazione ai medesimi:

- Violazione di legge. Violazione degli artt. 8 e 17.1 del disciplinare di gara. Violazione dell'art. 86 c.5 del d.lgs. 50/2016 e dell'allegato XVII, parte II, lett. I a), punto ii. Violazione degli artt. 3, 10, c.1, lett. b) e 18, l. n. 241/1990. Violazione del principio del favor participationis. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, erronea presupposizione e contraddittorietà intrinseca. Illegittimità diretta e derivata.

La società istante, in tesi, evidenziava una carenza di univocità nelle indicazioni presenti nel disciplinare di gara in riferimento al triennio da considerare ai fini della dimostrazione dei requisiti tecnici ed economici.

Inoltre, si doleva dell'errore commesso dal RUP, nella valutazione dell'esperienza tecnica minima richiesta, avendo lo stesso considerato l'arco temporale di riferimento in anni solari, anziché considerare il periodo effettivamente antecedente la data di pubblicazione del citato bando.

Inoltre, in via subordinata e per gli stessi motivi, censurava contestualmente di illegittimità la stessa lex specialis di gara nella parte in cui dette previsioni fossero ad essa riconducibili.

- Violazione di legge. Violazione dell'art. 76 D.p.r. n.207/2010. Violazione dell'art. 217 del D.Lgs. n. 50/2016. Violazione degli artt. 1321 e ss. e 2562 c.c. e ss. Violazione del principio di continuità del soggetto imprenditoriale. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, illogicità ed erronea presupposizione.

Nello specifico, l'odierna ricorrente, si doleva della illegittimità del provvedimento impugnato nella parte in cui non riteneva comprovato il possesso del requisito dell'esperienza triennale in capo alla Innotec e ciò in ragione dell'avvenuta abrogazione del D.p.r. n. 207/2010 a seguito dell'introduzione del "nuovo" codice dei contratti pubblici.

Tale requisito, sarebbe stato, in tesi, comprovato della continuità aziendale che legava la Innotec soc. coop. sociale alla Innotec s.r.l., anche alla luce della comunanza dell'amministratore legale rappresentante, alla comunanza della sede legale, alla comunanza della gestione dei servizi svolti presso gli stessi Ambiti territoriali, nonché in ragione del fatto che la Innotec s.r.l. risultava essere socia della ricorrente.

- Violazione di legge. Violazione dell'art. 76 D.p.r. n. 207/2010. Violazione dell'art. 217 del d.lgs. n. 50/2016. Violazione degli artt. 1321 e ss. e 2562 c.c. e ss. Violazione del principio di continuità del soggetto imprenditoriale. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, illogicità ed erronea presupposizione.

In particolare, la Innotec affermava che il contratto di affitto del ramo d'azienda stipulato, andava considerato della durata di anni quattro e non due, così come asserito dal RUP, in virtù della dichiarazione di rinuncia alla disdetta da parte della società Innotec s.r.l.

In data 5.2.2018 si costituiva in giudizio il Comune di Troia (Fg), in qualità di Ente capofila dell'Ambito territoriale di Troia, evidenziando l'infondatezza del ricorso e chiedendo la conferma della determinazione di esclusione della società istante dalla procedura di gara, ribadendo la piena legittimità della medesima, in quanto la detta società sarebbe risultata oggettivamente priva dell'esperienza tecnica richiesta dal disciplinare.

Inoltre, si insisteva per l'accertamento della carenza dei citati requisiti, anche in ragione della mancata rinuncia alla disdetta del contratto di affitto da parte della Innotec nei confronti dell'affittuaria.

Negli scritti conclusionali, Innotec ribadiva come fosse titolare in via del tutto autonoma dell'esperienza richiesta quale requisito di partecipazione alla gara in esame, e ciò considerando l'ultimo triennio effettivo antecedente al bando, che, invece, nella sua testuale indicazione in bando risultava essere ambiguo e contraddittorio. In merito al contratto di affitto, la Innotec lo qualificava come pienamente valido per la durata di anni quattro, in ragione dell'esistenza del reciproco consenso intercorso fra le parti del medesimo.

Argomentazioni a controdeduzione venivano svolte sul punto negli scritti conclusionali dell'Amministrazione resistente.

All'udienza del 9 maggio 2018, la causa veniva definitivamente trattenuta in decisione.

