



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

I N N O M E D E L P O P O L O I T A L I A N O

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3782 del 2019, proposto da Ecoce S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Antonio Ausiello, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Pompei, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Antonio Messina, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Comune di Pompei - Centrale Unica di Committenza- Comune di Pompei- Ente Capofila non costituito in giudizio;
Win Ecology S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Antonio D'Angelo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento ,per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

a - della determinazione dirigenziale n. 960-SET1-318-2019- del 26.7.2019, a firma del Dirigente del settore Affari Generali e Finanziari del Comune di Pompei Dott. Eugenio Piscino, con la quale, previa approvazione dei verbali di gara, è stata disposta l'aggiudicazione- ex art. 32 D.Lgs. 50/2016 in favore della società Win Ecology S.r.l. della procedura di gara per l'affidamento del Servizio di Gestione Integrata dei rifiuti urbani e di mantenimento del decoro e della fruibilità delle strade e aree pubbliche (CIG 787122003B-CPV 90511000-2), con consegna anticipata del servizio dall'1.8.2019, limitatamente ai servizi ordinari, nelle more dell'efficacia dell'aggiudicazione e della stipulazione del contratto.

b- della comunicazione REG. UFF. U.0038842 del 26.7.2019, inviata via pec in pari data, a firma del RUP Dott.ssa Maria Concetta Salemi, con la quale si comunicava- ex art. 76 D.Lgs. 50/2016- l'aggiudicazione in favore della Win Ecology S.r.l.;

c- dei verbali di gara in parte qua, nella parte in cui non è stata disposta l'esclusione dalla gara dell'impresa Win Ecology S.r.l., per plurimi profili di illegittimità dell'offerta presentata;

d- ove occorra, dell'art. 10 del disciplinare di gara, ove interpretato nel senso di consentire il rilascio di polizze fideiussorie ex art. 93, comma 3, D.Lgs. 50/2016, da parte di intermediari finanziari non iscritti nell'elenco speciale ex art. 106 T.U.B., ossia non abilitati al rilascio di cauzioni in favore di enti pubblici appaltanti;

e- ove, occorra, dell'art. 7.2 lett. b) nonché dell'art. 8 del disciplinare di gara, ove intesi nel senso che il prestito del requisito analogo del fatturato specifico medio annuo - negli ultimi tre esercizi finanziari- per l'esecuzione di servizio ambientale pari o superiore al valore annuo del contratto del servizio S1, possa qualificarsi come avvalimento di garanzia, anziché avvalimento operativo, con conseguente declaratoria di nullità del contratto di avvalimento per indeterminatezza e/o indeterminabilità, per violazione dell'art. 89 D.Lgs. 50/2016;

f- ove occorra, dell'art. 7.3 lett. d)-e) del disciplinare, se inteso a consentire all'operatore economico di non specificare le risorse umane e il personale necessario all'esecuzione dell'appalto, in violazione dell'art. 89 cit. e art. 54 della direttiva 2014/24/UE;

g- di ogni altro atto e/o provvedimento presupposto, connesso e consequenziale comunque lesivi degli interessi della società ricorrente;

h- per la declaratoria di nullità e/o inefficacia del contratto di appalto ex artt. 121 e 122 c.p.a., ove stipulato nelle more della definizione del giudizio, con ordine di subentro della società ricorrente, quale seconda graduata, di cui si dichiara sin d'ora la disponibilità ai sensi dell'art. 124 c.p.a.;

e, in via graduata, per la conseguente declaratoria in alternativa al risarcimento in forma specifica, del diritto della ricorrente al riconoscimento del risarcimento danni per equivalente nella forma di danno emergente, lucro cessante nella misura del 10%, ovvero del 5% (sub specie, perdita di chance e danno curriculare), ovvero per responsabilità da contatto sociale qualificato, per violazione dell'obbligo di buona fede e legittimo affidamento.

Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da WIN ECOLOGY SRL il 21\10\2019 :

avverso il ricorso principale della società ECOCE srl

per l'annullamento in via incidentale di tutti gli atti e verbali di ammissione alla gara della ricorrente principale per nullità - e conseguente invalidità - del contratto di avvalimento 15.5.2019 allegato all'offerta da essa presentata , per violazione delle vigenti disposizioni legislative regolanti la materia nonché per nullità della garanzia fideiussoria provvisoria allegata all'offerta della ricorrente principale

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Pompei e di Win Ecology S.r.l.;

Visto il ricorso incidentale presentato dalla controinteressata;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 novembre 2019 la dott.ssa Anna Pappalardo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente espone che il Comune di Pompei (capofila della C.U.C. tra i comuni associati di Poggiomarino - Lettere - Santa Maria la Carità - Sant'Antonio Abate) ha indetto -con bando del 11.4.2019, pubblicato in data 15.4.2019 in G.U.R.I., IV serie speciale n. 45- una procedura per l'affidamento del Servizio di Gestione Integrata dei rifiuti urbani e di mantenimento del decoro e della fruibilità delle strade e aree pubbliche- CIG. N. 787122003B CPV 90511000-2- CODICE GARA CUC 8/2019, il cui valore dell'intero contratto per il periodo di 7 anni è determinato in € 34.257.500,00 oltre I.V.A. al 10%, (per un totale di € 37.683.250,00), da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 95, comma 2, del D.Lgs. n. 50/2016.

Espletate le operazioni di gara, la ricorrente si è classificata come seconda graduata (con punteggio totale di 64,29) in posizione deteriore rispetto all'impresa aggiudicataria Win Ecology S.r.l. (in avvalimento con l'ausiliaria ATI SOC. COOP. A.R.L.), che ha totalizzato un punteggio di 83,83.

Con determinazione dirigenziale n. 960-SET1-318-2019- del 26.7.2019, a firma del Dirigente del settore Affari Generali e Finanziari del Comune di Pompei ,previa

approvazione dei verbali di gara, è stata disposta l'aggiudicazione- ex art. 32 D.Lgs. 50/2016 in favore della società Win Ecology S.r.l.

Dopo aver acquisito l'intera offerta presentata dall'aggiudicataria, la ricorrente assume di avere rilevato plurimi profili di illegittimità, che avrebbero dovuto comportare l'esclusione della stessa dalla procedura.

In particolare l'impresa aggiudicataria, in quanto costituita nel mese di maggio 2018, appena dieci mesi prima della gara de qua (con attività prevalente di commercio all'ingrosso di autoveicoli); sarebbe totalmente carente di tutti i requisiti previsti dalla lex specialis di gara, per cui si è avvalsa dell'impresa ausiliaria ATI Soc. Coop. A.R.L. per soddisfare i requisiti economico finanziari e tecnico professionali previsti dal disciplinare (artt. 7.2-7.3), ricorrendo ad un contratto di avvalimento invalido, per una serie di carenze rilevanti ed insanabili.

A ciò si aggiunga la circostanza che l'aggiudicataria ha presentato a corredo dell'offerta una garanzia fideiussoria (n. BIT0018259/000- ex art. 93 D.Lgs. 50/2016- emessa il 16.5.2019 a Budapest, con un operatore finanziario straniero denominato CIG PANNONIA (di nazionalità Ungherese), che non risulta iscritta nell'Albo Speciale ex art. 106 TUB così come richiamato dall'art. 93, comma 3, D.Lgs. cit., e, quindi, non abilitato a rilasciare polizze e/o cauzioni in favore di enti pubblici appaltanti.

Il ricorso è affidato alle censure di

I - VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 93, COMMA 1 E 3, D.LGS. 50/2016 E ART. 10 DEL DISCIPLINARE IN RELAZIONE ALL'ART. 106 T.U.B.. ECCESSO DI POTERE (SVIAMENTO- DIFETTO DEL PRESUPPOSTO- ERRONEA PRESUPPOSIZIONE- ILLOGICITÀ- ARBITRARIETÀ- INGIUSTIZIA MANIFESTA- TRAVISAMENTO- CARENZA ASSOLUTA DI ADEGUATA ISTRUTTORIA- PERPLESSITÀ- IRRAGIONEVOLEZZA). VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DI PAR

CONDICIO-IMPARZIALITÀ- BUON ANDAMENTO- : l'impresa aggiudicataria-in apparente osservanza dell'art. 93 D.Lgs. 50/2016- ha corredato la propria offerta di partecipazione alla gara de qua, con una garanzia fideiussoria, rilasciata in data 16.5.2019, ed emessa dall'intermediario finanziario straniero CIGPANNONIA, con sede a Budapest (Ungheria), la quale non risulta mai essere stata iscritta nell'albo speciale ex art. 106 T.U.B. (Testo Unico Bancario), e, quindi, inidonea e carente dei requisiti a prestare cauzione in favore del pubblico, vieppiù in favore delle amministrazioni appaltanti.

II- VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 83 E 89 D.LGS. 50/2016 IN RELAZIONE ALL'ART. 7.2 LETT. B) DEL DISCIPLINARE. ECCESSO DI POTERE (SVIAMENTO- DIFETTO DI ADEGUATA ISTRUTTORIA- ILLOGICITÀ- TRAVISAMENTO- INGIUSTIZIA MANIFESTA- ERRONEITÀ DEI PRESUPPOSTI- ERRONEA PRESUPPOSIZIONE DI FATTO E DIRITTO- APPARENTE MOTIVAZIONE). VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DI PAR CONDICIO-IMPARZIALITÀ - BUON ANDAMENTO- NULLITÀ DEL CONTRATTO DI AVVALIMENTO PER INDETERMINATEZZA E INDETERMINABILITÀ (AD. PL. 23/2016).

La aggiudicataria era carente dei requisiti , sia economico finanziari (7.2 lett. a)- b), sia tecnico professionali (artt. 7.3 lett. d) -e), imposti, a pena di esclusione, dal disciplinare di gara, ed ha sottoscritto un contratto di avvalimento da ritenersi nullo per indeterminatezza, indeterminabilità e palese contraddittorietà.

Invero, sotto il profilo dei requisiti economico finanziari, il bando richiedeva oltre al fatturato globale annuo, alla lettera b), “ la dimostrazione di aver conseguito negli ultimi tre esercizi finanziari un fatturato medio annuo per l'esecuzione di servizi ambientali pari o superiore al valore annuo del contratto dei servizi S1”.

