

APPALTI: T.A.R. Calabria -Catanzaro - Sezione Seconda – Sentenza 14 marzo 2025, n. 503.

1. Giustizia Amministrativa -Processo amministrativo -Appalto –Gara -Impugnativa di provvedimenti di esclusione -Onere di notificazione al almeno un controinteressato ex art. 41 c.p.a. -Non sussiste -Ragioni.

2. Appalto -“Lex specialis” di gara -Requisito del “servizio analogo” -Natura -Elemento di natura tecnico-professionale -Ragioni: art. 100, comma 11, d.lgs. n. 36/2023.

3. Appalto -Gara - Avvalimento “operativo” -Richiesta di struttura contrattuale specifica - Necessità -Ragioni.

4. Appalto -Gara - Avvalimento per il requisito del “fatturato specifico” -Natura: messa a disposizione del complessivo apparato esperienziale su attività già svolta -Effetti: contenuto generico all’interno del contratto di avvalimento -Sufficienza.

5. Appalto -Gara - Avvalimento per il requisito del “fatturato specifico” -Equiparazione all’avvalimento “operativo” - Espressa indicazione delle strutture che avevano permesso all’ausiliaria di arrivare a “quel” fatturato poi “prestato” all’ausiliata -Non è necessario: salava diversa e specifica disposizione di gara.

1. - Come ormai consolidato in giurisprudenza, infatti, non vi è obbligo di notificazione ad alcun controinteressato ai sensi dell’art. 41 c.p.a. nell’ipotesi d’impugnativa di provvedimenti di esclusione da una procedura a evidenza pubblica, in quanto trattasi di atti che hanno come destinatari solo i soggetti esclusi e rispetto ai quali nessuna posizione di vantaggio si è consolidata in capo agli altri partecipanti al procedimento di gara ancora “in itinere” (Cons. St., sez. V, 28 agosto 2019, n. 5926; Cons. St., sez. VI, 25 luglio 2019, n. 5264; T.A.R. Puglia, sez. III, 28 maggio 2019, n. 744; T.A.R. Lazio, sez. II, 5 marzo 2014, n. 2550; Cons. St., sez. V, 25 marzo 2002, n. 1687, oltre a giurisprudenza analoga in tema di concorsi);

2. si deve, dapprima, correttamente inquadrare la natura del requisito del “servizio analogo” richiesto dalla specifica “lex specialis” di gara;

- al riguardo, il Collegio ritiene che il requisito in questione, costituente il c.d. “fatturato specifico”, debba essere identificato quale elemento di natura tecnico-professionale;

- se, notoriamente, la giurisprudenza aveva espresso incertezze in ordine al corretto inquadramento del requisito in esame, ora nessun dubbio può sussistere alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023) che, in particolare, all’art. 100, comma 11, lo qualifica espressamente di natura tecnico-professionale;

3. nell’avvalimento “operativo”, infatti, la richiesta della struttura contrattuale specifica appare logica perché la stazione appaltante deve avere la possibilità di conoscere le effettive risorse che verranno messe a disposizione dell’ausiliata ai fini della (futura) esecuzione del contratto, anche per verificarne l’adeguatezza, meno logica e contraria anche al principio generale del “favor participationis” è la pretesa di conoscere nello specifico quali mezzi e/o risorse di ogni tipo l’impresa ausiliaria abbia utilizzato per stipulare contratti idonei a raggiungere il valore indicato dalla stazione appaltante, contratti magari già conclusi e collegati a strumenti (risorse e mezzi) che non saranno mai utilizzati nell’esecuzione del contratto da stipulare all’esito della procedura a evidenza pubblica;

4. mediante l’avvalimento per il requisito del “fatturato specifico” viene messo a disposizione il complessivo apparato esperienziale su attività già svolta, giustificandosi, pertanto, le affermazioni dal contenuto generico all’interno del contratto di avvalimento in questione, non dissimilmente da quanto accade in caso di avvalimento “di garanzia”;