Tutto ciò premesso, il ricorso è fondato e, pertanto, può essere accolto.

In proposito va evidenziato come il disciplinare di gara risulta essere viziato da un evidente errore materiale nell'indicazione del periodo di tempo da prendere in considerazione per la

verifica di sussistenza dei requisiti tecnici.

Se da un lato infatti, si prescrive, che i concorrenti avrebbero dovuto indicare l'esecuzione dei principali servizi prestati nell'ultimo triennio (palesamente facendosi intendere per "ultimo triennio" quello ovviamente antecedente alla data di pubblicazione del bando), dall'altro, nelle sottostanti tabelle, gli anni espressamente indicati a costituire il citato triennio fanno testualmente riferimento agli esercizi finanziari 2013/2014/2015.

Tale clausola, quand'anche frutto di una palese svista da uso di modulari nella redazione degli atti di gara da parte della Stazione appaltante, ha costituito l'occasione affinché sorgessero dubbi circa i precisi limiti temporali delle caratteristiche tecnico - esperienziali che le imprese avrebbero dovuto possedere ai fini di poter partecipare alla gara in esame.

Cionondimeno, però, costituisce ius receptum della materia dei contratti pubblici la regola secondo cui l'interpretazione delle clausole della lex specialis, che presentino margini di opinabilità deve essere effettuata in maniera tale da consentire la massima partecipazione agli operatori economici in applicazione del principio del favor participationis.

Pertanto, in presenza di più ipotesi interpretative possibili, l'interprete deve aderire alla ricostruzione ermeneutica e pratico applicativa che permetta la maggiore partecipazione delle imprese concorrenti (cfr., tra le tante, Cons. Stato, Sez. III, 24.10.2017 n. 4903; Sez. V, 5.7.2017 n. 3302; 12.5.2017 n. 2232; 24.2.2017 n. 869; 5.10.2017 n. 4644, secondo cui "l'interpretazione delle clausole della lex specialis di gara che presentino margini di opinabilità deve essere improntata al principio eurounitario della massima partecipazione"; cfr., altresì, TAR Lombardia, Milano, n. 169/2017).

Peraltro, nei ristretti limiti della sua rilevanza, la stessa ANAC, nel parere di precontenzioso n. 210 del 18/12/2013 - richiamando la sentenza del T.A.R. Veneto n. 497/2013 - afferma che "in tema di gare d'appalto, dalla mancanza di chiarezza delle prescrizioni del bando dovuta all'ambiguità di locuzioni in esso contenute che abbia ingenerato nei concorrenti un incolpevole affidamento circa il significato da attribuire alle dichiarazioni ad essi richieste, non può discendere alcuna conseguenza sfavorevole nei loro confronti né, tantomeno, l'esclusione dalla procedura di gara (...)"

Dalla giurisprudenza e dalla elaborazione teorica sopra appena richiamata, emerge altresì che il principio sopra menzionato è rimasto immutato nonostante l'avvicinarsi delle varie riforme in materia di contratti pubblici che si sono susseguite nel corso del tempo, costituendo espressione applicativa di pura ragionevolezza alle vicende ermeneutiche della lex specialis suscettibili di avere influenza sulla partecipazione delle imprese concorrenti ad una data gara.

In relazione al caso di specie, la clausola del disciplinare - relativa al triennio rilevante ai fini della dimostrazione dei requisiti finalizzati all'affidamento de quo - sconta una oggettiva ambiguità. L'ultimo triennio indicato al punto 6) dell'art. 17.1 induce facilmente in errore l'operatore, in quanto l'indicazione testuale del medesimo è in evidente contrasto con il periodo 2013/2014/2015 indicato per ben due volte nelle successive tabelle.

E' palese, inoltre, il netto conflitto con il punto 5) del citato articolo, dove specificatamente si richiede, in tema di requisiti economici finanziari, il "...fatturato globale d'impresa negli ultimi tre esercizi finanziari fiscalmente chiusi".

Al fine di superare tale evidente ambiguità testuale, bisogna prendere le mosse dall'art. 86 c.5 del D.Lgs. n. 50/2016, nella parte relativa alle capacità tecniche degli operatori economici, che possono essere dimostrate secondo le modalità e con i mezzi di prova di cui all'allegato XVII, parte II.