Tale requisito , non posseduto in proprio dalla concorrente, e che secondo la tesi attorea rientra piuttosto nel novero dei requisiti inerenti la capacità tecnica come dimostrativo dell'esistenza di un'organizzazione aziendale adeguata e del possesso dei mezzi essenziali ad eseguire il servizio da affidare, oltre a quello tecnico professionale previsto dal successivo art. 7.3, lett. c)-d, non sarebbe stato validamente integrato neppure con il contratto di avvalimento.

In particolare detto contratto non specifica i mezzi e le risorse messe a disposizione (art. 89, comma 1, D.Lgs. cit.) per integrare il requisito tecnico del fatturato specifico (art. 7.2 lett. b), limitandosi unicamente ad indicare il prestito dei requisiti di cui all'art. 7.3 alle lett. d)- e) del disciplinare, con espressione riproduttiva del testo normativo .

Inoltre nell'art. 2 del contratto di avvalimento, l'impresa ausiliaria , nell'elencare la messa a disposizione del requisito di cui all'art. 7.2 lett. a) - b), si è limitata ad una generica e tautologica previsione: vi sarebbe quindi carenza assoluta della specificazione dei mezzi e delle risorse messe a disposizione dalla ausiliaria in relazione al requisito tecnico del fatturato specifico ex art. 7.2 lett. b) del disciplinare , nonché con riferimento al requisito dell'esperienza pregressa , elementi necessari “per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità”.

III - identiche censure: anche in relazione ai requisiti di capacità tecnica e professionale di cui all'art. 7.3 lett. d) - e) previsti dal disciplinare emerge un'apparente specificazione delle risorse e del personale “prestato”, in quanto l'indeterminatezza degli allegati al contratto di avvalimento palesa la inidoneità dello stesso a compensare la carenza in proprio del requisito da parte della concorrente.

Sotto tale profilo l'avvalimento , in quanto di carattere operativo , avrebbe richiesto una stringente indicazione delle risorse messe a disposizione, il che non è avvenuto. Invero il relativo contratto all'articolo 3 prevede l'impegno dell'ausiliaria di fornire le risorse umane, per un totale di 25 unità lavorative, così suddivise: n. 8

autisti patente B; n. 8 autisti patente C; n. 8 Serventi operatori di terra; n. 1 personale tecnico e amministrativo di supporto. Per contro, l'allegato n. 8, menzionato e richiamato nel contratto di avvalimento, non contiene l'indicazione nominativa delle 25 unità lavorative, ma sotto la voce "Elenco personale tecnico/amministrativo", prevede una sola e unica figura del personale, ossia: Responsabile progettazione e coordinamento dunque nel doppio ruolo di responsabile gestione progettazione e finanziaria..

Tale articolo, rubricato "Oggetto del contratto" nulla aggiungerebbe in termini di determinatezza della prestazione, atteso che contiene il solo impegno di mettere a disposizione i requisiti di cui è carente l'ausiliata, con formula meramente ripetitiva delle prescrizioni del capitolato di gara.

Anche il successivo articolo 3 intitolato "Risorse e mezzi messi a disposizione dall'avvalente" si conclude con formula tautologica di impegno a prestare: ".....il Know How derivante dalla pluriennale esperienza maturata."

La ricorrente ha chiesto l'annullamento dell'aggiudicazione con domanda di risarcimento in forma specifica; in via subordinata, chiede il ristoro dei danni per equivalente per attività provvedimentale illegittima - a titolo di danno da perdita di chance del 10% del valore dell'appalto, pari al valore dell'utile che sarebbe derivato dalla esecuzione del contratto, ovvero, in via gradata, del 5% o diversa somma equitativamente determinata, oltre al danno curriculare costituito dalla perdita della possibilità di incrementare il proprio curriculum professionale sempre nella misura del 5%, ovvero di quella diversa somma equitativamente determinata, da ritenersi in re ipsa.

Alternativamente, chiede il risarcimento danni da contatto sociale qualificato (perdita di chance quantificata nel 5% e danno curriculare 5%).

La aggiudicataria ha resistito alla domanda attorea, ed ha spiegato ricorso incidentale depositato il 21.10.2019. Con lo stesso insorge per l'annullamento in

via incidentale di tutti gli atti e verbali di ammissione alla gara della ricorrente in via principale per nullità - e conseguente invalidità - del contratto di avvalimento datato 15.5.2019 allegato all'offerta della ricorrente , per violazione delle disposizioni legislative regolanti la materia nonché per nullità della garanzia fideiussoria provvisoria allegata all'offerta della ricorrente principale. Dall'illegittima ammissione a gara della Ecoce srl conseguirebbe l' inammissibilità ed improcedibilità del ricorso principale , stante l'effetto paralizzante del ricorso incidentale escludente, come interpretato dalla giurisprudenza nazionale.

Il ricorso incidentale si articola nelle censure di :

1.- VIOLAZIONE DEL GIUSTO PROCEDIMENTO. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 89 DEL D.LGS 50/2016. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 88 DEL D.P.R. 207/2010. CARENZA ASSOLUTA DI ISTRUTTORIA. ECCESSO DI POTERE PER PRESUPPOSTO ERRONEO. ILLOGICITA' MANIFESTA.

La ricorrente principale, non avendo il possesso degli specifici requisiti richiesti, ha prodotto un contratto di avvalimento (sia di garanzia che operativo) datato 15.5.2019 sottoscritto con la società GEA srl , con il quale, l' ausiliaria avrebbe garantito sia il soddisfacimento dei requisiti di natura economica (art. 7.2, lett. "a" e "b") sia quelli di natura tecnica (art. 7.3, lett. "d" ed "e").

L'accordo contrattuale prodotto in sede di gara non rispecchierebbe i requisiti prescritti normativamente, come intesi dalla più recente giurisprudenza che, in tema di avvalimento operativo, in caso venga ad essere supplito un requisito esperienziale, ha affermato che debba emergere un ruolo esecutivo dell'impresa ausiliaria nello svolgimento delle prestazioni di cui l'ausiliata risulti essere carente o quanto meno deve essere comprovato un ruolo di coordinamento e gestione concreta del servizio da parte dell'ausiliaria.

In particolare la ricorrente principale era carente del requisito esperienziale concernente l'esperienza professionale maturata nell'esecuzione della raccolta differenziata in ambiti territoriali caratterizzati dalla presenza di una determinata densità di popolazione, nonché di quello afferente al raggiungimento di una percentuale minima di raccolta differenziata per determinate categorie di rifiuti. Posta la qualificazione del requisito in questione in termini di carattere di requisito di esperienza pregressa pertinente alla natura, all'oggetto ed alle finalità dell'appalto, l'avvalimento stipulato sarebbe invalido, in quanto impegna l'ausiliaria genericamente a mettere a disposizione "le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto,, a mettere contestualmente ed effettivamente a disposizione anche il know how, la propria organizzazione aziendale e le risorse necessarie connesse al requisito tecnico prestato quali [...]". Ciò non risponderebbe all'esigenza di obbligarsi ad eseguire direttamente le prestazioni correlate al suddetto requisito di "esperienza professionale pertinente".

Inoltre la messa a disposizione da parte dell'impresa Ausiliaria a favore dell'impresa ausiliata di soli due autisti e dei pochi automezzi indicati dimostrerebbe come l'esecuzione sia affidata interamente all'ausiliata, con un generico ruolo servente ed eventuale dell'ausiliaria, senza nulla prevedere circa l'effettivo controllo e monitoraggio sullo svolgimento e sull'esecuzione del servizio ovvero senza prevedere alcuna presenza nell'ambito territoriale di svolgimento della prestazione né interlocuzione con la committente.

2. VIOLAZIONE DEL GIUSTO PROCEDIMENTO. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 89 DEL D.LGS. 50/2016. ILLOGICITA' MANIFESTA. CARENZA ASSOLUTA DI ISTRUTTORIA.

In caso di avvalimento avente ad oggetto il requisito di capacità tecnica e professionale, occorre distinguere la messa a disposizione delle risorse materiali non possedute dall'impresa ausiliata e la cui disponibilità sia considerata necessaria

dalla stazione appaltante (al fine di escludere l'eventuale aggiudicazione ad un soggetto che possa dimostrarsi successivamente incapace di poter disporre delle risorse materiali necessarie all'esecuzione del contratto) dal possesso di una esperienza pertinente; il contratto di avvalimento prodotto nella gara in oggetto, limitatamente ai requisiti di cui alla lett. d) ed e) dell'art. 7.3 del disciplinare, avrebbe dovuto specificare gli elementi aziendali reputati idonei a garantire un effettivo trasferimento dell'esperienza dall'impresa ausiliaria; essendone carente, lo stesso deve ritenersi nullo .

3. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 93 DEL D.LGS. 50/2016 E DELL'ART. 10 DEL DISCIPLINARE IN RELAZIONE ALL'ART. 106 DEL T.U.B. ECCESSO DI POTERE PER PRESUPPOSTO ERRONEO E CARENZA DI ISTRUTTORIA.

la ricorrente principale si è avvalsa di una garanzia fideiussoria rilasciata da una compagnia di assicurazioni - la "City Insurance" con sede legale in Romania, sottoposta alla vigilanza dell'Autorità del paese di origine ed abilitata ad operare in Italia, in regime di libera prestazione di servizi (senza sede stabile), in alcuni rami danni tra cui rientra il ramo 15 – cauzione (nell'ambito del quale rientra il rilascio delle polizze fideiussorie). Tale Compagnia non è iscritta nell'Albo degli intermediari finanziari ex art. 106 del D.Lgs 385/1993, né sarebbe iscritta nell'elenco dell'ISVASS aggiornato al 20.9.2019 , per cui non potrebbe considerarsi valida la garanzia prestata in gara .

Si è successivamente costituito in giudizio il Comune di Pompei, contestando la fondatezza del ricorso principale ed incidentale.

Alla camera di consiglio del 8.10.2019. , fissata per la trattazione della domanda cautelare, le parti hanno rinunciato alla domanda cautelare, chiedendo la fissazione della udienza per la trattazione del merito.

