

N. 03905/2014REG.PROV.COLL.

N. 09588/2013 REG.RIC.

N. 00055/2014 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 9588 del 2013, proposto da:
Mondadori Electa s.p.a. e Electa s.r.l., in persona dei legali rappresentanti,
rappresentati e difesi dagli avvocati Giovanni De Vergottini e Roberto Manservisi,
con domicilio eletto presso lo studio legale del primo in Roma, via Bertoloni, 44;

contro

Consorzio Arte ' M Net, in persona del legale rappresentante, rappresentato e
difeso dall'avvocato Valentino Vulpetti, con domicilio eletto presso il suo studio in
Roma, via Sabotino, 2/A;

nei confronti di

Ministero per i beni e le attività culturali, in persona del Ministero *pro tempore*,
Soprintendenza speciale beni architettonici Napoli e Pompei, in persona del
Soprintendente *pro tempore*, rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura generale
dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

sul ricorso numero di registro generale 55 del 2014, proposto da:
Ministero per i beni e le attività culturali, in persona del Ministero pro tempore,
rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata in
Roma, via dei Portoghesi, 12;

contro

Consorzio Arte ' M Net, rappresentato e difeso dall'avvocato Valentino Vulpetti,
con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, via Sabotino, 2/A;

nei confronti di

Electa s.r.l., Mondadori Electa s.p.a., rappresentati e difesi dagli avvocati Giovanni
De Vergottini e Roberto Manservisi, con domicilio eletto presso lo studio del
primo in Roma, via A. Bertoloni, 44;

per la riforma

quanto ad entrambi i ricorsi:

della sentenza 30 ottobre 2013, n. 4845 del Tribunale amministrativo regionale
della Campania, Napoli, Sezione I.

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 29 aprile 2014 il Cons. Vincenzo Lopilato
e uditi per le parti l'avvocato dello Stato Wally Ferrante e gli avvocati Vulpetti e
Manservisi.

FATTO

1.– Electa s.r.l. ha partecipato alla procedura di gara, indetta dalla Soprintendenza speciale per i beni archeologici di Napoli e Pompei (d'ora innanzi solo Soprintendenza), con «sollecitazione alla domanda di partecipazione», pubblicata nella Gazzetta ufficiale n. 74 del 2010, per l'affidamento in concessione, presso gli scavi di Pompei ed Ecorcolano, dei servizi di: a) progettazione e realizzazione editoriale; b) progettazione e realizzazione oggettistica; c) vendita prodotti editoriali e oggettistica.

La Soprintendenza, con atto del 13 febbraio 2013, n. 626/13/31, ha aggiudicato la concessione concessione in favore di Electa.

Tale atto è stato impugnato, innanzi al Tribunale amministrativo regionale della Campania, Napoli, dal Consorzio Arte'M Net, il quale ha dedotto che:

- nella dichiarazione resa in data 3 novembre 2011 dall'amministratore unico in carica della Electa non si ricaverebbe l'attestazione in ordine ai requisiti di cui all'art. 38 del decreto legislativo 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), secondo quanto previsto anche dall'art. 4 della Lettera di richiesta di offerta vincolante e dall'art. 2 della Sollecitazione alla presentazione della domanda di partecipazione, relativamente al medesimo;
- la dichiarazione resa, in data 9 settembre 2010, dall'amministratore unico di Electa all'atto della presentazione della domanda di partecipazione non sarebbe correttamente firmata, essendo sottoscritta solo nell'ultima delle tre pagine;
- mancherebbe la precisa indicazione dei requisiti e delle risorse oggetto di avvalimento nonché la dimostrazione del requisito nelle dichiarazioni rese dall'impresa ausiliaria, Mondadori Electa s.p.a.;
- mancherebbe altresì la dichiarazione del possesso dei requisiti ex art. 38 con riferimento al presidente del consiglio di amministrazione munito di poteri di

rappresentanza della suddetta società ausiliaria, essendo dichiarati tali requisiti solo per l'amministratore delegato;

- alla data del 30 giugno 2010 di pubblicazione della Sollecitazione alla domanda di partecipazione, la società Electa non risultava ancora costituita;

- la domanda di partecipazione sarebbe presentata dalla Electa RMN, successivamente trasformatasi in Electa, costituita il 9 settembre 2010 dalla Mondadori Electa e dalla RMN Réunion Des Musées Nationaux, imprese che sarebbero singolarmente in possesso dei requisiti previsti per la procedura in questione; dunque la nuova società sarebbe stata costituita per aggirare il divieto, posto dall'art. 4 della Sollecitazione a pena di esclusione, della partecipazione in associazioni temporanee di imprese dotate dei requisiti per partecipare singolarmente;

- in base all'art. 86, comma 2, del d. lgs. n. 163 del 2006, la stazione concedente avrebbe dovuto valutare la congruità dell'offerta presentata dall'aggiudicataria, che avrebbe totalizzato 68,28 punti su 70 per l'offerta tecnica e 28 punti su 30 per quella economica.