Più nello specifico la lettera ii) del citato allegato, espressamente prevede che la capacità tecnica può essere provata con un "elenco delle principali forniture o dei principali servizi effettuati negli ultimi tre anni, con indicazione dei rispettivi importi, dati e destinatari, pubblici o privati."

L'articolo di cui sopra recepisce l'art. 60 della Direttiva 2014/24/UE e si occupa, dell'insussistenza di motivi di esclusione di cui all'art. 80 del codice dei contratti pubblici.

Ciò premesso, il triennio da considerare nel caso di specie è sostanzialmente diverso dall'arco temporale di "tre esercizi finanziari".

Difatti, a ben vedere, qualora il bando di gara volesse la dimostrazione delle capacità economiche e finanziarie di un operatore economico dovrebbe necessariamente fare riferimento alla nozione di "esercizio", inteso come periodo amministrativo di durata annuale.

Più in particolare, come è noto, l'esercizio è il periodo di tempo, della durata di dodici mesi, coincidenti di solito, con l'anno solare a cui si fa riferimento per effettuare delle previsioni finanziarie o per evidenziare i risultati economici di un'impresa, nel corso del quale sono state compiute talune operazioni di gestione a cui si riferisce il bilancio.

E' chiaro a questo punto, che quando una Stazione appaltante richiede le caratteristiche economico finanziarie di un operatore, è intenzionata sostanzialmente a conoscere i dati economico / finanziari / contabili delle aziende concorrenti, al fine di capire se le stesse siano in grado, dal punto di vista prettamente tecnico aziendale, di sostenere l'affidamento da conferirsi.

A conclusione diametralmente opposte si arriva se si prendono in considerazione i requisiti tecnici e professionali di un operatore; in questo caso il triennio da prendere in considerazione è quello effettivamente antecedente alla pubblicazione del bando, in ragione del fatto che tali ultimi requisiti non soggiacciono alle norme e ai limiti delle scienze contabili.

Tale differenziazione è stata oggetto di apposita pronuncia del Consiglio di Stato, nella quale i giudici di Palazzo Spada hanno così statuito: "solo per la dimostrazione della capacità economico finanziaria (...) il triennio da prendere in considerazione per verificare la sussistenza del requisito è quello solare decorrente dal 1° Gennaio e ricomprende i tre anni solari antecedenti al data del bando, in quanto la norma fa riferimento alla nozione di esercizio inteso come anno solare, mentre per la capacità tecnica e professionale (...) 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” (cfr. Cons. Stato, Sent. n. 2306 del 06.05.2014).

Alla luce di quanto innanzi esposto, alla fine del computo del triennio, vanno considerate tutte le attività svolte dalla ricorrente nei tre anni antecedenti alla data di pubblicazione del bando.

Non appaiono, invece, condivisibili le censure mosse da parte resistente secondo la quale la stazione appaltante avrebbe “cautelativamente” indicato nelle tabelle di cui all’art. 17.1 del disciplinare gli anni 2013/2014/2015.

In primis, non è chiaro che tipo di cautela possa costituire il prendere in considerazione un triennio quale quello indicato, senza che venga fornita giustificazione sulla sua specifica individuazione rispetto a qualunque altro triennio antecedente possibile.

Peraltro, come precisato, una simile argomentazione potrebbe, in via del tutto teorica, applicarsi al rispetto dei requisiti economici e finanziari e non ai requisiti tecnici e professionali; inoltre una tale disposizione, così come ricostruita da parte resistente, si porrebbe contro il noto principio per il quale le Stazioni appaltanti, nel predisporre gli atti di una gara d’appalto, hanno l’onere di indicare con estrema chiarezza i requisiti richiesti alle imprese partecipanti, onde evitare che il principio di massima concorrenza tra le stesse imprese - cui si correla l’interesse pubblico all’individuazione della migliore offerta - possa essere in concreto vanificato da clausole equivoche non chiaramente percepibili dai soggetti partecipanti.

Anche volendo prescindere integralmente da tali rilievi, peraltro, dalla documentazione allegata, si può ricavare come la ricorrente Innotec abbia dimostrato di possedere autonomamente i requisiti richiesti, dapprima indicando promiscuamente le commesse e gli appalti gestiti sia in via autonoma che mediante avvalimento dell’esperienza della Innotec s.r.l., costituendo quest’ultima società alla quale la ricorrente risulta essere oggettivamente collegata, integrando con essa un organigramma aziendale sostanzialmente unitario.