Alla pubblica udienza del 26.11.2019, dopo il deposito di memorie e memorie di replica e previa espressa rinuncia a verbale dei difensori di entrambe le parti contrapposte- ricorrente principale ed incidentale- alle censure relative alla validità della polizza fideiussoria- il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Il presente giudizio richiede l'esame di una serie di profili in rito ed in merito, che verranno trattati secondo l'ordine logico e giuridico delle questioni poste, sia nel ricorso principale che in quello incidentale, benché si tratti di ricorsi reciprocamente escludenti, in applicazione dei più recenti orientamenti del giudice comunitario,

1 - in rito sull'obbligo di esame di entrambi i ricorsi, principale ed incidentale-

In primo luogo, pur essendo i contrapposti ricorsi reciprocamente escludenti, il Collegio osserva che nella fattispecie in esame non può più applicarsi il criterio elaborato dalla giurisprudenza nazionale, per cui la fondatezza del ricorso incidentale escludente sarebbe preclusiva dell'esame di quello principale, atteso che occorre uniformarsi ai più recenti arresti della CGUE, con i quali è stato ribadito l'obbligo di esame di entrambi i ricorsi, principale ed incidentale.

La Corte di giustizia dell'Unione Europea, con la recente pronuncia del 5 settembre 2019 C-333-18 ha delineato i rapporti in tema di ordine di esame di ricorso principale e ricorso incidentale (affermando peraltro principi già sviluppati nella precedente giurisprudenza, ex multis sentenze Puligienica e Fastweb), stabilendo che:

“ L'articolo 1, paragrafo 1, terzo comma, e paragrafo 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989(...) con successive modifiche(...)in tema procedure di ricorso in materia di appalti pubblici OSTA a che un ricorso principale, proposto da un offerente che abbia interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a

causa di una presunta violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme che traspongono quest'ultimo, ed inteso ad ottenere l'esclusione di un altro offerente, venga dichiarato irricevibile in applicazione delle norme o delle prassi giurisprudenziali procedurali nazionali disciplinanti il trattamento dei ricorsi intesi alla reciproca esclusione, quali che siano il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto e il numero di quelli che hanno presentato ricorsi.”

Ne discende che il ricorso principale non può essere dichiarato irricevibile in applicazione di prassi giudiziarie nazionali in tema di ricorsi cd escludenti e va esaminato in ogni caso, quale che sia il numero di partecipanti e/o di ricorrenti: così la Corte afferma il massimo rilievo all'interesse strumentale alla riedizione della gara e pertanto non può interpretarsi la sentenza Fastweb come una mera deroga, in presenza di specifici presupposti, al generale principio di ordine di esame sancito dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, che aveva continuato a dare priorità al ricorso incidentale escludente.

In primo luogo, il diritto dell'Unione all'art 1 della direttiva 89/665 prevede il rimedio di un “ricorso rapido ed effettivo” da garantire “a chiunque abbia, o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione.”

Invero il ricorso incidentale dell'aggiudicatario per l'effetto non può determinare il rigetto del ricorso di un offerente escluso qualora la regolarità dell'offerta di ciascuno degli operatori venga contestata, dato che ciascuno degli offerenti può far valere un legittimo interesse equivalente all'esclusione dell'offerta degli altri, che può condurre alla constatazione dell'impossibilità, per la p.a. aggiudicatrice, di procedere alla scelta di un'offerta regolare, con la conseguenza di doversi proclamare la riedizione della intera procedura di gara nella quale tutti i concorrenti tornano ad avere la chance di vittoria cui aspirano.

Il principio, sancito peraltro anche nelle pregresse sentenze Fastweb e Puligienica, è quello dell'equivalenza degli interessi perseguiti con ricorsi reciprocamente escludenti. Ne consegue (al punto 25 della sentenza C-333-18) l'obbligo del giudice nazionale di non dichiarare irricevibile il ricorso principale, in caso di fondatezza di quello incidentale. Tale principio di equivalenza e di rilievo dell'interesse mediato o strumentale è applicabile anche quando le ditte partecipanti siano più di due ed i ricorsi escludenti non attraggano nel fuoco dei motivi di ricorso offerte di altre classificate alle loro spalle.

Pertanto la ricevibilità del ricorso principale non può essere subordinata alla previa constatazione che tutte le offerte classificate alle spalle siano irregolari, e neppure può essere subordinata alla prova, che il ricorrente principale fornisca, del fatto che la p.a. sia indotta a ripetere la gara dalla constatazione di tale irregolarità, ciò in quanto "l'esistenza di una siffatta possibilità (del rinnovo della gara) è sufficiente".

La mancata partecipazione al giudizio degli altri offerenti non inficia tale interpretazione, atteso che il numero di partecipanti alla procedura, come il numero di partecipanti al giudizio, nonché la divergenza dei motivi dedotti in giudizio non sono rilevanti. L'interesse strumentale deve trovare riconoscimento anche quando sussista una semplice possibilità di riedizione della gara, senza dover dimostrare specificamente un nesso di certezza tra le irregolarità riscontrate e la ripetizione della procedura di gara.

Nella specie, in applicazione di tali principi al caso in esame, ove si presentano due ricorsi reciprocamente escludenti, pur in presenza di più offerenti, che non hanno tutti partecipato al presente giudizio (anche se alcuni hanno proposto separata impugnativa) è doveroso l'esame di entrambi i ricorsi.

2 - sulla rinuncia reciproca ai motivi di censura riguardanti la validità della cauzione provvisoria

Ancora in via preliminare va dato atto della reciproca espressa rinuncia al motivo- spiegato simmetricamente tanto nel ricorso principale che in quello incidentale- relativa alla invalidità della polizza fideiussoria con la quale è stata prestata la cauzione provvisoria.

Le rinunce, reciprocamente accettate, esimono il Collegio dall'esame delle rispettive censure, per cui non resta che dare atto della rinuncia sul punto specifico dei rispettivi ricorsi.

3 - sulla eccezione di irricevibilità del ricorso incidentale

In via ulteriormente preliminare va scrutinata l'eccezione di tardività del ricorso incidentale, deducendosi che lo stesso è stato notificato oltre 30 giorni dalla conoscenza dell'ammissione alla gara dell'aggiudicataria, ovvero dalla data di acquisizione della documentazione amministrativa.

La censura è infondata ,essendo mutato il quadro normativo di riferimento a seguito dell'avvenuta abrogazione del cosiddetto rito super accelerato di cui all'articolo 120 comma 2 bis cpa, con effetto a partire dal 19 aprile 2019, secondo il disposto del D.L: n. 32 del 2019, convertito in legge numero 55 del 14 giugno 2019.

In particolare il legislatore, eliminando l'onere di immediata impugnazione delle ammissioni di altre imprese concorrenti alla gara, ha assunto quale riferimento temporale non già la pubblicazione del bando di gara o la spedizione dell'invito(secondo i consueti criteri adottati allo scopo nella materia, che guardano al momento dell'avvio della procedura di affidamento) bensì l'inizio del processo.

Pertanto, per processi "iniziati dopo la data di entrata in vigore del decreto" devono intendersi, nell'ottica di chi agisce in giudizio ovvero di chi lo ha "iniziato", quelli in cui il ricorso introduttivo venga notificato dopo il 19 aprile 2019 , fattispecie in cui rientra il presente giudizio.

Conseguentemente le censure relative all'ammissione alla gara dei concorrenti per carenza di requisiti soggettivi ovvero economico finanziari e tecnico professionali ,vanno attivate nelle forme ordinarie, e per quanto riguarda la reazione dell'aggiudicataria, nelle forme del ricorso incidentale, ai sensi dell'articolo 42 cpa, che prevede il termine di 60 giorni (nella specie dimezzato in virtù del rito appalti) dalla notifica del ricorso principale.

Invero l'impugnazione delle ammissioni di altre ditte , in virtù della disposizione abrogante, ritorna a dover essere posticipata al momento dell'aggiudicazione definitiva ovvero a quello in cui (per la prima volta) l'interesse a ricorrere da parte del concorrente, insoddisfatto dall'esito della gara, diventa concreto ed attuale – nella specie la notifica del ricorso principale da parte della seconda graduata .

Irrilevanti sono anche le censure relative alla configurazione della natura di ricorso incidentale cosiddetto autonomo relativamente al gravame proposto dalla controinteressata, dal momento che la stessa , in quanto aggiudicataria e dunque prima classificata , non avrebbe dovuto proporre un ricorso in via autonoma contrastando la mancata esclusione della odierna ricorrente, essendo all'evidenza carente di interesse all'impugnativa sul punto, sino alla proposizione del ricorso principale.

4 - nel merito del ricorso principale, sulla dedotta carenza del requisito di idoneità professionale della aggiudicataria

Viene lamentato nel ricorso principale che la controinteressata, in quanto impresa operante in un diverso settore rispetto a quello dei servizi in gara, ovvero iscritta in CCIAA per l'attività di compravendita auto, non avrebbe l' idoneità professionale richiesta per la partecipazione alla gara.

Al riguardo il capitolato di gara all'art. 7.2 richiedeva espressamente come requisito di idoneità professionale: *“Iscrizione nel Registro delle imprese presso la Camera di Commercio, Industria, Artigianato ed Agricoltura per attività inerente l'oggetto della gara,*

comprese le attività di cui al D.M. 274/1997 (attività di pulizia, di disinfezione, di disinfestazione, di derattizzazione e di sanificazione).”

Il requisito di idoneità professionale, contrariamente a quanto dedotto dalla ricorrente, risulta posseduto dalla Win Ecology, atteso che la iscrizione alla CCIAA per attività inerente l’oggetto della gara è verificata dalle risultanze del certificato camerale, esibito in giudizio dalla stessa ricorrente principale(all. n. 32) il quale indica come attività prevalente il commercio all’ingrosso di autoveicoli, impresa di pulizia, disinfezione, disinfestazione, derattizzazione, sanificazione- legge 82/94(come attività svolte nell’unità locale), ma prevede altresì nella sezione attività (cfr pag. 7) , svolta nella sede legale, la “ raccolta, e trasporto di rifiuti urbani assimilabili; raccolta e trasporto di rifiuti speciali pericolosi e non; raccolta di rifiuti dai centri di raccolta; attività di spazzamento meccanizzato e non; -dal 22.2.2019.

Pertanto la controinteressata non è priva del requisito di idoneità professionale richiesto dalla normativa vigente, inteso quale attività, seppure non prevalente, congruente con quella oggetto del servizio, e segnatamente quella svolta nella sede legale, per cui soddisfa i requisiti di idoneità professionale.

5 - sulle censure di cui al ricorso principale ed incidentale, specularmente dirette ad affermare la nullità degli avvalimenti prodotti in gara per indeterminatezza dell’oggetto

5.a - l’esame delle censure si sposta sul profilo della validità e congruità del contratto di avvalimento, in quanto teso ad integrare i requisiti economici finanziari e tecnico operativi richiesti dal bando.