5. ora, se, come evidenziato, il legislatore ha inteso qualificare il requisito del “fatturato specifico” come di natura di capacità tecnico-professionale ciò non toglie che nelle singole leggi di gara debba tenersi conto della peculiarità dell’avvalimento sul “fatturato specifico”, che non può essere

equiparato, per le ragioni sopra addotte, a quello dell'avvalimento operativo ai fini dell'esecuzione del contratto, per cui, in assenza di una norma specifica del disciplinare che richieda l'espressa indicazione delle strutture che avevano permesso all'ausiliaria di arrivare a "quel" fatturato poi "prestato" all'ausiliata – come nel caso di specie – non può pretendersi che il contratto di avvalimento sia così dettagliato, solo perché l'art. 100 d.lgs. cit. ha qualificato il fatturato specifico come requisito di capacità tecnica e professionale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Vista la memoria di costituzione in giudizio del Comune di Rende, con la relativa documentazione;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 60 c.p.a.;

Relatore nella camera di consiglio del 26 febbraio 2025 il dott. Ivo Correale e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Rilevato in fatto e considerato in diritto;

Rilevato che:

- con ricorso ritualmente notificato, la Società Deam Italia S.r.l. (d'ora in avanti "Deam") impugnava i provvedimenti in epigrafe emessi durante la procedura aperta di gara, indetta dal Comune di Rende, per l'"affidamento in concessione triennale dei servizi di ripristino delle condizioni di sicurezza e viabilità post incidente, mediante pulitura ed eventuale manutenzione straordinaria della piattaforma stradale e sue pertinenze; interventi eseguiti in situazioni di emergenza; interventi di ripristino dello stato dei luoghi, per danni alle infrastrutture stradali interessate da incidenti", espletata con l'intervento della "Centrale Unica di Committenza Trasparenza" costituita tra i Comuni di Montalto Uffugo, Rende e San Vincenzo La Costa;
- in particolare, la ricorrente, che, nelle more della procedura ad evidenza pubblica, aveva mutato la propria denominazione in Deam Italia S.r.l., giusto rogito notarile tempestivamente comunicato alla stazione appaltante, aveva presentato offerta per la suddetta gara, collocandosi al primo posto della graduatoria provvisoria formata dalla Commissione Giudicatrice;
- la società, ai fini della partecipazione, aveva prodotto contratto di avvalimento stipulato con la Società SOS Strade S.r.l. ai fini del soddisfacimento del requisito di cui al punto 6.3 lett. A) della lex specialis, consistente nell'esecuzione, nel triennio antecedente alla pubblicazione del bando, di un servizio analogo, per natura e durata, a quello oggetto della concessione, in Comuni o Province con popolazione pari o superiore a 35.000 abitanti, per un importo non inferiore complessivamente ad € 200.000;