Appare, pertanto, condivisibile l’assunto dell’istante con il quale la medesima asserisce di aver semplicemente specificato, con la dichiarazione prodotta nella seduta di gara del 21.11.2017, l’esperienza ad essa riconducibile scindendola da quella “complessiva” dichiarata in precedenza.

Invero, dalla semplice comparazione delle commesse indicate dalla Innotec soc. coop. sociale nei due documenti allegati si evince come, sia nella dichiarazione sostitutiva del 24.08.2017 inviata all’Ambito di Troia, sia nella dichiarazione sostitutiva del 23.11.2017 indicante le referenze direttamente imputabili (al netto di quelle della Innotec s.r.l.) la denominazione dei progetti, nonché il numero dei contratti relativi agli appalti risultano essere, in diverse ipotesi, gli stessi.

Da ciò si può dedurre agevolmente che nella prima dichiarazione l’istante ha ricompreso sia le referenze autonome sia quelle riferibili alla società locatrice, di guisa che, nella seconda dichiarazione, in sede di soccorso istruttorio, parte istante ha provveduto solo a specificare in

maniera più completa ed esaustiva qualcosa che aveva già dichiarato, nella piena rispondenza alla ratio collaborativa-integrativa che caratterizza l'istituto procedimentale in parola.

Invero, la fattispecie concreta qui in esame, risulta essere pienamente ricadente nella logica istituzionale dell'istituto del soccorso istruttorio, che si fa rinvenire nell'impedire l'estromissione di un concorrente sulla base di valutazioni meramente formali, dovendo verificare, invece, in "concreto" il possesso effettivo dei requisiti da parte del concorrente, ancorché manchi o sia incompleta la sua dimostrazione.

Con un secondo motivo di ricorso, parte istante impugna altresì i provvedimenti in oggetto, lamentandone l'illegittimità nella parte in cui il RUP ha escluso la ricorrente Innotec per mancanza di comprovata esperienza con particolare riguardo al fatto che il contratto di affitto di ramo di azienda da quest'ultima stipulata con la Innotec s.r.l. non avrebbe avuto durata triennale.

Gli argomenti spesi in proposito dalla ricorrente sono fondati e meritano l'accoglimento.

Va anzitutto evidenziato, in proposito, come l'art. 76 c.9 del d.p.r. n. 207/2010 si incardina in una serie di norme e disposizioni il cui "Titolo" è rubricato: "Sistema di qualificazione e requisiti per gli esecutori di lavori".

Appare subito evidente che la disposizione richiamata dal RUP, al fine dell'esclusione della società ricorrente si rivolge, in prima analisi, esclusivamente all'esecuzione di "lavori" e non di "servizi" come nel caso di specie.

Invero, già nel D.Lgs. n. 163/2006 all'art. 3, veniva data una definizione di lavori e una differente definizione di servizio.

Gli appalti pubblici di lavori erano tutti quegli appalti aventi per oggetto l'esecuzione, la progettazione esecutiva e l'esecuzione relativa a lavori o opere.

Per "lavori", inoltre, si intendevano le attività di costruzione, demolizione, recupero, ristrutturazione, restauro e manutenzione di opere.

Diversamente da quanto detto sopra, per appalti di servizi, sempre in applicazione dell'art. 3 del D.Lgs. n. 163/2006, si intendevano tutti quegli appalti diversi dagli appalti pubblici di lavori che avevano ad oggetto la prestazione di servizi.

La distinzione appena richiamata, è stata ripresa dal "nuovo" codice dei contratti pubblici che all'art. 3 lettera II) espressamente definisce gli "appalti pubblici di lavori" come i contratti che hanno ad oggetto l'esecuzione di lavori di cui all'allegato I (costruzione, demolizione di edifici, trivellazioni, installazione di impianti idraulici etc.), l'esecuzione di un'opera ovvero la realizzazione di un'opera corrispondente alle esigenze specificate dall'Amministrazione aggiudicatrice che esercita un'influenza determinante sul tipo o sulla progettazione dell'opera.