Entrambi i concorrenti hanno fatto ricorso al contratto di avvalimento per integrare i requisiti di partecipazione, economici e tecnici, ed al riguardo contestano reciprocamente la carenza dei requisiti di partecipazione alla gara, lamentando da un lato la ricorrente principale che l’aggiudicatario è del tutto

carente dei requisiti sia economico finanziari che tecnico operativi, in ragione della sua recente costituzione , che evidenzia la mancanza del fatturato generico, specifico, della organizzazione adeguata ed altresì della esperienza professionale pertinente, specificamente richiesta dal disciplinare di gara . Il contratto di avvalimento prodotto per integrare i requisiti partecipativi sarebbe nullo per indeterminatezza dell'oggetto, presentandosi carente della necessaria specificazione degli elementi messi a disposizione dell'impresa ausiliata.

Dal canto proprio la aggiudicataria ,mediante il gravame incidentale , veicola in giudizio la censura di carenza del requisito dell'esperienza professionale pertinente in capo alla ricorrente principale, dal momento che la stessa (benché munita di un substrato di dipendenti e di automezzi), non possiede perciò stesso il requisito esperienziale richiesto dalla lex specialis di gara.

Né potrebbe integrarlo semplicemente ampliando il parco veicoli o la disponibilità di dipendenti per acquisire una più elevata capacità tecnica, quale richiesta dalle pertinenti disposizioni di gara. Pertanto la ricorrente principale, in quanto carente del requisito di esperienza professionale pertinente, avrebbe stipulato un contratto di avvalimento nullo per omessa previsione di un ruolo diretto operativo ed esecutivo dell'ausiliaria nello svolgimento della prestazione con riferimento alla quale è stato supportato il requisito esperienziale, in violazione dell'art. 89 comma 1 codice contratti .

Occorre in proposito preliminarmente individuare sia il requisito di capacità tecnica ed operativa richiesto dal disciplinare della presente procedura di gara, sia gli elementi e requisiti con cui debba identificarsi l'esperienza professionale pertinente , soggetta ad una più stringente disciplina in tema di contratto di avvalimento.

Lamenta al riguardo la ricorrente principale che anche il requisito del fatturato specifico, di cui l'odierna aggiudicataria è priva, dovrebbe catalogarsi tra i requisiti

tecnico operativi, come tali soggetti ad un particolare onere di specificazione nel contratto di avvalimento. L'aggiudicataria avrebbe sotto tale aspetto stipulato un contratto di avvalimento nullo per indeterminatezza dell'oggetto, non essendo sufficiente avere indicato genericamente il fatturato medio annuo specifico per servizi ambientali, ed i requisiti posti a dimostrazione della capacità tecnica e professionale, ovvero automezzi e personale.

Osserva in proposito il Collegio che, benché sia stata particolarmente controversa in giurisprudenza la questione se il requisito relativo al fatturato specifico sia inerente alla capacità economico finanziaria, ovvero a quella tecnico operativa, nella specie la disposizione di cui all'articolo 83 comma 4 lettera a) del decreto legislativo 50/2016 è intervenuta a chiarire che ai fini del possesso dei requisiti di capacità economica e finanziaria le stazioni appaltanti possono richiedere "che gli operatori economici abbiano un fatturato minimo annuo, compreso un determinato fatturato minimo nel settore di attività oggetto dell'appalto", con ciò evidentemente includendo anche il requisito del fatturato specifico nel novero di quelli economico finanziari.

Ne deriva che il fatturato specifico assume il ruolo di elemento indicativo della solidità finanziari a del concorrente, e qualora non sia direttamente posseduto, può essere acquisito in avvalimento nelle forme e modi del cd. avvalimento di garanzia.. Nella specie, avuto riguardo alla formulazione della clausola del disciplinare attinente alla richiesta di fatturato specifico, può ritenersi che con la stessa la stazione appaltante abbia voluto richiedere strettamente un requisito economico e finanziario, in ragione della previsione dello stesso come dimostrativo della capacità economica e finanziaria: tanto sia poiché la prescrizione relativa si trova nella relativa clausola del disciplinare (art. 7.2 intitolato Requisiti di capacità economica e finanziaria) ma soprattutto in quanto la richiesta del fatturato medio annuo nel triennio precedente è riferito in generale a servizi ambientali , in misura

pari o superiore al valore annuo del contratto, e non a servizi identici o analoghi. D'altra parte il requisito esperienziale è specificato alla successiva clausola 7.3 del disciplinare, ove sono richieste precise esperienze pregresse, mentre in relazione al fatturato specifico non sono formulate congiuntamente richieste di prova di capacità dell'operatore economico partecipante alla procedura, desumibili dall'esecuzione di contratti pregressi.

Pertanto non colgono nel segno le censure spiegate in ricorso principale, che deducono la genericità ed indeterminatezza della relativa clausola contrattuale, potendo ritenersi sufficientemente specificato il riferimento alla messa a disposizione del fatturato specifico dell'ausiliaria nei seguenti termini propri di un avvalimento di garanzia: "...da intendersi come valore aggiunto in termini di solidità finanziaria e di acclarata esperienza di settore tale da garantire determinata affidabilità ed un concreto supplemento di responsabilità, impegnandosi l'impresa ausiliaria a prestare la propria solidità patrimoniale e finanziaria.....garantendo di fatto la solidità finanziaria dell'appalto" (cfr articolo 2 del contratto).

5.b In via ulteriore, le parti ricorrente principale ed incidentale censurano i rispettivi contratti di avvalimento denunciandone la nullità per una pretesa indeterminatezza dell'oggetto, attesa la dedotta insufficiente specificazione delle risorse materiali messe a disposizione dalle rispettive ausiliarie, per i requisiti tecnico operativi, e pertanto sotto il profilo del cd. avvalimento operativo.

Inoltre deducono la nullità dell'avvalimento lamentando violazione dell'art. 89 co 1 codice contratti, sotto il diverso profilo della omessa previsione in contratto del ruolo esecutivo dell'impresa ausiliaria relativamente alle attività per le quali è stata richiesta l'esperienza professionale pertinente, ovvero i requisiti di cui all'art. 7.3 lettere d) ed e) del capitolato di gara..

Al riguardo le censure relative alla nullità del contratto per indeterminatezza dell'oggetto non colgono il fuoco delle criticità contrattuali, atteso che la

determinazione degli automezzi e del personale messi a disposizione dall' ausiliaria per tutta la durata dell'appalto non appare carente al punto tale da determinare la nullità per indeterminatezza dell'oggetto di entrambi i contratti di avvalimento.

Per quanto concerne il contratto di avvalimento stipulato dall'odierna aggiudicataria , lo stesso si presenta sufficientemente puntuale nell'indicazione degli automezzi e del personale messi a disposizione, dal momento che l'impresa non risulta disporre di un parco automezzi consistente ed adeguato alle proporzioni e all'importanza dell'appalto, e presenta come dallo stesso certificato camerale un numero di addetti esiguo (pari a 10 dipendenti) , per cui ha fatto ricorso ad un avvalimento sostanzialmente totalitario .

In proposito, nelle risorse umane elencate sono stati indicati numericamente gli autisti con patente B e gli autisti con patente C e gli operatori messi a disposizione, nonché il personale tecnico ed amministrativo di supporto e specificamente il responsabile della gestione progettazione e finanziaria, quest'ultimo anche con il nominativo specifico meglio dettagliato nell'allegato 8 al contratto .

Per quanto riguarda gli automezzi , sono stati elencati la tipologia degli autocarri con assi e metri cubi di capienza, ovvero autocarro compattatore e costipatore, nonché autocarro con vasca ribaltabile, autocarro tipo porter, spazzatrice, autocarro con pianale e sponda caricatrice, autocarro scarrabile con braccio meccanico e cassone.

Tali elementi appaiono sufficienti a circoscrivere l'oggetto del contratto, quantomeno in termini di determinabilità, atteso che la mancata indicazione nominativa dei dipendenti messi a disposizione non comporta nullità per indeterminatezza dell'oggetto, essendo identificata la loro qualifica e mansioni.

Né può rilevarsi una carenza degli allegati al contratto di avvalimento specificamente eccepita dalla ricorrente principale con riferimento all'allegato numero 8 del contratto dell' aggiudicataria, il quale non conterebbe l'indicazione

nominativa delle 25 unità lavorative , ma solo il nominativo del responsabile progettazione e coordinamento, contestualmente anche responsabile della gestione finanziaria , identificato nell'unico soggetto signor Giampaolo Pardossi

Invero il contratto ed il relativo allegato non comportano una contraddittorietà ed una sostanziale inutilità della messa disposizione di tutti gli altri dipendenti non nominativamente indicati, in quanto la mancata indicazione nominativa non comporta la totale assenza delle altre figure indicate per mansioni e qualifica nel contratto stesso.

La circostanza che si dovesse giungere ad un grado di specificazione tale da contemplare anche il nominativo dei dipendenti messi a disposizione dall'ausiliaria si pone in contrasto con la natura fungibile della specifica prestazione lavorativa , non potendosi predicare la natura di contratti intuitu personae , e non trova riscontro in specifiche indicazioni del capitolato speciale di gara.

Eguale deve concludersi per la determinabilità dell'oggetto del contratto di avvalimento cui ha fatto ricorso la odierna ricorrente principale ; nello stesso, dando atto della carenza anch'essa del requisito di esperienza professionale pertinente, sono indicati i requisiti e le risorse messe a disposizione per tutta la durata dell'appalto (dipendenti ed automezzi), e l'ausiliaria si impegna : “a mettere contestualmente ed effettivamente a disposizione anche il know how, la propria organizzazione aziendale e le risorse necessarie connesse al requisito tecnico prestato quali:

mezzi, strumenti, attrezzature e mezzi a disposizione del concorrente:

due veicoli auto compattatore, un'auto mezza vasca con costipazione tipo Iveco Daily 35 , un automezzo con pianale tipo Iveco Daily 35, 2 Piaggio ape 50, 2 cassoni scarrabile da 25,28 m³, due presse container, un compattatore;

addetti messi a disposizione facenti parte dell'organico dell'ausiliaria:

due dipendenti con qualifiche mansioni di autista con possesso di patente di guida che consenta loro di guidare i mezzi dalla portata superiore ai 35 q (patente C)“

Anche sotto tale aspetto , quanto alla integrazione delle risorse materiali ed umane necessarie , il contratto benché non minuziosamente determinato , si presenta come determinabile in sede di possibilità di concreta individuazione delle strutture umane e materiali messi a disposizione per tutta la durata dell'appalto.

