

N. 04544/2015REG.PROV.COLL.
N. 08190/2012 REG.RIC.
N. 08191/2012 REG.RIC.
N. 08529/2012 REG.RIC.
N. 08530/2012 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8190 del 2012, proposto dalla Società S & Y s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Ausiello e Massimo Caiano, con domicilio eletto presso lo studio dei signori Alfredo e Giuseppe Placidi in Roma, via Cosseria, 2;

contro

Tra.Vel.Mar. s.r.l., in proprio e nella qualità di mandataria della costituenda ATI tra la Tra.Vel. Mar., società cooperative Nautica Maiori a.r.l., Scannapieco Andrea e Raffaele s.n.c., Nautica Store s.r.l., Gruppo Battellieri Costa D'Amalfi s.r.l., Cantiere navale Maria di Stabia s.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Gaetano Paolino e Leopoldo Fiorentino, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Carlini in Roma, piazza Cola di Rienzo, 92;

nei confronti di

Comune di Maiori;

sul ricorso numero di registro generale 8191 del 2012, proposto dalla Società S & Y S.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Ausiello e Massimo Caiano, con domicilio eletto presso lo studio dei signori Alfredo e Giuseppe Placidi in Roma, via Cosseria, 2;

contro

Comune di Maiori e la Ditta Capone Gaetano, rappresentato e difeso dall'avvocato Andrea Di Lieto, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Santina Murano in Roma, via Pelagio I, 10;

nei confronti di

Tra. Vel. Mar. s.r.l., in proprio e nella qualità di mandataria della costituenda ATI tra la Tra.Vel. Mar., società cooperative Nautica Maiori a.r.l., Scannapieco Andrea e Raffaele s.n.c., Nautica Store s.r.l., Gruppo Battellieri Costa D'Amalfi s.r.l., Cantiere navale Maria di Stabia s.r.l.

sul ricorso numero di registro generale 8529 del 2012, proposto dal Comune di Maiori, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo, via Principessa Clotilde, 2;

contro

Ditta Capone Gaetano, rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Di Lieto, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Santina Murano in Roma, via Pelagio I, 10;

nei confronti di

Tra.Vel.Mar. s.r.l., in proprio e nella qualità di mandataria della costituenda ATI tra la Tra.Vel. Mar., società cooperative Nautica Maiori a.r.l., Scannapieco Andrea e Raffaele s.n.c., Nautica Store s.r.l., Gruppo Battellieri Costa D'Amalfi s.r.l., Cantiere navale Maria di Stabia s.r.l.

sul ricorso numero di registro generale 8530 del 2012, proposto dal Comune di Maiori, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

contro

Tra.Vel.Mar. s.r.l., in proprio e nella qualità di mandataria della costituenda ATI tra la Tra.Vel. Mar., società cooperative Nautica Maiori a.r.l., Scannapieco Andrea e Raffaele s.n.c., Nautica Store s.r.l., Gruppo Battellieri Costa D'Amalfi s.r.l., Cantiere navale Maria di Stabia s.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Gaetano Paolino e Leopoldo Fiorentino, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Carlini in Roma, piazza Cola di Rienzo, 92;

nei confronti di

S & Y Srl, Ditta Stabile Arturo;

per la riforma

in relazione a tutti i ricorsi n. 8190, 8191, 8529 e 8530 del 2012

delle sentenze del Tribunale amministrativo regionale della Campania, Sezione staccata di Salerno, Sezione I, n. 1975 e n. 1976 del 2012.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio;

viste le memorie difensive;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 luglio 2015 il Cons. Vincenzo Lopilato e uditi per le parti gli avvocati come da verbale.

FATTO

1.– Il Comune di Maiori ha indetto, con bando pubblicato il 27 gennaio 2012, una procedura di gara aperta per l'affidamento in concessione del servizio di gestione dell'area demaniale marittima del porto di Maiori per il periodo compreso tra il 1° aprile 2012 e il 31 dicembre 2015, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La commissione di gara ha proceduto, nelle sedute non pubbliche del 31 marzo, 4 aprile e 5 aprile 2012, all'apertura delle offerte tecniche.

La concessione è stata aggiudicata, con determinazione dell'8 giugno 2012, alla società S & Y s.r.l. Con successiva determinazione 20 giugno 2012, n. 75, il responsabile dell'area finanziaria del Comune ha disposto l'esecuzione anticipata di urgenza del contratto.