Diversamente, gli “appalti pubblici di servizi” sono tutti quei contratti aventi ad oggetto la prestazione di servizi “...diversi da quelli di cui alla lettera II”.

In realtà, la volontà di specificare e di diversificare i diversi tipi di attività e di appalti che le Amministrazioni avrebbero potuto concludere si può ricavare anche dall’art. 1 della Direttiva 2014/24/UE, in cui espressamente si prevede che gli appalti pubblici sono quei contratti a titolo oneroso che possono avere ad oggetto lavori, fornitura di prodotti e prestazioni di servizi.

Ciò detto, l’Ambito Territoriale di Troia, con la procedura in oggetto ha voluto espressamente affidare un “servizio” e non un “lavoro”.

Anche nello stesso art. 2, rubricato “tipo di appalto”, all’ultimo comma espressamente si prevede “...il quadro normativo essenziale della procedura di aggiudicazione del presente appalto di servizi...” e ancora all’art. 3 rubricato “Oggetto dell’appalto” si legge: “...l’appalto prevede l’affidamento dei servizi congiunti di telesoccorso, telecontrollo e teleconforto...”.

Invero è lo stesso art. 60 del D.P.R. 207/2010 a statuire: “il presente capo nonché il capo II e il capo III (dove è ricompreso l’art. 76 citato) del presente titolo disciplinano il sistema unico di qualificazione di cui all’art. 40 del codice”.

Tra le altre cose, il citato art. 40 disciplinava esclusivamente la qualificazione per eseguire, ancora una volta lo si ripete, i lavori pubblici, in quanto erano gli artt. 41 e 42 che disciplinavano le capacità economiche, finanziarie, tecniche e professionali dei prestatori di servizi.

Ad ulteriore conferma di quanto sin qui evidenziato, un ulteriore particolare va messo in evidenza.

Nel caso di specie assume importante rilevanza l’art. 83 c. 7 del D.lgs. n. 50/2016, che espressamente prevede che la qualificazione delle capacità tecniche e professionali deve esser fornita utilizzando i mezzi di prova dell’art. 86 c.5, il quale, a sua volta, rimanda all’allegato XVII, parte II.

Va ulteriormente precisata la circostanza per la quale, l’art. 76 del d.p.r. n. 207/2010 fa riferimento esclusivamente alla attestazione della qualificazione delle imprese tramite SOA, pertanto la disciplina in oggetto deve considerarsi come riferibile a queste ultime.

Nondimeno tale normativa è stata trasfusa nell’art. 84 del D.lgs. n. 50/2016 la cui operatività è dedicata al solo sistema unico di qualificazione degli esecutori di “lavori”.

In proposito, non può essere condiviso il richiamo, svolto da parte resistente, alla sentenza n. 1212/2017 del Consiglio di Stato, in quanto nella citata pronuncia, in nessun caso si è statuita l’applicazione del d.p.r. n. 207/2010 ai contratti di affitto, né tantomeno si è affermato che il fondamento di tali tipi di contratto deve essere rinvenuto nelle previsioni del citato decreto.

Al contrario il Consiglio di Stato, dopo aver riportato diverse pronunce in merito alla possibilità

di utilizzare - da parte dell'azienda affittuaria - i requisiti del compendio aziendale della società locatrice, ha solo precisato che tale possibilità è prevista anche nel caso di qualificazione, così come disposto all'art. 76 del d.p.r. n. 207/2010.

Con l'ultimo motivo di ricorso parte ricorrente evidenziava come il contratto di affitto d'azienda dimostrativo del requisito partecipativo avrebbe dovuto essere considerato prorogato in virtù della rinuncia alla disdetta da parte della società affittuaria dante causa.

Come è noto, il contratto di affitto di azienda, o di un ramo di essa, ha lo scopo di consentire al concedente di ricavare un corrispettivo per l'esercizio della sua impresa da parte di soggetti terzi affittuari.

Con l'affitto di azienda vi è una traslazione del rischio in capo al soggetto locatore, che, da un lato si assicura un rendimento periodico dell'investimento formalmente predeterminato e, dall'altro, vede immutato il valore economico patrimoniale dell'azienda ceduta.