Ciò che è carente ovvero dissonante dalla previsione di legge , per entrambe le concorrenti, è la clausola del contratto di avvalimento relativa al prestito della cosiddetta esperienza professionale pertinente, dedotto con riferimento alla mancata previsione del ruolo operativo dell'ausiliaria in fase di esecuzione .

Per un compiuto esame delle speculari censure è opportuno premettere un excursus sulla natura e la ratio dell'istituto dell'avvalimento, con particolare riferimento alla possibilità di ricorso allo stesso in caso di mancato possesso di una esperienza professionale specifica .

6.a La ratio e finalità dell'istituto dell'avvalimento- evoluzione normativa

L'avvalimento è un istituto di derivazione comunitaria che consente all'operatore economico privo dei requisiti necessari per la partecipazione ad una gara di soddisfare quanto richiesto dalla stazione appaltante avvalendosi di risorse, mezzi e strumenti di altri operatori economici. La finalità di segno pro-concorrenziale dell'istituto è quella di ampliare la platea dei possibili contraenti della pubblica amministrazione.

A livello comunitario si è parlato per la prima volta di “avvalimento” con la sentenza del 14 aprile 1994 in Causa - 389/92 (cd. Ballast), con cui la Corte di Giustizia Europea ha stabilito che una holding può dimostrare la sussistenza dei requisiti di qualificazione tramite una società del suo gruppo di appartenenza.

Successivamente, i principi elaborati dai giudici comunitari sono stati recepiti a livello normativo nelle Direttive UE 2004/17 e 2004/18. A mente della norma contenuta nell'art. 47 della Direttiva

2004/18/CE, infatti, «Un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi». Il successivo art. 48 aggiunge, inoltre, che: «In tal caso deve dimostrare all'amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno a tal fine di questi soggetti».

Le prime direttive comunitarie del 2004 sono state poi recepite nel nostro ordinamento con l'art. 49 del d.lgs. n. 163 del 2006.

Di recente, nel 2016, con il d.lgs. n. 50, nel recepire le seconde direttive del 2014, si è assistito ad una specificazione dell'istituto, per ciò che concerne i requisiti essenziali del contratto: la norma contenuta nell'art. 89 co 1 ult cpv prevede, infatti, che «...il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria».

La «sanzione» della nullità, assente nella previgente normativa, è il risultato di un percorso giurisprudenziale consacrato con la pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato il 4 novembre 2016 n. 23 pubblicata sotto la vigenza del d.lgs. n. 163 del 2006, ove si era evidenziato che l'articolo 88 del d.p.r. 207/2010, per la parte in cui prescrive che il contratto di avvalimento deve riportare «in modo compiuto, esplicito ed esauriente (...) le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico», deve essere interpretato nel senso che esso osta a configurare la nullità del contratto di avvalimento in ipotesi in cui una parte dell'oggetto del contratto, pur non essendo puntualmente determinata, sia tuttavia

agevolmente determinabile dal tenore complessivo del documento, e ciò anche in applicazione degli articoli 1346, 1363 e 1367 del codice civile .

Si è ritenuto al riguardo, criticando la prospettiva dell'ordinanza di rimessione, che non sussistono i presupposti per fare applicazione della teorica del "requisito della forma/contenuto" , relativa alle fattispecie in cui la forma non rappresenta soltanto il mezzo di manifestazione della volontà contrattuale, ma reca anche l'incorporazione di un contenuto minimo di informazioni, che, attraverso il contratto, devono essere fornite: ciò perché non viene in rilievo l'esigenza, tipica dell'enucleazione di tale figura, di assicurare una particolare tutela al contraente debole tramite l'individuazione di una specifica forma di cd. nullità di protezione, trattandosi di contratto stipulato tra operatori professionali.

La pronuncia ha così perimetrato l'ambito della nullità del contratto di avvalimento, rilevando come la norma regolamentare di cui all'art. 88 DPR 207/2010 (allora vigente) non legittimasse disposizioni derogatorie all'ordinaria disciplina civilistica in tema di oggetto del contratto (in particolare all'art. 1346 c.c.). Anche con riferimento alla normativa sopravvenuta di cui all'art. 89 D. Lgs 50/2016, si è osservato che la stessa non reca previsioni derogatorie in tal senso, non avendo introdotto disposizioni puntuali volte a vincolare le forme di rappresentazione dell'oggetto del contratto, limitandosi a stabilire che esso debba esplicitare l'obbligo nei confronti del concorrente " a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto". Ai fini della validità del contratto è dunque sufficiente la mera determinabilità dell'oggetto dell'avvalimento, non richiedendosi la sua determinatezza.

Tuttavia si è contestualmente precisato come l' obiettivo pro concorrenziale dell'istituto deve essere bilanciato con l'esigenza di garantire alla stazione appaltante un aggiudicatario affidabile; sì che il prestito di mezzi e risorse da parte dell'ausiliaria a favore dell'ausiliata deve essere concreto ed effettivo e non

meramente cartolare e astratto. Invero l'istituto volto, secondo quanto chiarito dalla Corte di Giustizia dell'UE, a conseguire l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile, non può essere distorto ad altri fini. Osserva quindi il Consiglio di Stato che il legislatore ha introdotto a tal fine sino a tempi recenti, disposizioni ispirate ad un accentuato atteggiamento di cautela, e finanche a diffidenza, “ in ordine alle possibili derive opportunistiche connesse a veri e propri abusi dell'istituto in questione”, tra cui l'obbligo dell'impresa ausiliaria di presentare una apposita dichiarazione di obbligo circa la messa a disposizione di requisiti e delle risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto.(cfr. Adunanza plenaria n. 23/2016).

6.b - lo specifico requisito esperienziale richiesto nella presente procedura

Proprio al fine di garantire alla stazione appaltante l'ingresso in gara di operatori dotati di adeguata competenza professionale, in modo da poter eseguire l'appalto con adeguato standard qualitativo, la lex specialis di gara ha richiesto il possesso di uno specifico requisito attinente all'esperienza professionale pertinente, secondo quanto consentito dall'art. 83 codice contratti.

In proposito entrambe le concorrenti hanno fatto ricorso ad avvalimento anche per tale aspetto operativo, ossia per i requisiti di capacità tecnico professionale, tra i quali, l'art. 83, comma 6, D.Lg.vo n. 50/2016 comprende in particolare il requisito esperienziale di aver svolto nel triennio in favore di Pubbliche Amministrazioni uno o più servizi uguali o analoghi a quelli oggetto di gara (esperienza necessaria per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità, che può essere comprovata ex art. 83 co 7. con i mezzi di prova di cui all'art. 86 co 5 per le capacità tecniche. Detto comma 5 rinvia ad uno o più mezzi di prova di cui all'allegato XVII parte II in funzione della natura, della quantità o dell'importanza e dell'uso dei lavori, delle forniture o dei servizi”).

Nello specifico l'art. 7.3 del capitolato, richiedeva .:

d) aver eseguito, nell'ultimo triennio antecedente alla pubblicazione del bando e per la durata minima di dodici mesi consecutivi, servizi nel settore di attività oggetto dell'appalto, in un Comune con popolazione pari o superiore a 20.000 abitanti.

e) aver conseguito, nell'ultimo triennio antecedente alla pubblicazione del bando di gara e per la durata minima di 12 mesi consecutivi, in un Comune con una popolazione pari almeno a 20.000 abitanti, una percentuale di raccolta differenziata pari o superiore al 55%, per almeno i seguenti codici Cer:

i. 15.01.01 – imballaggi in cartone;

ii. 15.01.06 – imballaggi in materiale misto;

iii. 20.01.01 – carta e cartone;

iv. 20.01.08 – rifiuti biodegradabili di mense e cucine;

v. 20.03.01 – rifiuti indifferenziati.

Appare evidente che sia il requisito di cui alla lettera d) che quello di cui alla lettera e) richiedono un quid pluris rispetto alla messa a disposizione di personale e macchinari integrante il normale avvalimento operativo, ovvero una esperienza professionale specifica, per quanto si avrà modo di chiarire successivamente, essendo in questa sede sufficiente rilevare che la aggiudicataria ne era priva per avere iniziato l'attività congruente solo nel febbraio 2019, mentre la ECOCE, pur operando da diversi anni nel settore, non aveva egualmente tali requisiti esperienziali specifici.

6.c sulle modalità di avvalimento del requisito della esperienza professionale pertinente

Circa la avvalibilità del requisito esperienziale, va osservato che il nuovo Codice, utilizzando la tecnica del cosiddetto copy-out, riporta all'art. 89, comma 1, esattamente quanto previsto dall'art. 63, comma 1, della direttiva 2014/24/UE, ovvero la possibilità per l'operatore economico di avvalersi delle capacità di altri soggetti in relazione alle "esperienze professionali pertinenti", a condizione, però,

che siano questi ultimi a eseguire direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste .

Invero l'art. 89, comma 1, del Codice sancisce : *"l'operatore economico, singolo o in raggruppamento di cui all'articolo 45, per un determinato appalto, può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'articolo 83, comma 1, lettere b) e c), necessari per partecipare ad una procedura di gara, e, in ogni caso, con esclusione dei requisiti di cui all'articolo 80, nonché il possesso dei requisiti di qualificazione di cui all'articolo 84, avvalendosi delle capacità di altri soggetti, anche di partecipanti al raggruppamento, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. Per quanto riguarda i criteri relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali di cui all'allegato XVII, parte II, lettera f), o alle esperienze professionali pertinenti, gli operatori economici possono tuttavia avvalersi delle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste"*.

Come rilevato la norma è la trasposizione dell'articolo 63 della direttiva 2014/24, intitolato «Affidamento sulle capacità di altri soggetti», a mente del quale:

«1. Per quanto riguarda i criteri relativi alla capacità economica e finanziaria stabiliti a norma dell'articolo 58, paragrafo 3, e i criteri relativi alle capacità tecniche e professionali stabiliti a norma dell'articolo 58, paragrafo 4, un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. Per quanto riguarda i criteri relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali di cui all'allegato XII, parte II, lettera f), o alle esperienze professionali pertinenti, gli operatori economici possono tuttavia fare affidamento sulle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste. Se un operatore economico vuole fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, dimostra all'amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno assunto da detti soggetti a tal fine.