2.– Avverso l'aggiudicazione e gli atti di gara hanno proposto, innanzi al Tribunale amministrativo regionale della Campania, Sezione staccata di Salerno, due ricorsi autonomi:

a) la seconda classificata, ATI Tra.Vel.Mar. s.r.l. (ricorso n. 1039 del 2012), quale capogruppo mandataria, con società cooperative Nautica Maiori a.r.l., Scannapieco Andrea e Raffaele s.n.c., Nautica Store s.r.l., Gruppo Battellieri Costa D'Amalfi s.r.l., Cantiere navale Maria di Stabia s.r.l. (d'ora innanzi solo ATI Tra.Vel.Mar.);

b) la terza classificata, Ditta Capone Gaetano (ricorso n. 1075 del 2012).

2.1.– Nel giudizio n. 1039 del 2012, l'ATI Tra.Vel.Mar. s.r.l. ha dedotto le seguenti illegittimità (riportate in sintesi):

- la commissione avrebbe errato nel non considerare l'offerta economica e il progetto tecnico gestionale presentati dalla predetta società ricorrente come quelli meritevoli della migliore valutazione;
- la commissione avrebbe erroneamente assegnato alla società aggiudicataria un punteggio elevato per il progetto tecnico presentato;
- sarebbe mancata la presentazione, da parte dell'aggiudicataria, della cauzione provvisoria nella misura richiesta;
- sarebbe illegittimo l'impiego dell'istituto dell'avvalimento da parte dell'aggiudicataria, che si è avvalsa della ditta ausiliaria Stabile Arturo, non solo per la capacità economico-finanziaria ma anche per la capacità tecnica professionale;
- sono state aperte le buste contenenti l'offerta tecnica in seduta segreta e non pubblica.

La società controinteressata, nell'ambito del suddetto giudizio, ha proposto ricorso incidentale ai fini dell'esclusione dell'ATI ricorrente dalla procedura concorsuale, per le seguenti ragioni (riportate in sintesi):

- per non avere specificato, nell'istanza di partecipazione, la percentuale delle quote di partecipazione all'associazione, nonché la ripartizione delle prestazioni oggetto dell'appalto;
- per non avere reso le dichiarazioni circa il possesso dei requisiti di moralità da parte dei soggetti che impegnano la responsabilità del soggetto verso l'esterno ovvero di coloro che rivestono ruoli apicali e decisionali all'interno delle compagnie sociali;
- per la mancata sottoscrizione dell'offerta tecnica da parte anche delle ditte mandanti, in violazione dell'art. 11 del bando;
- per la mancata indicazione nella domanda del requisito del fatturato globale d'impresa nel settore della gestione di porti od approdi turistici per gli anni

2008/2010, che ai sensi dell'art. 7 del bando non deve essere inferiore la fatturato derivante dalla gestione del porto di Maiori;

- per il fatto che due delle mandanti (la Battellieri Costa d'Amalfi s.r.l. e la Nautica store s.r.l.) hanno il legale rappresentante in comune e si pongono quindi in posizione di reciproco controllo.

2.2.– Nel giudizio n. 1075 del 2012, la società Capone ha dedotto le seguenti illegittimità (riportate in sintesi):

- illegittima ammissione della prima e seconda classificata, non essendo le stesse in possesso dei fatturato globale richiesto dal bando di gara;

- difetto di motivazione relativamente all'attribuzione dei punteggi assegnati alle offerte tecniche delle predette concorrenti;

- non assegnazione alla ricorrente del migliore punteggio per l'offerta tecnica presentata;

- violazione del termine di trentacinque giorni che deve essere rispettato prima di stipulare il contratto.

La società controinteressata, nell'ambito del suddetto giudizio, ha proposto ricorso incidentale ai fini dell'esclusione dell'ATI ricorrente dalla procedura concorsuale, per le seguenti ragioni (riportate in sintesi):

- il contratto di avvalimento non conteneva la dichiarazione autonoma di impegno dell'impresa ausiliaria;

- il predetto contratto di avvalimento conteneva una dichiarazione di manleva della ausiliata nei confronti dell'impresa ausiliaria nonché presentava un conteneva generico.

3.– Il Tribunale amministrativo ha deciso il ricorso n. 1039 del 2012, proposto dall'ATI Tra.Vel. Mar., con sentenza 31 ottobre 2012, n. 1976, e il ricorso n. 1075 del 2012, proposto dalla Ditta Capone, con la sentenza 28 dicembre 2012, n. 1975.