In via subordinata, il Consorzio ricorrente contesta altresì l'illegittimità della procedura nel suo complesso, deducendo che:

- mancherebbe l'indicazione nella *lex specialis* degli oneri relativi alla sicurezza, ai sensi dell'art. 86, commi 3-*bis* e 3-*ter*, del d. lgs. n. 163 del 2006;

- i criteri per la valutazione dell'offerta tecnica sarebbe particolarmente ampi ed inidonei a veicolare il giudizio della Commissione giudicatrice;

- nei verbali di gara mancherebbe qualsiasi indicazione sui motivi dell'attribuzione dei punteggi;

- relativamente alla nomina della Commissione giudicatrice, risulterebbe la violazione dell'art. 84 del d. lgs. n. 163 del 2006, in quanto il Presidente non

apparterrebbe all'amministrazione committente, mentre per altro componente della Commissione emergerebbe un conflitto di interessi in relazione alla collaborazione in diverse produzioni editoriali e mostre curate da Electa.

2.– Il Tribunale amministrativo, con sentenza 30 ottobre 2013, n. 4845, ha accolto il motivo, sopra indicato, relativo alla genericità dell'impegno assunto dall'impresa ausiliaria e annullato l'atto di aggiudicazione. Gli altri motivi sono stati dichiarati assorbiti.

3.– L'amministrazione aggiudicatrice ed Electa hanno proposto appello rilevando, in primo luogo, che la dichiarazione di impegno dell'impresa ausiliaria sarebbe sufficientemente dettagliata, in quanto detta impresa, utilizzando un apposito modulo predisposto dalla stazione appaltante, ha fatto riferimento ai requisiti di cui paragrafo 3 numero 2 della Sollecitazione, come indicati in un documento allegato nell'ambito del quale «sono stati dettagliatamente indicati i requisiti (...) che sono stati messi a disposizione dell'impresa ausiliaria».

In secondo luogo, le appellanti hanno dedotto che venendo in rilievo una concessione di servizi:

- non si possono applicare tutte le disposizioni di dettaglio contenute nell'art. 49 del decreto legislativo 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);
- sarebbe stato violato l'art. 46 del suddetto d.lgs. n. 163 del 2006, in quanto mancherebbe una norma che sanziona con la nullità la mancanza riscontrata e, comunque, la stazione appaltante avrebbe dovuto esercitare il potere di soccorso.

3.1.– Si è costituita in giudizio la ricorrente in primo grado, chiedendo che l'appello venga rigettato e riproponendo i motivi non esaminati dal Tar.

4.– Il Consiglio di Stato, con ordinanza cautelare 5 febbraio 2014, n. 554, previa riunione dei giudizi, ha ritenuto che le esigenze prospettate dall'appellante

potessero essere adeguatamente soddisfatte mediante la fissazione in tempi brevi dell'udienza per l'esame nel merito della controversia.

5.– La causa è stata decisa all'esito della udienza pubblica del 29 aprile 2014.

DIRITTO

1.– La questione sottoposta all'esame attiene alla validità dell'avvalimento nell'ambito di una procedura di affidamento in concessione, presso gli scavi di Pompei ed Ercolano, dei servizi: di progettazione e realizzazione editoriale; progettazione e realizzazione oggettistica; vendita prodotti editoriali e oggettistica.

2.– Gli appelli sono infondati.

3.– Con un primo motivo gli appellanti deducono che l'impegno assunto dall'impresa ausiliaria nei confronti della stazione appaltante sia sufficientemente dettagliato e, in ogni caso, venendo in rilievo una concessione di servizi, non potrebbero trovare applicazione, nella loro intenzione, le prescrizioni contenute nell'art. 49 del decreto legislativo 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).

3.1.– I motivi non sono fondati.

3.1.1.– 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 contemplanò 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».

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 prestati in modo determinato e specifico».

L'esigenza di determinazione dell'oggetto sussiste, ed è questo il profilo che rileva in questa sede, anche on 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.).

3.1.2.– L'art. 30 del d.lgs. n. 163 del 2006 prevede che, nella scelta del concessionario, devono applicarsi i principi generali contenuti nel decreto stesso.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato ha più volte affermato che l'istituto dell'avvalimento è espressione di principi generali a tutela della concorrenza, consentendo la partecipazione di soggetti che senza l'ausilio di altra impresa non avrebbero i requisiti richiesti per la partecipazione stessa (Cons. Stato, sez. V, 13 marzo 2014, n. 1251; id., sez. VI, 29 dicembre 2010, n. 9576).