- a seguito di verifica della documentazione amministrativa (il cui esame è stato posticipato alla valutazione delle offerte, secondo il meccanismo dell'“inversione procedimentale”), la Commissione Giudicatrice aveva proposto alla C.U.C. l'esclusione della ricorrente con verbale del 5.1.2025 e quest'ultima, con provvedimento comunicato a mezzo pec del 28.1.2025, aveva disposto l'esclusione della ricorrente per asserita nullità del contratto di avvalimento in essere, rilevando la mancanza di una puntuale indicazione delle risorse tecniche e dei mezzi specificamente messi a disposizione del soggetto ausiliato, come invece richiesto ai sensi dell'art. 104 d.lgs. n. 36/2023 e dell'art. 7 del disciplinare di gara;
- nella sua impugnativa, la società ricorrente lamentava, in primo luogo, che, sebbene il disciplinare di gara contemplasse al “punto 6” il requisito del fatturato in servizio analogo tra i requisiti di capacità tecnico-professionale, esso richiedeva che il suddetto venisse comprovato mediante la certificazione contenente l'indicazione dell'oggetto, dell'importo e del periodo di esecuzione di un servizio analogo ovvero la produzione del contratto stipulato per l'affidamento del servizio medesimo, e che, pertanto, sarebbe stato da inquadrarsi, più correttamente, tra i requisiti di capacità economico-finanziaria, nonostante la diversa qualificazione operata dal disciplinare;
- in base a ciò, la società ricorrente sottolineava la diversa natura, meramente di sostanziale “garanzia”, dello specifico contratto di avvalimento predisposto e la conseguente applicazione di un regime di validità contrattuale meno rigido rispetto a quello relativo all'avvalimento c.d. “operativo”, essendo sufficiente per il primo l'individuazione del requisito economico-finanziario di cui l'ausiliata intende avvalersi e la disponibilità da parte dell'ausiliaria a mettere a disposizione, per la durata dell'appalto, tutte le risorse eventualmente necessarie alla sua esecuzione;
- in secondo luogo, la società ricorrente evidenziava che, anche ove si considerasse l'avvalimento come “operativo”, per soddisfare il requisito del “fatturato analogo” non avrebbe senso l'indicazione di risorse puntuali, essendo anche in tal caso l'avvalimento in sé riferibile al complesso delle risorse aziendali; infatti, se, in linea generale, deve ritenersi necessaria, in caso di avvalimento c.d. “tecnico-operativo”, la puntuale indicazione delle risorse messe a disposizione dall'ausiliata, nondimeno bisogna considerare che, in tema di validità del contratto di avvalimento, occorre procedere con una valutazione in concreto e non in astratto, considerando la specificità del caso, e, soprattutto, che l'oggetto delle risorse ausiliate ben potrebbe essere validamente determinabile “per relationem” o comunque dal tenore complessivo del documento, in conformità, del resto, ai principi civilistici in materia di interpretazione e integrazione del contratto;
- in via subordinata, Deam deduceva la mancata attivazione del soccorso istruttorio, ex art. 101 d.lgs. 36/2023, che ammette la sanabilità del vizio di mancata presentazione del contratto di avvalimento mediante documenti aventi data certa anteriore al termine fissato per la presentazione delle offerte;

- da ultimo e in via ulteriormente gradata, la ricorrente lamentava l'illegittimità del punto 7 del disciplinare di gara, nella parte in cui esplicitava l'insanabilità della mancata indicazione delle risorse messe a disposizione dell'ausiliaria, in quanto contraddittoria rispetto tanto alla precedente previsione dello stesso punto 7, ove dispone la sanabilità della mancata produzione delle dichiarazioni dell'ausiliaria e del contratto di avvalimento, sia di quella del punto 14;
- si costituiva in giudizio il Comune di Rende, quale parte resistente, eccependo, in via pregiudiziale, l'inammissibilità del ricorso per mancata notifica nei confronti dei controinteressati, individuati nelle altre ditte partecipanti; inoltre, contestava l'interpretazione di parte ricorrente circa la corretta qualificazione del requisito del "servizio analogo", in quanto contrastante tanto con la previsione del bando tipo n. 1 dell'A.N.AC. quanto con la previsione della "lex specialis" di gara;
- inoltre, parte resistente persisteva nel sostenere l'inquadramento dell'avvalimento stipulato come "operativo" e non già "di garanzia", con il conseguente obbligo di specifica indicazione delle risorse messe a disposizione dall'ausiliaria (come da ultimo, Cons. St., Sez. V, n. 8711/2024), ferma restando l'inammissibilità del soccorso istruttorio per sanare carenze del contratto stesso di avvalimento;
- le parti discutevano alla camera di consiglio del 26 febbraio 2025, all'esito della quale la causa era trattenuta in decisione, previo avviso ai sensi dell'art. 60 c.p.a.;

Considerato che:

- l'odierna controversia può essere immediatamente decisa ai sensi dell'art. 60 c.p.a., avendo la causa ad oggetto un'unica questione preminente di diritto;
- preliminarmente, deve discutersi sull'eccepita omessa notifica nei confronti dei controinteressati, sollevata dal Comune di Rende nella memoria di costituzione, questione che, però, il Collegio ritiene infondata;
- come ormai consolidato in giurisprudenza, infatti, non vi è obbligo di notificazione ad alcun controinteressato ai sensi dell'art. 41 c.p.a. nell'ipotesi d'impugnativa di provvedimenti di esclusione da una procedura a evidenza pubblica, in quanto trattasi di atti che hanno come destinatari solo i soggetti esclusi e rispetto ai quali nessuna posizione di vantaggio si è consolidata in capo agli altri partecipanti al procedimento di gara ancora "in itinere" (Cons. St., sez. V, 28 agosto 2019, n. 5926; Cons. St., sez. VI, 25 luglio 2019, n. 5264; T.A.R. Puglia, sez. III, 28 maggio 2019, n. 744; T.A.R. Lazio, sez. II, 5 marzo 2014, n. 2550; Cons. St., sez. V, 25 marzo 2002, n. 1687, oltre a giurisprudenza analoga in tema di concorsi);
- passando all'esame del merito, si deve, dapprima, correttamente inquadrare la natura del requisito del "servizio analogo" richiesto dalla specifica "lex specialis" di gara;
- al riguardo, il Collegio ritiene che il requisito in questione, costituente il c.d. "fatturato specifico", debba essere identificato quale elemento di natura tecnico-professionale;

- se, notoriamente, la giurisprudenza aveva espresso incertezze in ordine al corretto inquadramento del requisito in esame, ora nessun dubbio può sussistere alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023) che, in particolare, all'art. 100, comma 11, lo qualifica espressamente di natura tecnico-professionale;
- sulla base di ciò pare che la stazione appaltante abbia ritenuto che l'avvalimento in essere non poteva che essere considerato in sé come avvalimento "tecnico-operativo" e non già come avvalimento "di garanzia" (possibile solo con riferimento a un requisito economico-finanziario), con l'immediata conseguenza dell'ammissibilità dell'offerta soggetta all'omonimo contratto solo in presenza di un'indicazione puntuale di tutte le "dotazioni tecniche e risorse umane e strumentali [messe a disposizione] per tutta la durata dell'appalto", non essendo sufficiente il mero richiamo al requisito esperienziale prestato;
- pur tuttavia, il Collegio ritiene che tale osservazione "testuale" e formalmente legata alla mera struttura della norma sopra richiamata, non possa che essere adeguata al caso di specie;
- non vi è, infatti, chi non veda come il requisito del "fatturato specifico" in questione sia ancorato a servizi già espletati da un terzo – che, appunto, "presta" la sua esperienza già conclusa all'impresa ausiliata – il quale non offre specifiche professionalità o mezzi tecnici "pro futuro", da impiegare nell'esecuzione del contratto;
- sotto tale profilo, e in assenza di una norma del "nuovo codice" esplicita sul punto, appare illogico, nonché effettivamente complesso e sproporzionato, richiedere, in ossequio alla disciplina dell'avvalimento "operativo", la precisa indicazione delle risorse concrete che non sono da mettere a disposizione ma sono state già usate;
- se nell'avvalimento "operativo", infatti, la richiesta della struttura contrattuale specifica appare logica perché la stazione appaltante deve avere la possibilità di conoscere le effettive risorse che verranno messe a disposizione dell'ausiliata ai fini della (futura) esecuzione del contratto, anche per verificarne l'adeguatezza, meno logica e contraria anche al principio generale del "favor participationis" è la pretesa di conoscere nello specifico quali mezzi e/o risorse di ogni tipo l'impresa ausiliaria abbia utilizzato per stipulare contratti idonei a raggiungere il valore indicato dalla stazione appaltante, contratti magari già conclusi e collegati a strumenti (risorse e mezzi) che non saranno mai utilizzati nell'esecuzione del contratto da stipulare all'esito della procedura a evidenza pubblica;
- quello che, infatti, emerge è che mediante l'avvalimento per il requisito del "fatturato specifico" viene messo a disposizione il complessivo apparato esperienziale su attività già svolta, giustificandosi, pertanto, le affermazioni dal contenuto generico all'interno del contratto di avvalimento in questione, non dissimilmente da quanto accade in caso di avvalimento "di garanzia" (si pensi all'avvalimento di certificazione "SOA", che non richiede di certo l'indicazione specifica di