In particolare, il Tribunale ha accolto entrambi i ricorsi in applicazione del principio enunciato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza 28 luglio 2011, n. 13, secondo cui il rispetto dei principi comunitari e di diritto interno in materia di trasparenza e di pubblicità nelle gare pubbliche impone che le buste contenenti l'offerta tecnica vengano aperte in seduta pubblica.

Nella gara in esame, essendo l'apertura avvenuta in sede riservata, il primo giudice ha dichiarato l'illegittimità dell'intera procedura di gara.

Nelle sentenze impugnate si è, inoltre, affermato che non potrebbe trovare applicazione l'art. 12 del decreto-legge 7 maggio 2012, n. 52 (Disposizioni urgenti per la razionalizzazione della spesa pubblica), convertito in legge 6 luglio 2012, n. 94, il quale, nel codificare il principio della pubblicità della fase di apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica, ha escluso l'applicabilità di tale principio alle procedure iniziate prima della sua entrata in vigore.

Il Tar ha rilevato, infatti, che la legge di conversione avrebbe soppresso il predetto regime transitorio.

Il Tribunale ha, inoltre, dichiarato inammissibili i ricorsi incidentali, proposti in entrambi i giudizi, dalla società aggiudicataria. Si è, infatti, affermato che l'interesse fatto valere «non è tanto quello all'aggiudicazione della gara in corso, come effetto (diretto o mediato) dell'accoglimento del gravame, ma quello, diverso, alla rinnovazione della procedura selettiva, onde potervi (ri)partecipare mediante presentazione di una nuova offerta, anche dotandosi di una diversa aggregazione associativa». Ne conseguirebbe che «nessuna utilità ricaverebbe la ditta resistente dall'eventuale accoglimento del ricorso incidentale» e dalla conseguente esclusione dalla gara della ricorrente principale perché non verrebbe meno la facoltà di questa «di ottenere comunque l'annullamento della gara per cui si discute».

4.– Le sentenze sopra riportate sono state oggetto di quattro autonomi appelli.

La sentenza n. 1975 del 2012 è stata impugnata, con ricorso n. 8529 del 2012, dal Comune e, con ricorso n. 8191 del 2012, dall'aggiudicataria.

La sentenza n. 1976 del 2012 è stata impugnata, con ricorso n. 8530 del 2012, dal Comune e, con ricorso n. 8190 del 2012, dall'aggiudicataria.

L'appellante aggiudicataria ha dedotto l'erroneità delle sentenze:

- per non avere esaminato, con priorità, come affermato dal Consiglio di Stato, Ad. Plen., 7 aprile 2011, n. 4, i ricorsi incidentali dalla stessa proposti, di cui si ripropongono le censure;
- per non avere ritenuto che l'art. 12 del decreto-legge n. 52 del 2012 avesse una portata sanante delle procedure per le quali le buste sono state aperte prima dell'entrata in vigore del decreto stesso.

Il Comune di Maiori ha dedotto l'erroneità delle sentenze:

- per non avere le ricorrenti di primo grado chiesto la ripetizione dell'intera procedura di gara;
- per non avere rilevato la tardività dei motivi con cui le ricorrenti di primo grado hanno fatto valere la violazione del principio di pubblicità nella fase di apertura delle offerte tecniche;
- nella parte in cui non hanno ritenuto che l'art. 12 del decreto-legge n. 52 del 2012 avesse una portata "sanante" delle procedure già svolte.

4.1.– Si è costituita in entrambi i giudizi la ditta Capone, chiedendo il rigetto degli appelli. La stessa parte ha proposto appello incidentale, riproponendo i motivi del ricorso principale non esaminati dal primo giudice e contestando la parte della sentenza in cui si è affermato che la stessa aveva interesse soltanto alla rinnovazione della gara.

4.2.– Si è costituita in entrambi i giudizi la Tra.Vel.Mar., chiedendo il rigetto degli appelli. In particolare, nella memoria del 28 gennaio 2013 ha riproposto i motivi del ricorso principale non esaminati dal primo giudice.