Ne consegue che detto istituto trova applicazione anche in presenza di una concessione di servizi pubblici (Cons. Stato, sez. VI, 8 maggio 2014, n. 2365).

E' bene puntualizzare che non è possibile enucleare dall'art. 49 soltanto alcune regole, ritenendo solo esse espressione di principi generali. Una volta individuata la struttura e la *ratio* dell'avvalimento le regole che presiedono al suo funzionamento si applicano, nel settore in esame, in modo unitario e non parcellizzato.

3.1.3.– Nella fattispecie in esame, nella dichiarazione di impegno l'ausiliaria ha richiamato i requisiti previsti dal paragrafo 3, numero 2 della sollecitazione: a) servizi di progettazione e realizzazione editoriale; b) servizi di progettazione e realizzazione oggettistica; c) servizi di vendita di prodotti editoriali e oggettistica.

Nel documento allegato la società ha indicato, poi, per ciascuno di tali servizi, il fatturato prodotto negli ultimi tre anni.

Tale dichiarazione non rispetta i requisiti richiesti dalla normativa sopra riportata.

Non è sufficiente, infatti, 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, n. 2365, 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).

Né varrebbe rilevare, per le ragioni esposte, che non potrebbero applicarsi nella loro interezza le prescrizioni contenute nell'art.49.

4.– Con un secondo ordine di motivi gli appellanti deducono che, in ogni caso, l'accertata violazione non comporterebbe l'esclusione della società ovvero avrebbe imposto all'amministrazione di esercitare il potere di soccorso, anche in ragione del fatto che sono stati impiegati moduli predisposti dalla stazione appaltante.

Tali motivi non sono fondati.

L'art. 46 del d.lgs. n. 163 del 2006 prevede: al primo comma, che «le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati»; al comma 1-*bis*: che «la stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente Codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione», aggiungendo che «dette prescrizioni sono comunque nulle».

In relazione al rispetto del principio di tassatività delle cause di esclusione, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha chiarito che «la nuova disposizione deve essere intesa nel senso che l'esclusione dalla gara è disposta sia nel caso in cui il Codice, la legge statale o il regolamento attuativo la comminino espressamente, sia nell'ipotesi in cui impongano “adempimenti doverosi” o introducano, comunque, “norme di divieto” pur senza prevedere espressamente l'esclusione ma sempre nella logica del *numerus clausus*» (Cons. Stato, Ad. plen. Cons. Stato, 25 febbraio 2014, n. 9).

Nella fattispecie in esame non rileva, pertanto, che l'art. 49 non contempli espressamente la sanzione dell'esclusione, in quanto la formulazione della norma è chiara nel senso di imporre «adempimenti doverosi».

In relazione al dovere di soccorso, la giurisprudenza sopra richiamata ha affermato che «il potere di soccorso - sostanziandosi unicamente nel dovere della stazione

appaltante di regolarizzare certificati, documenti o dichiarazioni già esistenti ovvero di completarli ma solo in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione, chiedere chiarimenti, rettificare errori materiali o refusi, fornire interpretazioni di clausole ambigue nel rispetto della *par condicio* dei concorrenti - non consente la produzione tardiva del documento o della dichiarazione mancante o la sanatoria della forma omessa, ove tali adempimenti siano previsti a pena di esclusione dal Codice dei contratti pubblici, dal regolamento di esecuzione e dalle leggi statali» (Cons. Stato, Ad. plen., n. 9 del 2014, cit.).

Nella fattispecie in esame, tale potere non può operare in quanto implicherebbe non l'integrazione della documentazione già depositata ma la sostituzione dell'impegno negoziale assunto con un nuovo impegno conforme ai criteri normativi previsti, con conseguente violazione del principio della parità di trattamento (Cons. Stato, sez. III, n. 3058 del 2014). Né si potrebbe pervenire ad una soluzione diversa in ragione del fatto che sono stati impiegati moduli predisposti dall'amministrazione, in quanto detti moduli imponevano, comunque, una loro compilazione, in relazione all'oggetto dell'impegno negoziale, conforme alle regole sin qui esposte.

5.- La natura della controversia giustifica l'integrale compensazione tra le parti delle spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, definitivamente pronunciando sui ricorsi riuniti, indicati in epigrafe:

- a) rigetta gli appelli;
- b) dichiara integralmente compensate tra le parte le spese del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 aprile 2014 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Gabriella De Michele, Consigliere

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere

Vincenzo Lopilato, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/07/2014

IL SEGRETARIO

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