Da tale condizionamento particolarmente stringente si evince come l'intento del legislatore sia quello di fare un passo ulteriore in termini di concretezza ed effettività del requisito esperienziale oggetto di avvalimento, non essendo sufficiente neppure la rigorosa specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione, richiesta per il normale avvalimento operativo, richiedendo l'impegno dell'ausiliaria ad eseguire direttamente i lavori o i servizi.

In tale ottica ha inteso la disposizione anche l'Autorità di vigilanza per i contratti pubblici, che non ha ritenuto legittimo il ricorso all'avvalimento di requisiti rappresentati da "esperienze professionali pertinenti" quando il contratto di avvalimento non reca l'impegno dell'ausiliaria ad eseguire direttamente i servizi per i quali tali capacità sono richieste (Parere di Precontenzioso n. 221 del 01/03/2017; nonché Parere di Precontenzioso n. 1343 del 20/12/2017). È stato ritenuto, infatti, che il contratto debba contenere tale impegno, analogamente alla necessaria specifica indicazione delle risorse messe a disposizione, per dare concretezza all'obbligo dell'ausiliaria di fornire all'ausiliata i mezzi necessari per garantire l'affidabilità; e che il supplemento di responsabilità, insito nell'istituto dell'avvalimento, deve consistere nel mettere a disposizione dell'ausiliata determinate e/o concrete risorse, che devono essere specificatamente indicate nel contratto di avvalimento, come prescritto, a pena di nullità, dall'art. 89, comma 1, ultimo periodo, D.Lg.vo 50/2016.

La posizione viene ribadita nella Delibera Anac N. 419/2018, e nella giurisprudenza più recente (Tar Veneto, Venezia, sez. I, 23 aprile 2018, n. 439, Consiglio di Stato - sentenza n. 2191 del 3 aprile 2019), richiedendosi che il contratto di avvalimento avente ad oggetto il prestito del requisito di "esperienza pregressa" deve prevedere, a pena di nullità, l'assunzione da parte dell'ausiliaria di un concreto ed effettivo ruolo esecutivo.

Osserva in proposito il Collegio che la direttiva e la norma nazionale hanno tradotto in termini normativi le prescrizioni della Corte di giustizia dell'Unione, e soprattutto la ratio sottesa alla pronuncia della Corte Giustizia Unione Europea, 07.04.2016 (C-324/14) secondo cui : *"non è escluso che l'esercizio di tale diritto (avalimento n.d.r.) possa essere limitato, in circostanze particolari, tenuto conto dell'oggetto dell'appalto in questione e delle finalità dello stesso; in particolare, ciò può avvenire quando le capacità di cui dispone un soggetto terzo, e che sono necessarie all'esecuzione di detto appalto, non siano trasmissibili al candidato o all'offerente, di modo che quest'ultimo può avvalersi di dette capacità solo se il soggetto terzo partecipa direttamente e personalmente all'esecuzione di tale appalto"*.

La controversia esaminata dalla Corte UE nasceva da una gara di appalto per i servizi di nettezza urbana della città di Varsavia ed in particolare servizi di pulizia meccanica multifunzionale delle strade della città , nella stagione invernale ed estiva, negli anni dal 2014 al 2017. La pulizia invernale consisteva essenzialmente nella prevenzione e nell'eliminazione degli strati di ghiaccio mediante lo spargimento di prodotti antigelo e l'utilizzo di spazzaneve sulle carreggiate di talune categorie di strade, mentre la pulizia estiva consisteva nello spazzare e lavare con acqua le carreggiate.

Le questioni pregiudiziali poste con riferimento al contratto di avalimento prodotto in quella gara si incentravano soprattutto sulla individuazione della tipologia di legami tra ausiliaria ed ausiliata, per la valida ed effettiva integrazione del requisito di carattere esperienziale.

Il quesito specifico è stato posto nei seguenti termini:

2) *Se l'articolo 48, paragrafo 3, in combinato disposto con l'articolo 2 della direttiva 2004/18, possa essere interpretato nel senso che fare affidamento, da parte di un operatore economico, sulle capacità di altri soggetti relativamente alle loro conoscenze ed esperienza, "a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi" nonché "disporre delle risorse" di tali soggetti*

significa che nel corso dell'esecuzione di un appalto l'operatore economico non è tenuto ad avere alcun rapporto con tali soggetti o può avere rapporti molto informali ed indefiniti, vale a dire che può eseguire da solo l'appalto (senza la partecipazione di un altro soggetto), oppure che tale partecipazione può consistere nella "consulenza", "consultazione", "formazione", ecc.; o se l'articolo 48, paragrafo 3, di tale direttiva debba essere interpretato nel senso che il soggetto delle cui capacità si avvale un operatore economico deve effettivamente e personalmente eseguire l'appalto nella misura in relazione alla quale sono state dichiarate le sue capacità.

3) Se l'articolo 48, paragrafo 3, in combinato disposto con l'articolo 2 della direttiva 2004/18 (...), possa essere interpretato nel senso che un operatore economico che possiede una propria esperienza, ma in un ambito più ristretto rispetto a quanto vorrebbe indicare all'amministrazione aggiudicatrice (ad esempio insufficiente per presentare l'offerta per tutti i lotti), può avvalersi, a titolo accessorio, delle capacità di altri soggetti al fine di migliorare la propria situazione nella procedura.

4) Se l'articolo 48, paragrafo 3, in combinato disposto con l'articolo 2 della direttiva 2004/18, possa essere interpretato nel senso che l'amministrazione aggiudicatrice, nel bando di gara o nel capitolato d'onere, può (o addirittura deve) determinare i principi in base ai quali un operatore economico può fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, ad esempio, con quali modalità l'altro soggetto debba partecipare all'esecuzione dell'appalto, in che modo si possano unire le capacità dell'operatore economico e dell'altro soggetto, o, ancora, se l'altro soggetto sarà responsabile in solido con l'operatore economico per la corretta esecuzione dell'appalto nella misura in cui l'operatore economico si è avvalso delle sue capacità

La risposta della Corte unionale , in particolare al quesito n. 2, ha circoscritto significativamente il ricorso all'istituto dell'avvalimento in tali ipotesi, precisando, in applicazione dei principi di effettività ed adeguatezza :

“ par 37 Ciò premesso, è necessario precisare, in primo luogo, che, sebbene l'offerente sia libero di stabilire vincoli con i soggetti sulle cui capacità fa affidamento e di scegliere la natura giuridica di tali vincoli, egli è nondimeno tenuto a dimostrare di disporre effettivamente dei mezzi di tali

soggetti che non gli appartengono in proprio e che sono necessari per l'esecuzione di un determinato appalto (v., in tal senso, sentenza del 2 dicembre 1999, Holst Italia, C-176/98, EU:C:1999:593, punto 29 e giurisprudenza citata).

38 Pertanto, conformemente agli articoli 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18, un offerente non può far valere le capacità di altri soggetti per soddisfare su di un piano meramente formale le condizioni richieste dall'amministrazione aggiudicatrice.

39 In secondo luogo, come già statuito dalla Corte, le disposizioni della direttiva 2004/18 non ostano a che l'esercizio del diritto sancito agli articoli 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3, di detta direttiva sia limitato in casi eccezionali (v., in tal senso, sentenza del 10 ottobre 2013, Swm Costruzioni 2 e Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, punto 36).

40 Infatti, non si può escludere l'esistenza di lavori che presentino peculiarità tali da richiedere una determinata capacità che non si può ottenere associando capacità inferiori di più operatori. In un'ipotesi del genere l'amministrazione aggiudicatrice potrebbe legittimamente esigere che il livello minimo della capacità in questione sia raggiunto da un operatore economico unico o, eventualmente, facendo riferimento ad un numero limitato di operatori economici, ai sensi dell'articolo 44, paragrafo 2, secondo comma, della direttiva 2004/18, laddove siffatta esigenza sia connessa e proporzionata all'oggetto dell'appalto interessato (sentenza del 10 ottobre 2013, Swm Costruzioni 2 e Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, punto 35).

41 Parimenti, non si può escludere che, in circostanze particolari, tenuto conto della natura e degli obiettivi di un determinato appalto, le capacità di cui dispone un soggetto terzo, e che sono necessarie all'esecuzione di un determinato appalto, non siano trasmissibili all'offerente. Di conseguenza, in simili circostanze, l'offerente può fare affidamento su dette capacità solo se il soggetto terzo partecipa direttamente e personalmente all'esecuzione dell'appalto in questione.

42 Nel caso di specie, il giudice del rinvio manifesta dubbi sulla questione se le capacità della PUM possano essere validamente trasmesse alla Partner, nel senso di poter dar luogo ad una messa a disposizione delle risorse necessarie per l'esecuzione dell'appalto di cui al procedimento principale, ai termini dell'articolo 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18, tenuto conto della

circostanza che una simile messa a disposizione si realizzerebbe meramente attraverso lo svolgimento di attività di consulenza e di formazione, senza alcuna partecipazione diretta della PUM all'esecuzione dell'appalto.

A tal proposito, occorre rilevare che l'appalto pubblico di cui al procedimento principale, descritto al punto 19 della presente sentenza, ha per oggetto la pulizia meccanica multifunzionale delle strade della città di Varsavia, sia nella stagione invernale che in quella estiva, per quattro anni consecutivi.

44 Per quanto concerne in particolare la pulizia invernale, dalla decisione di rinvio si evince che tale prestazione richiede competenze specifiche nonché una conoscenza approfondita della topografia della città di Varsavia e, soprattutto, esige una capacità di reazione immediata al fine di conseguire, in uno specifico lasso di tempo, un determinato livello di manutenzione delle carreggiate.

45 Inoltre, la citata prestazione si basa sull'utilizzo di una tecnologia particolare che richiede un livello di esperienza e una capacità elevata di impiego di detta tecnologia, la quale è l'unica che consente di eseguire in modo appropriato l'appalto di cui al procedimento principale, evitando pericoli per il traffico stradale.

46 Alla luce di tali fattori, la realizzazione concreta di un appalto siffatto richiede l'intervento di personale esperto che, in particolare attraverso osservazione diretta dello stato della superficie delle carreggiate e rilievi eseguiti sul posto, consenta di anticipare o, in ogni caso, di rispondere in modo adeguato alle necessità specifiche di tale appalto.