4.3.– Con ordinanza 20 marzo 2013, n. 1620 questa Sezione ha rinviato la trattazione della causa all'udienza pubblica del 18 dicembre 2013, con la seguente motivazione: «è pendente presso la Corte di giustizia dell'Unione Europea (causa 100/2012) la questione relativa al rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale» e che la decisione di tale «potrebbe avere rilevanza ai fini della decisione di alcune delle questioni poste con gli atti di appello principale e incidentale». Si è concluso, pertanto, disponendo che «è opportuno, in attesa della decisione da parte della Corte di giustizia, rinviare la trattazione della controversie in esame all'udienza pubblica del 18 giugno 2013».

4.4.– Gli appellanti hanno depositato memorie difensive, richiamando, al fine di dimostrare la fondatezza degli appelli, quanto affermato dal Consiglio di Stato, Ad. plen., 22 aprile 2013, n. 8 (il cui contenuto verrà riportato nella parte in diritto).

5.– La causa è stata discussa all'udienza pubblica del 18 giugno 2013. Nel corso dell'udienza pubblica il difensore della ditta Capone ha chiesto che la trattazione della controversia venisse rinviata, in quanto non era stata ancora emanata la sentenza della Corte di Giustizia. In particolare, il medesimo difensore fatto presente che, mancando tale sentenza, la parte non aveva provveduto a depositare memorie difensive.

6.– La Sezione, dopo avere riunito i giudizi, li ha decisi con sentenza non definitiva 9 luglio 2013, n. 3629, con la quale ha riformato la sentenza impugnata nella parte in cui ha ritenuto, per il motivo sopra riportato, illegittima l'intera procedura di gara. In particolare, si è rilevato come l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza 22 aprile 2013, n. 8, ha affermato che l'art. 12 del decreto-legge n. 52 del 2012 non ha portata ricognitiva del principio affermato con la citata sentenza n. 13 del 2011 della stessa Adunanza plenaria ma ha la specifica funzione transitoria di salvaguardare gli effetti delle procedure concluse o pendenti alla data

del 9 maggio 2012, nelle quali si sia proceduto all'apertura dei plichi in seduta riservata, recando in sostanza, per questo aspetto, una sanatoria di tali procedure.

L'esame degli altri motivi è stato rinviato per consentire alle parti di prendere visione della sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, Sez. X, 4 luglio 2013, C-100/12 relativa al rapporto tra ricorso principale e incidentale.

7.– Le parti hanno depositato memorie difensive in cui hanno dato atto dei seguenti sviluppi successivi della vicenda (si veda punto 2 del diritto).

8.– La causa è stata decisa all'esito dell'udienza pubblica del 2 luglio 2015.

DIRITTO

1.– Le questioni poste all'esame di questa Sezione attengono alla legittimità della procedura di gara per l'affidamento in concessione del servizio di gestione dell'area demaniale marittima del porto di Maiori, aggiudicata alla società S & Y s.r.l.

Accertata, con sentenza parziale di questa Sezione, la legittimità dell'intera procedura di gara, ai fini dell'esame dei singoli motivi contenuti nei ricorsi principali e incidentali occorre stabilire quale sia l'ordine di trattazione tra di essi.

2.– In via preliminare, occorre esaminare il rilievo difensivo della società Tra. Vel. Mar, seconda classificata, secondo cui gli eventi successivi alla suddetta sentenza hanno determinato la cessazione della materia del contendere.

Il rilievo non è fondato.

In particolare, dagli atti del giudizio risulta che: *i*) in data 27 maggio 2013 è stato stipulato il contratto per la gestione dell'area demaniale con la società aggiudicataria; *ii*) con determinazione comunale 11 giugno 2014, n. 181, n. 181 è stata disposta la risoluzione del suddetto contratto; *iii*) con determinazione comunale 12 giugno 2014, n. 183 è stato affidato l'appalto alla seconda classificata, Tra. Vel. Mar, che, con nota del 25 novembre 2014, n. 13193, ha dichiarato di non avere interesse al subentro; *iiii*) con determinazione comunale 20 maggio 2015, n.

174 è stato affidato il servizio alla terza classificata, Ditta Capone, sino al 31 dicembre 2015.

Le altre parti del giudizio e, in particolare, il difensore dell'originaria aggiudicataria hanno dichiarato di avere interesse alla decisione avendo contestato in sede giudiziale la determinazione comunale di interruzione del rapporto contrattuale in atto. A fronte di tale dichiarazione e in ragione dell'interesse prospettato anche dalla terza classificata ad una decisione anche ai fini di una eventuale pretesa risarcitoria, occorre esaminare nel merito la vicenda in esame.