mezzi e risorse impiegate dall'ausiliaria per conseguire "quella" specifica attestazione SOA nel tempo);

- come detto, quanto ora esposto si pone in linea con il c.d. "favor participationis" discendente dall'art. 3 d.lgs. 36/2023, senza che sia da luogo al rilevamento di possibili distorsioni concorrenziali;
- d'altronde, lo stesso dibattito giurisprudenziale antecedente al d.lgs. n. 36/2023 denotava le difficoltà nel garantire la piena applicazione delle regole dell'avvalimento "operativo" con riferimento al fatturato specifico che, difatti, aveva condotto parte della giurisprudenza ad orientarsi per una sua diversa qualificazione, ossia come requisito economico-professionale, proprio al fine di inquadrarne l'eventuale avvalimento come "di garanzia", con la conseguente più ampia genericità di contenuto che normalmente viene riservata all'istituto da ultimo citato;

- ora, se, come evidenziato, il legislatore ha inteso qualificarlo come di natura di capacità tecnico-professionale ciò non toglie che nelle singole leggi di gara debba tenersi conto della peculiarità dell'avvalimento sul "fatturato specifico", che non può essere equiparato, per le ragioni sopra addotte, a quello dell'avvalimento operativo ai fini dell'esecuzione del contratto, per cui, in assenza di una norma specifica del disciplinare che richieda l'espressa indicazione delle strutture che avevano permesso all'ausiliaria di arrivare a "quel" fatturato poi "prestato" all'ausiliata – come nel caso di specie – non può pretendersi che il contratto di avvalimento sia così dettagliato, solo perché l'art. 100 d.lgs. cit. ha qualificato il fatturato specifico come requisito di capacità tecnica e professionale;

- in sostanza, è necessario distinguere tra la qualifica del requisito – oggi tecnico-professionale e non economico-finanziario – e la sua dimostrabilità in avvalimento, di per sé non esclusa e da farsi con strumenti ragionevolmente parametrati alla fattispecie;

- evidenziato, con quanto esposto, la fondatezza della specifica censura su questo punto di parte ricorrente, non occorre analizzare gli ulteriori motivi di ricorso, in quanto assorbiti dal precedente già esaminato, così come la domanda subordinata, in quanto il disciplinare di gara – e il relativo art. 7 – deve essere interpretato secondo quanto sopra indicato e il bando tipo n. 1 dell'A.N.AC. non costituisce fonte normativa primaria;

- in ragione delle peculiarità della fattispecie e, in particolare, della novità delle questioni trattate, sussistono le condizioni per compensare le spese di lite, tranne quanto versato a titolo di contributo unificato, da porsi a carico del Comune soccombente ai sensi dell'art. 13, comma 6bis.1, d.p.r. n. 115/2002.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando ex art. 60 c.p.a. sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento di esclusione impugnato.

Spese compensate, tranne quanto versato a titolo di contributo unificato, da porsi a carico del Comune soccombente ai sensi dell'art. 13, comma 6bis.1, d.p.r. n. 115/2002.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del 26 febbraio 2025 con l'intervento dei magistrati:

Ivo Correale, Presidente, Estensore

Francesco Tallaro, Consigliere

Federico Baffa, Referendario