47 Orbene, tenuto conto dell'oggetto dell'appalto di cui al procedimento principale e delle finalità dello stesso, non si può escludere che la prevista partecipazione della PUM, consistente nel mero svolgimento di attività di consultazione e formazione, possa essere ritenuta insufficiente a garantire alla Partner la messa a disposizione effettiva delle risorse necessarie per l'esecuzione di detto appalto, ai sensi della giurisprudenza richiamata al punto 33 della presente sentenza. Ciò è ancor più giustificato dalla circostanza che, come si evince dalla decisione di rinvio, la sede della PUM si trova nella città di Grudziądz, ossia a circa 230 km da Varsavia.

6.d sulla necessità di intervento diretto dell'ausiliaria in fase esecutiva e sulla mancata previsione dell'intervento diretto dell'ausiliaria in fase esecutiva per entrambi i contratti di avvalimento .

Le suesposte considerazioni si attagliano specificamente al caso in esame, ove viene in rilievo un particolare requisito esperienziale, non suscettibile di essere trasmesso tout court alla ausiliata senza peculiari e stringenti vincoli che comportino l'obbligo per l'ausiliaria di eseguire direttamente le prestazioni , in base ad una interpretazione comunitariamente conforme della normativa nazionale .

Invero, che si trattasse di un requisito di esperienza pregressa pertinente alla natura, all'oggetto e alle finalità dell'appalto, in relazione al contenuto delle prestazioni del servizio da espletare, era agevolmente ricavabile dal tenore letterale della relativa clausola del Disciplinare ,sopra richiamata.

La prescrizione di esperienza pregressa con riferimento ai caratteri dimensionali del Comuni serviti, ed alla capacità di raggiungere una quota determinata di raccolta differenziata di determinati materiali, indicano sicuramente che la stazione appaltante intendeva consentire l'ingresso in gara di soggetti qualificati per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità . Non vi è dubbio egualmente che la capacità richiesta fosse particolarmente elevata qualitativamente, per cui non se ne può predicare il raggiungimento associando capacità inferiori di più operatori. E' di tutta evidenza che una capacità inferiore, espressa come minore percentuale di obiettivi di raccolta differenziata e di servizi prestati in Comuni di dimensioni inferiori, sia uno standard non rispondente alle esigenze, espresse dalla stazione appaltante, che richiedeva una organizzazione capace di affrontare limiti dimensionali della popolazione ed obiettivi di performance, conseguibili con l'utilizzo di una organizzazione particolare che consenta di eseguire in modo appropriato l'appalto.

La ratio sottesa alla presente procedura di gara trova significative corrispondenze in quella sopra richiamata di cui si è occupata la Corte di Giustizia unionale (pulizia strade con peculiari caratteristiche) , trattandosi di servizi richiedenti particolare specializzazione e che non si prestano ad essere meramente “ prestati” attraverso la messa a disposizione di personale e mezzi, né è sufficiente trasmettere all’ausiliata il Know how e la struttura organizzativa dall’esterno.

Nella specie è necessario che il contratto di avvalimento contempli, altresì, l’assunzione da parte dell’ausiliaria di un concreto ed effettivo ruolo esecutivo nello svolgimento del servizio, per raggiungere lo standard di qualità richiesto, non altrimenti conseguibile attraverso un mero supporto dall’esterno, considerando altresì la distanza tra la sede dell’ausiliaria ed il luogo in cui deve essere svolto il servizio (atteso che entrambe le società ausiliarie sono operative in Regioni diverse dalla Campania e in ambiti territoriali siti a diverse centinaia di chilometri) , analogamente a quanto rilevato dalla Corte di Giustizia nel caso prospettato, ove è stato valorizzato l’elemento della notevole distanza chilometrica tra le ditte avvalente ed avvalsa , per inferirne la impossibilità di rispondere in modo adeguato alle esigenze di effettività e concretezza dell’ausilio con il mero svolgimento di attività di consultazione e formazione.

La tesi in oggetto è fatta propria dal più recente orientamento del Consiglio di Stato (sentenza n. 2191 /2019); il giudice di appello, pronunciandosi in una fattispecie avente ad oggetto un appalto di servizio mensa, ha ritenuto anche la necessaria esperienza pregressa elemento prescritto “per eseguire l’appalto con un adeguato standard di qualità” (secondo la lettera dell’articolo 83, comma 6, del Codice dei Contratti pubblici). Inoltre ha rimarcato che “ *Né la nozione di “esperienze professionali pertinenti” può essere riferibile solo a prestazioni che richiedono l’impiego di capacità non trasmissibili, come avviene negli appalti aventi ad oggetto servizi intellettuali o prestazioni infungibili: in disparte la considerazione per cui anche il servizio oggetto dell’appalto in questione*

richiede competenze professionali specialistiche e l'impiego di figure professionali qualificate, la lettera della norma e soprattutto la ratio dell'istituto non autorizzano affatto una siffatta opzione ermeneutica.

Se, infatti, gli operatori economici possono soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale necessari a partecipare ad una procedura di gara "avvalendosi delle capacità di altri soggetti", ovvero mediante il trasferimento delle risorse e dei mezzi di cui l'ausiliata sia carente, l'ipotesi contemplata dal secondo capoverso dell'articolo 89 contiene una disciplina più stringente e rigorosa, stabilendo che per i criteri relativi alle indicazioni dei titoli di studio e professionali o esperienze professionali pertinenti "tuttavia" (i.e. in deroga al regime ordinario) gli operatori possano avvalersi della capacità di altri soggetti "solo" se (i.e. a condizione che) questi ultimi eseguano direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richiesti (senza operare alcuna distinzione in base alla natura intellettuale o materiale del servizio da espletarsi).

Ha rilevato nella fattispecie il Giudice di appello che :” con il contratto di avvalimento in esame si è, infatti, convenuto tra le parti l'obbligo dell'ausiliaria di mettere a disposizione, in relazione all'esecuzione dell'appalto, le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, e precisamente: a) i propri manuali tecnico/operativi, le proprie procedure operative, istruzioni operative, schede di registrazione- report inerenti l'organizzazione e conduzione di servizi di ristorazione, i propri protocolli di formazione e addestramento del personale, nonché il know how maturato in tali settori mediante la consegna di tutta la predetta documentazione sopracitata e la previsione di giornate di affiancamento; b) l'interfacciarsi di figure professionali dell'ausiliaria (il Responsabile della produzione, il Responsabile degli acquisti, il Responsabile dell'amministrazione del personale e delle relazioni sindacali) con le corrispondenti figure professionali già presenti all'interno dell'organizzazione dell'ausiliata, al fine di trasferire il proprio know how mediante la previsione di giornate di affiancamento.”

Conclusivamente, nel caso di specie, il contratto di avvalimento aveva ad oggetto il prestito del requisito di "esperienza pregressa", dal che discendeva la necessità dell'impegno dell'ausiliaria ad

assumere un ruolo esecutivo nello svolgimento del servizio, e non solo a trasmettere all'ausiliata il Know how e la struttura organizzativa dall'esterno."

Nella presente fattispecie non è revocabile in dubbio che il capitolato speciale della procedura è congegnato in maniera tale da richiedere una particolare capacità tecnica ed organizzativa dell'aggiudicataria, non integrabile attraverso una semplice messa disposizione di uomini e materiali neppure sotto il profilo operativo, dal momento che la stazione appaltante aveva voluto garantirsi in merito alla possibilità dell'impresa concorrente di raggiungere determinati obiettivi nella raccolta dei rifiuti, sia con riferimento a dimensioni quantitative dei Comuni serviti in passato, sia con riferimento al conseguimento di obiettivi specifici nella raccolta differenziata di determinate categorie di rifiuti. Che si trattasse di un requisito di esperienza pregressa pertinente alla natura, all'oggetto e alle finalità dell'appalto, in relazione al contenuto delle prestazioni del servizio da espletare, è agevolmente ricavabile dal tenore letterale della relativa clausola del disciplinare. Si tratta egualmente di un requisito indispensabile per l'esecuzione del contratto di appalto, dal momento che la gestione integrata dei rifiuti urbani, ed il mantenimento del decoro delle pubbliche strade non costituiscono una mera operazione manuale di svuotamento dei contenitori, ma si connotano per la necessità di conseguire risultati in termini di raccolta differenziata e risponde ad una crescente attenzione dell'Unione europea in tema di gestione dei rifiuti, in particolare per quanto concerne gli imballaggi, per i quali la direttiva europea sull'imballaggio, adottata nel 1994, nonché le più recenti direttive del 2018 -cd, pacchetto economia circolare (tra cui la Direttiva 2018/852 sugli imballaggi e i rifiuti di imballaggio) prevedono tra gli obiettivi più importanti l'incremento delle percentuali di riciclaggio, in particolare arrivare al 55% dei rifiuti urbani domestici e commerciali.

Tutte le quattro direttive del pacchetto muovono dalla premessa che la gestione dei rifiuti nell'Unione dovrebbe essere migliorata e trasformata in una gestione

sostenibile dei materiali per salvaguardare, tutelare e migliorare la qualità dell'ambiente, proteggere la salute umana, garantire un utilizzo accorto, efficiente e razionale delle risorse naturali, in particolare promuovendo i principi dell'economia circolare. Ne deriva la previsione dell'attività di gestione rifiuti come attività sempre più specializzata e qualificata, per inserirsi nella cd. Economia circolare che segna la fine della economia usa e getta, e come tale improntata a sempre maggiore specializzazione.

Palesamente entrambe le ricorrenti, principale ed incidentale, erano prive del requisito esperienziale, tanto da aver fatto ricorso ad avvalimento per i requisiti di cui all'articolo 7.3 del disciplinare.

Ciò imponeva che l'impresa ausiliaria assumesse l'obbligo di esecuzione in proprio della prestazione oggetto di avvalimento, presentandosi difforme dal disposto normativo il contratto che non preveda alcun impegno dell'ausiliaria di eseguire direttamente i servizi per le cui capacità erano richieste.

6.e Il contratto di avvalimento della ricorrente principale:

Sotto tale aspetto non è convincente pertanto l'argomentazione della ricorrente principale la quale deduce che le occorreva solo integrare il requisito tecnico professionale con una specifica e analitica indicazione di personale e mezzi ulteriori, che si sarebbero sommati semplicemente a quelli già in dotazione e posseduti come operatore economico qualificato del settore. Se è vero infatti che la documentazione esibita dalla ricorrente principale circa la sua struttura ed organizzazione certifica 116 dipendenti assunti (documento 15), nonché la proprietà di 155 auto mezzi (documento 19 albo trasportatori), è di tutta evidenza che il contratto di avvalimento con l'impresa ausiliaria abbia fatto specifico riferimento al requisito tecnico professionale del servizio analogo, di cui la stessa era priva. Per quanto sopra indicato in virtù dei principi evincibili dalla richiamata

pronuncia della della Corte dell'Unione, non può a tal fine soccorrere la mera somma di capacità inferiori.