3.– Il Consiglio di Stato, Ad. plen., n. 9 del 2014, ha affermato: *i*) quale regola generale, il previo esame del ricorso incidentale con finalità escludente; *ii*) quale eccezione, il contestuale esame del ricorso principale e incidentale nei casi in cui sia necessario assicurare il rispetto del principio della parità delle parti nel processo.

In particolare, si è ribadito, in linea di continuità con la sentenza 7 aprile 2001, n. 4, della stessa Adunanza plenaria, che l'azione di annullamento, dovendo essere sorretta dalle condizioni della legittimazione ad agire e dell'interesse a ricorrere, può essere proposta dal soggetto che sia titolare di una posizione giuridica differenziata e qualificata che risulti lesa, con attualità e immediatezza, da un atto della pubblica amministrazione. Nel settore specifico dei contratti pubblici, la legittimazione si dimostra, normalmente, mediante la legittima partecipazione alla gara. Ne consegue che se il ricorrente incidentale prova che il ricorrente principale avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura, per difetto dei requisiti di partecipazione, viene meno la sua legittimazione ad agire.

La regola esposta subisce un'eccezione nel caso in cui il ricorrente principale faccia valere un vizio relativo alla stessa fase della procedura cui si riferisce il vizio fatto valere dal ricorrente incidentale. In questi casi, caratterizzati da una simmetria escludente, è necessario procedere all'esame contestuale delle censure prospettate in entrambi i ricorsi.

La ragione giustificativa di questa deroga è stata ravvisata dall'Adunanza plenaria, alla luce di quanto affermato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, Sez. X, 4 luglio 2013, C-100/12, nell'esigenza di assicurare il principio della parità delle parti che costituisce una proiezione processuale della tutela sostanziale della concorrenza e dei valori ad essa sottesi di libera circolazione delle persone e delle merci. L'esame contestuale dei ricorsi, in presenza di due soli concorrenti, potrebbe, pertanto, giustificare l'annullamento dell'intera procedura di gara con conseguente sua ripetizione per soddisfare l'interesse strumentale delle parti.

L'Adunanza plenaria ha chiarito, inoltre, che si è in presenza di un medesimo vizio nel caso in cui il motivo con cui viene fatto valere riguardi atti inseriti nello stesso segmento procedimentale. In questa prospettiva sono state individuate tre autonome, ancorché connesse, fasi del procedimento amministrativo di scelta del contraente, che si susseguono in sequenza cronologica: *i*) la prima fase è relativa alla regolarità e tempestività della domanda nonché alla integrità dei plichi; *ii*) la seconda fase riguarda il riscontro della sussistenza dei requisiti generali e speciali (economico - finanziari e tecnico-organizzativi) di partecipazione della impresa; *iii*) la terza fase attiene all'accertamento della presenza degli elementi essenziali dell'offerta.

In definitiva, il diritto europeo – cui l'Adunanza plenaria si è adeguata con gli ulteriori svolgimenti indicati – ha imposto, in deroga al principio generale dell'autonomia processuale degli Stati membri, la conformazione di un istituto del processo amministrativo per evitare che una sua applicazione non conforme alle esigenze di tutela della concorrenza possa alterare il funzionamento delle regole del mercato.

La stessa Plenaria ha chiarito che, in ossequio al superiore principio di economia processuale, il giudice può, in concreto, ritenere preferibile esaminare prioritariamente il ricorso principale soltanto nel caso in cui «esso sia palesemente

infondato, irricevibile, inammissibile o improcedibile, sulla scorta del paradigma sancito dagli artt. 49, co. 2, e 74 c.p.a.».

La successiva giurisprudenza della Sezione ha chiarito che il principio della Plenaria opera esclusivamente in presenza di due imprese concorrenti. In particolare, si è rilevato che quando gli operatori economici sono più di due «riprende incondizionato vigore il principio generale che presiede alla disciplina processuale dell'ordine logico di esame delle questioni dedotte in giudizio, quale enunciato dall'Adunanza Plenaria n. 4 del 2011 (confermato in parte qua dall'Adunanza Plenaria n. 9 del 2014), non avendo modo di operare la *regula iuris*, di carattere eccezionale, di cui alla sentenza Fastweb della Corte di Giustizia», basata sul rilievo centrale che «fossero dedotte in giudizio cause di esclusione speculari, in via reciproca, da tutti i partecipanti alla gara» (Cons. Stato, sez. VI, 20 ottobre 2014, n. 5168; Id, 19 marzo 2015, n. 1419).