I vantaggi per l'affittuario si fanno generalmente rinvenire nella possibilità di svolgere una attività economica senza sopportare il costo dell'investimento iniziale, nella possibilità di utilizzo dei beni e del know-how presenti nell'azienda affittata, di converso residuando sostanzialmente il solo onere di mantenere inalterata l'efficienza e la redditività dell'impresa, oltre ovviamente quello della corresponsione del canone così come pattuito.

Ciò premesso, dunque, l'affitto di azienda è il contratto mediante il quale un soggetto concede ad un terzo il diritto di utilizzare la propria azienda, inteso come complesso di beni materiali e immateriali, dietro il corrispettivo di un canone periodico (cfr., fra le prime qualificazioni in questo senso, Cass. Civ. Sent. 6572/1983).

Esso è un contratto consensuale, in quanto il diritto di godimento nasce in capo all'affittuario per effetto del consenso delle parti e sinallagmatico, in quanto vi è reciprocità nelle prestazioni.

Orbene, in merito alla questione della conclusione del contratto oggetto della fattispecie in questione, bisogna prendere le mosse dall'art. 1326 del codice civile.

A tal riguardo, tanto la proposta che l'accettazione sono dichiarazioni ricettizie, le quali assumono rilevanza giuridica in quanto siano conosciute, o quanto meno, giungano all'indirizzo del destinatario. In particolare, la proposta è un atto unilaterale ricettizio, preordinato alla conclusione di un dato contratto che deve essere completo in tutti i suoi elementi, di converso l'accettazione è la dichiarazione dell'oblato che dà il suo consenso al contratto così come formulato nell'offerta.

L'accettazione può essere espressa o tacita e può manifestarsi in qualsiasi forma, salvo che per i contratti dove è prevista una particolare forma ad substantiam.

Circa l'accettazione tacita, ed in particolare in relazione al silenzio, quest'ultimo può valere come manifestazione della volontà di accettare e concludere un contratto, solo nelle ipotesi in cui ci sia un comune modo di agire, ovvero nel caso in cui nei rapporti instauratisi tra le parti vi

sia la presenza della buona fede, oppure ancora, quando i predetti rapporti impongano di ritenere che il tacere di una parte possa intendersi come adesione alla volontà dell'altra. Si ritiene che il silenzio sia "significativo" e valga come accettazione della proposta, quando sia accompagnato da particolari circostanze, oggettive e soggettive, che inducano ad escludere una volontà diversa da quella dell'adesione alla proposta (silenzio circostanziato).

Nella fattispecie in esame, è indubbio che la Innotec s.r.l. con la missiva del 23/12/2016 indirizzata alla Innotec soc. coop. sociale, nella quale la stessa rinuncia alla possibilità di disdetta del contratto precedentemente concluso ed espressamente dichiara che "...il contratto si intende sin d'ora di anni quattro", pone in essere in tal modo una precisa proposta contrattuale.

Tale proposta risulta essere accettata dalla Innotec soc. coop. sociale, sia che si voglia aderire alla tesi che l'accettazione sia stata espressa, in quanto è presente la dicitura "per ricevuta", sia qualora si voglia aderire alla tesi che l'accettazione è stata formulata tacitamente, per la semplice circostanza che il legale rappresentante di entrambe le società risulta essere la medesima persona. Anche dal punto di vista oggettivo, la semplice allegazione della missiva della Innotec s.r.l. nella documentazione di gara è espressione del consenso all'accettazione della proposta, non essendo emersi, peraltro, indici documentali di segno opposto.

Alla luce delle considerazioni qui esposte, il contratto di affitto di ramo di azienda concluso dalla ricorrente con al Innotec s.r.l. deve essere considerato della durata di anni quattro, in tal modo pienamente risultando integrato il requisito esperienziale richiesto e fattualmente emergendo l'illegittimità della disposta esclusione per difetto di istruttoria ed erronea presupposizione.

In conclusione, il ricorso introduttivo è integralmente fondato nel merito e, pertanto, deve essere accolto, disponendo l'annullamento del provvedimento di esclusione con esso impugnato.

Da ultimo, in considerazione della limitata attività processuale svolta e della evidente peculiarità in fatto del caso di specie, caratterizzato da ambiguità e sovrapposizioni, sussistono i presupposti di legge per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite fra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sede di Bari, Sezione I, definitivamente pronunciando sul ricorso principale lo accoglie e, per l'effetto, annulla l'impugnato provvedimento di esclusione.

Spese compensate.

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