In questi casi, si afferma, trova «applicazione la norma di diritto positivo codificata dagli artt. 76, comma 4, cod. proc. amm. e 276, comma 2, cod. proc. civ. (v., altresì, art. 527, comma 1, cod. proc. pen.), secondo cui, nella decisione della causa, il giudice procede secondo un ordine che antepone le questioni pregiudiziali a quelle di merito, con conseguente necessità di esaminare, in via pregiudiziale, le questioni che mettono in discussione la legittimazione e l'interesse a ricorrere della ricorrente principale, indipendentemente dalla legittimità o meno dell'aggiudicazione conseguita dalla controinteressata, poiché, in una logica di giurisdizione di diritto soggettivo, è prioritario stabilire se chi propone una domanda di tutela ne abbia titolo, e se la domanda risponda a un suo interesse concreto e attuale».

In tale ipotesi, si conclude sul punto, «la circostanza che le parti si trovino in una posizione differente nel processo, non è altro che una conseguenza di una differente situazione di diritto sostanziale, nel senso che la parte legittimata a

resistere è tale in quanto aggiudicataria (sulla base di un provvedimento legittimo, o meno, non fa differenza, attenendo tale questione al merito della controversia), mentre la parte ricorrente è tale perché intende contestare il risultato della gara, ma nel rispetto della disciplina processuale in tema di legittimazione ed interesse a ricorrere».

Nel caso in esame si è in presenza di un appalto con più di due partecipanti, con la conseguenza che, alla luce dell'orientamento giurisprudenziale da ultimo esposto, deve essere esaminato per primo il ricorso incidentale.

3.– Con il ricorso incidentale proposto nei confronti della ricorrente seconda classificata (Tra Vel Mar s.r.l.), l'aggiudicataria ha dedotto come detta ricorrente avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura di gara avendo omesso di specificare, nella domanda di partecipazione, «la percentuale delle quote di partecipazione del raggruppamento temporaneo di imprese nonché di avere omesso di indicare la ripartizione delle prestazioni oggetto dell'appello, ai fini della verifica della rispondenza della prestazione da eseguirsi ai requisiti di qualificazione tecnico-organizzativa».

Il motivo è fondato.

L'art. 37, comma 13, del d.lgs. 12 aprile 2006. n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE), nel testo vigente *ratione temporis*, dispone che «i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento».

La ragione giustificativa dell'obbligo di specificazione così indicato è quello di assicurare alle amministrazioni aggiudicatrici la conoscenza preventiva del soggetto che in concreto eseguirà il servizio, non solo per una maggiore speditezza nella fase di esecuzione del contratto, ma anche per una previa verifica sulla competenza

tecnica dell'esecutore (Cons. Stato, Ad. plen., sentenze 13 giugno 2012, n. 22, 5 luglio 2012, n. 26 e 28 agosto 2014, n. 27).

Nel caso di specie tale dichiarazione è mancata, con conseguente illegittima partecipazione della ricorrente in primo grado alla procedura di gara.

Né varrebbe rilevare che la società ha utilizzato il modello messo a disposizione dalla stazione appaltante. Il rilievo è genericamente prospettato e comunque non sufficiente a superare una prescrizione imposta con norma imperativa integrativa del bando di gara.

La fondatezza di tale motivo di ricorso incidentale, esime il Collegio dall'esaminare gli altri motivi prospettati dalla stessa parte e riportati nella parte in fatto e determina la inammissibilità del ricorso principale di primo grado e, conseguentemente, dei motivi in esso contenuti riproposti in sede di appello.

4.– Con il ricorso incidentale proposto nei confronti della ricorrente terza classificata (ditta Capone), l'aggiudicataria ha dedotto come fosse stato fatto un impiego illegittimo dell'avvalimento.. In particolare, si è rilevato come: *i*) mancherebbe l'autonoma dichiarazione dell'impresa ausiliaria (Luise International & C. s.r.l.) di assunzione di responsabilità nei confronti della stazione appaltante, senza che possa valere l'integrazione postuma, su richiesta della stazione appaltante, venendo in rilievo un elemento essenziale; *ii*) il contratto di avvalimento conterrebbe una non consentita clausola con cui «l'impresa avvalente manleva l'ausiliario» da ogni forma di responsabilità nei confronti della stazione appaltante e di terzi; *iii*) il contratto di avvalimento, anche nella versione successiva modificata, avrebbe un contenuto generico, in quanto nel primo l'impresa ausiliaria si impegna a mettere a disposizione il requisito di carattere economico, finanziario, tecnico e organizzazione e nel secondo il solo fatturato.

Il motivo è fondato.

L'art. 49, al primo comma, prevede che il concorrente, singolo o consorziato o raggruppato, in relazione ad una specifica gara di lavori, servizi, forniture può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto. Il secondo comma della stessa disposizione dispone che, «ai fini di quanto previsto nel comma 1», il concorrente allega, «oltre all'eventuale attestazione SOA propria e dell'impresa ausiliaria», tra l'altro:

- una sua dichiarazione, «attestante l'avvalimento dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara, con specifica indicazione dei requisiti stessi e dell'impresa ausiliaria» (lettera a);
- «una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente» (lettera d);
- 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 (lettera f);
- nel caso di avvalimento nei confronti di un'impresa che appartiene al medesimo gruppo, in luogo del predetto contratto, l'impresa concorrente può presentare una dichiarazione sostitutiva attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo, dal quale discendono i medesimi obblighi derivanti dall'impegno contrattuale (lettera g).

La stessa disposizione prevede, al comma 4, che «il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto».

Queste disposizioni contemplano un procedimento complesso composto da atti unilaterali del concorrente (lettera a) e dell'impresa ausiliaria (lettera d) indirizzati alla stazione appaltante, nonché da un contratto tipico di avvalimento (lettera f) stipulato tra il concorrente e l'impresa ausiliaria ovvero, nel caso di impresa appartenente al medesimo gruppo, come nella specie, da una dichiarazione attestante il legame societario (lettera g).

Le parti principale e ausiliaria devono impegnarsi a mettere a disposizione non il solo requisito soggettivo «quale mero valore astratto», ma è necessario, come ha già avuto modo di affermare la giurisprudenza del Consiglio di Stato, che risulti con chiarezza che l'ausiliaria presti «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, VI, 13 giugno 2013, n. 7755; Id., III, 18 aprile 2011, n. 2344).

Con riferimento al contratto di avvalimento, l'esigenza di una puntuale individuazione del suo oggetto, «oltre ad avere un sicuro ancoraggio sul terreno civilistico, nella generale previsione codicistica che configura quale causa di nullità di ogni contratto l'indeterminatezza (ed indeterminabilità) del relativo oggetto, trova la propria essenziale giustificazione funzionale, inscindibilmente connessa alle procedure contrattuali del settore pubblico, nella necessità di non permettere - fin troppo - agevoli aggiramenti del sistema dei requisiti di ingresso alle gare pubbliche» (sentenze sopra citate).

L'art. 88, comma 1, lettera a), del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante «Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE») ha recepito, a livello normativo, questi principi, stabilendo che il contratto di avvalimento deve riportare «in modo

compiuto, esplicito ed esauriente (...) le risorse e i mezzi prestatati in modo determinato e specifico».

L'esigenza di determinazione dell'oggetto sussiste anche con riferimento alla dichiarazione unilaterale dell'impegno negoziale, in quanto «nell'istituto dell'avvalimento l'impresa ausiliaria non è semplicemente un soggetto terzo rispetto alla gara, dovendosi essa impegnare non soltanto verso l'impresa concorrente ausiliata ma anche verso la stazione appaltante a mettere a disposizione del concorrente le risorse di cui questi sia carente, sicché l'ausiliario è tenuto a riprodurre il contenuto del contratto di avvalimento in una dichiarazione resa nei confronti della stazione appaltante» (Cons. Stato, VI, 13 maggio 2010, n. 2956). Infatti, occorre soddisfare «esigenze di certezza dell'amministrazione», essendo la dichiarazione dell'impresa ausiliaria «volta a soddisfare l'interesse della stazione appaltante ad evitare, dopo l'aggiudicazione, l'insorgere di contestazioni sugli obblighi dell'ausiliario» (Cons. Stato, VI, n. 2956 del 2010, cit.).

Nella fattispecie in esame le parti hanno impiegato un modulo procedimentale e negoziale non conforme alle regole sopra esposte.

In primo luogo, è mancata la dichiarazione unilaterale di impegno della impresa ausiliaria. Trattandosi di un elemento essenziale imposto da una norma imperativa non è consentito, ai sensi dell'art. 46 del d.lgs. n. 163 del 2016, la integrazione postuma da parte dell'operatore economico.

In secondo luogo, il contratto di avvalimento, così come la dichiarazione unilaterale di impegno, si limitano a riportare la seguente dichiarazione «considerato che il requisito concesso in avvalimento è di natura immateriale, essendo lo stesso costituito dal fatturato degli anni 2008/2009/2010, si precisa che le risorse concesse hanno esclusivamente ad oggetto la struttura tecnico-amministrativo-organizzativa in possesso dell'impresa ausiliaria che ha consentito a quest'ultima di ottenere il fatturato poi concesso in avvalimento».

Tale dichiarazione non soddisfa il requisito di specificità richiesto dalla normativa di riferimento sopra riportata.

Questa Sezione ha, infatti, già avuto modo di affermare che non è sufficiente «per soddisfare il livello di specificità richiesto dall'art. 49, limitarsi a dimostrare il possesso del requisito del fatturato». Detto requisito, infatti, ha anche valenza tecnica-organizzativa, essendo finalizzato a dimostrare che l'operatore economico che partecipa alla gara è in possesso di quella specifica competenza risultante proprio dall'aver svolto, nel settore oggetto della concessione e per l'indicato periodo temporale, determinati servizi. Ne consegue che, nel caso in cui una tale competenza venga prestata da un'altra impresa è logico che la stessa debba specificamente indicare i mezzi e le risorse correlate a tale competenza che vengono messi a disposizione ai fini dell'attuazione dell'impegno negoziale. Diversamente, verrebbe vanificata la ragione giustificativa dell'obbligazione solidale. Il regime di responsabilità può, infatti, operare soltanto se viene specificamente indicata la prestazione cui tale responsabilità si riferisce. Non è possibile postulare un inadempimento contrattuale e la conseguente responsabilità di un soggetto il cui obbligo è stato genericamente dedotto in contratto. In altri termini, la genericità dell'impegno assunto, in ragione dell'insufficienza del mero richiamo al fatturato prodotto, impedisce alla stazione appaltante di far valere in via immediata la responsabilità dell'ausiliaria, la quale, per andare esente da responsabilità, potrebbe limitarsi ad indicare proprio la mancanza di una specifica violazione contrattuale (Cons. Stato, sez. VI, 22 luglio 2014, n. 3905, che ha affermato questi principi con riferimento ad una vicenda analoga a quella in esame; si veda anche Cons. Stato, sez. III, 17 giugno 2014, n. 3058).

L'accoglimento del ricorso incidentale di primo grado determina la inammissibilità del ricorso principale di primo grado proposto dalla terza classificata, nonché

dell'appello incidentale con cui sono stati riproposti i motivi non esaminati dal primo giudice.

5.– In definitiva, entrambi i ricorsi principali di primo grado sono, come affermato nella sentenza parziale, infondati in relazione al vizio di illegittimità dell'intera procedura e inammissibili, come affermato con la presente sentenza definitiva, nella parte in cui hanno prospettato specifici vizi afferenti alla posizione dell'aggiudicataria in ragione della fondatezza dei ricorsi incidentali proposti da quest'ultima.

6.– In applicazione del principio della soccombenza, le due ricorrenti in primo grado (ATI Tra. Vel. Mar s.r.l. e Ditta Caponi) sono condannate ciascuna al pagamento delle spese di entrambi in gradi di giudizio che si determinino in euro 7.000,00 (settemila), oltre accessori di legge, da corrispondere, nella misura indicata, sia al Comune che al società S & Y s.r.l.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, definitivamente pronunciando:

a) accoglie gli appelli proposti con il ricorsi indicati in epigrafe e, per l'effetto, in accoglimento dei ricorsi incidentali di primo grado proposti dalla società aggiudicataria S & Y s.r.l., dichiara inammissibili i ricorsi di primo grado, nonché l'appello incidentale della Ditta Caponi;

b) condanna l'ATI Tra. Vel. Mar s.r.l. e la Ditta Caponi al pagamento delle spese di entrambi in gradi di giudizio che si determinino in euro 7.000,00 (settemila), oltre accessori di legge, da corrispondere nella misura indicata, sia al Comune che alla società S & Y s.r.l.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 2 luglio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Sergio De Felice, Consigliere

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere

Carlo Mosca, Consigliere

Vincenzo Lopilato, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/09/2015

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)