La stazione appaltante con la richiesta delle prescrizioni di cui all'articolo 7. 3 del capitolato e specificamente quelle richieste alle lettere d) ed e) , non ha voluto solo garantire la disponibilità di risorse e materiali necessari all'esecuzione del contratto, ma ha richiesto esplicitamente il possesso di un'esperienza pregressa al fine di selezionare dei soggetti che avessero precedentemente eseguito servizi analoghi di una certa dimensione con determinate caratteristiche. In particolare tali requisiti sono da riferirsi all'esperienza maturata, per la stessa attività in Comune di analoghe dimensioni demografiche, nonché conseguendo un determinato livello della percentuale di raccolta estesa ad un numero minimo di frazioni di rifiuti.

In tali ipotesi la normativa più recente , in ossequio alle peculiari disposizioni comunitarie, come sopra rilevato, non si accontenta della specificazione nel contratto di mezzi, personale, know how ed ulteriori elementi aziendali, non essendo questi strumenti idonei ad assicurare il trasferimento di una particolare e peculiare capacità. Non rileva pertanto il dettaglio adottato per la loro definizione ed individuazione, ma la possibilità di garantire un reale passaggio di capacità dall'impresa ausiliaria quella ausiliata, per la quale la normativa espressamente richiede l'impegno concreto dell'ausiliaria ad assumere un ruolo esecutivo nello svolgimento del servizio , il che non si riscontra nel contratto di avvalimento della ricorrente principale, non emergendo il ruolo esecutivo dell'impresa ausiliaria, e neppure- come si avrà modo di specificare- in quella della controinteressata ricorrente incidentale.

6.f Il contratto di avvalimento della aggiudicataria Win Ecology:

Non prevede la necessaria specificazione neppure il contratto prodotto dall'aggiudicataria Win Ecology, dal momento che contiene solo l'impegno dell'ausiliaria a fornire "la propria collaborazione, la propria attività di assistenza e

consulenza nell'organizzazione e conduzione della parte delle attività di esse correlate al fine di assicurare la puntuale perfetta ed integrale esecuzione" (articolo tre). Neppure soccorre la previsione dell'articolo 5 del contratto a mente del quale "l'impresa ausiliaria è fino ad ora autorizzata ad interloquire con il direttore dell'esecuzione del contratto e con il responsabile del procedimento ai fini del controllo di propria competenza assumendo, pertanto, un ruolo esecutivo".

Invero la previsione puramente nominalistica del ruolo esecutivo non è sufficiente ad integrare quella diretta esecuzione richiesta dall'articolo 89. La clausola relativa infatti prevede una mera interlocuzione tra l'impresa ausiliaria, il direttore dell'esecuzione e la stazione appaltante fini di un "controllo". Il ruolo esecutivo invece è di natura ben diversa, dovendo essere contemplato per lo svolgimento di specifiche capacità e competenze non trasmissibili attraverso il semplice prestito di risorse umane e materiali.

Peraltro la clausola stessa va intesa in una diversa ermeneutica, essendo tesa ad escludere la responsabilità solidale dell'ausiliaria a determinate condizioni, ovvero qualora la stessa non sia non posta in grado di esercitare un adeguato controllo sui meccanismi operativi della ausiliaria. L'articolo 5 del contratto di avvalimento intitolato "Responsabilità solidale" al comma 2 subordina invero le obbligazioni assunte in via solidale dall'ausiliaria alle condizioni che la stessa sia posta in grado di verificare e monitorare costantemente lo stato di svolgimento del servizio, la regolarità dell'esecuzione, con diritto di visionare tutti gli atti tecnici ed amministrativi e con possibilità di accedere sui luoghi di svolgimento del servizio onde verificare il regolare e legittimo svolgimento dello stesso.

Dunque la clausola non descrive un ruolo concreto di coordinamento e gestione esecutiva del servizio, tenendo conto della effettività di tale ruolo, anche con riferimento alle dimensioni del servizio da svolgere ed alla distanza geografica tra

l'ambito di operatività dell'ausiliaria e l'ambito territoriale interessato dall'appalto in oggetto da eseguire.

Invero un ruolo di mera consulenza e di controllo non è sufficiente a colmare la carenza delle esperienze professionali pertinenti, anzi esclude l'esecuzione diretta del contratto da parte dell'ausiliaria stessa. Impegno che deve essere inequivocabilmente assunto dall'impresa ausiliaria nel contratto di avvalimento, non essendo sufficienti formule generiche e tantomeno l'auto qualificazione di un ruolo esecutivo nella esecuzione di meri controlli..

In conclusione, entrambe le imprese sono carenti del requisito dell'esperienza professionale pertinente, né può sostenersi che i requisiti richiesti potessero essere trattati alla stregua di un semplice requisito tecnico ed operativo, essendo all'evidenza riconducibili nell'ambito della pregressa esperienza maturata, per la quale non è sufficiente la disponibilità di un certo numero di automezzi o la previsione in organico di un certo numero di dipendenti con mansioni e qualifiche, essendo necessaria l'attitudine dell'elemento aziendale nel suo complesso a garantire il conseguimento della capacità richiesta dalla stazione appaltante.

D'altra parte lo stesso corrispettivo previsto in entrambi i contratti è tale da escludere un ruolo effettivo e preminente dell'ausiliaria nell'esecuzione, in ragione della previsione, per entrambi i contratti, di un compenso in favore dell'ausiliaria di poco superiore a 30.000 Euro, per la durata dei sette anni dell'appalto, a fronte di un importo per l'aggiudicataria di oltre 34 milioni di Euro.

7 - sulla sorte del contratto di avvalimento privo dell'impegno di esecuzione diretta dell'ausiliaria

a- la mancanza di un riferimento normativo

Resta tuttavia da stabilire la sorte del contratto di avvalimento così concluso in presenza del vizio rilevato, atteso che non soccorre il dato normativo, né il profilo è stato sufficientemente esplorato nelle pronunce più recenti della giurisprudenza ;

al riguardo le stesse delibere dell'ANAC parlano in tal caso di un avvalimento che non può dirsi validamente costituito , o comunque “inefficace” (cfr. delibera numero 221 del 1 marzo 2017 numero 1343 del 20 dicembre 2017).

Tali categorie non si presentano adeguate a rappresentare il vizio da cui è affetto il contratto privo di un elemento essenziale, atteso che la invalidità è categoria generale che spazia dalla nullità alla annullabilità, ma richiede la riconducibilità del negozio ad uno specifico vizio, mentre la inefficacia

Indica semplicemente un negozio improduttivo di effetti, ma non necessariamente viziato.

Non si ravvisano elementi testuali a riguardo nell'articolo 89 codice contratti , che al comma 1 ultimo capoverso sancisce la nullità del contratto solo per l'indeterminatezza dell'oggetto, senza prevedere alcunché specificamente per la violazione delle previsioni relative al requisito dell'esperienza professionale pertinente. Dopo l'obbligo per il concorrente di allegare alla domanda di partecipazione il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto, la norma prevede infatti :” *A tal fine , il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria*”.

Al riguardo non possono soccorrere le categorie civilistiche della nullità strutturale per indeterminatezza dell'oggetto, elaborate proprio con riferimento al normale avvalimento operativo, nella specie integrabili, per quanto sopra esposto , in ragione della determinabilità dell'oggetto del contratto con riferimento ai requisiti di avvalimento finanziario ed operativo ordinari.

7 b- sulla causa del contratto di avvalimento , sulla sua tipicità e sulla nullità per difetto di causa concreta

Occorre dunque fare applicazione delle generali categorie civilistiche in tema di invalidità del contratto, per carenza degli elementi essenziali, valorizzando il ruolo della causa contrattuale.

L'avalimento è un contratto causalmente orientato a colmare le carenze dell'impresa partecipante, proprio al fine di integrare i requisiti di partecipazione alla gara .

Si è in primo luogo posta in discussione la sua ascrivibilità o meno alla categoria dei contratti tipici o atipici, anche ai fini dell'indagine sulla meritevolezza della causa .

La Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha autorevolmente preso posizione per la natura di contratto atipico dell'avalimento (pronuncia n. 23/2016) , dando atto dell'orientamento secondo cui il contratto (qualificabile come contratto atipico) presenta tratti propri: i) del contratto di mandato di cui agli articoli 1703 e seguenti del codice civile, ii) dell'appalto di servizi, nonché iii) aspetti di garanzia atipica nei rapporti fra l'impresa ausiliata e l'amministrazione aggiudicatrice per ciò che riguarda l'assolvimento delle prestazioni dedotte in contratto.

Detta pronuncia è stata emessa con riferimento alla legislazione previgente, ovvero prima della entrata in vigore del D. Lgs 50/2016 che ha recepito le nuove direttive europee del 2014..

Il Collegio ravvisa elementi ordinamentali di novità tali da indurre ad un ripensamento della definizione, sì da poter qualificare il contratto di avalimento come contratto tipico , per il seguente ordine di ragioni.

In particolare, il contratto in esame trova oggi nell'ordinamento una specifica disciplina legale nell'art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016:la richiamata norma descrive dettagliatamente il contenuto del contratto e prescrive i requisiti al ricorrere dei quali un contratto di avalimento possa essere considerato valido ed efficace.

Ne deriva che il contratto di avvalimento rientra a pieno titolo nella categoria del “tipo” contrattuale, laddove per “tipo” si intende una figura o un modello di contratto, avente determinate caratteristiche e volto a realizzare una operazione economica. Sebbene il Codice civile dedica il Titolo III del Libro IV ai “singoli contratti”, descrivendo e disciplinando un ampio numero di “tipi” contrattuali, quali la vendita, la locazione, l'appalto, il deposito e tutti gli altri schemi che si trovano ivi menzionati (artt. 1470 ss. del c. c.), non v'è una previsione normativa in forza della quale un contratto è tipico solo se trova una specifica disciplina nel codice civile.

Sul punto , ai fini della definizione del contratto atipico , non rileva la limitata frequenza della sua stipulazione o la peculiarità del suo oggetto, ma solo l'elemento negativo della non rispondenza a nessuno degli schemi predisposti dal legislatore. Pertanto, il contratto di avvalimento che trova una sua compiuta definizione nell'art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016 deve ritenersi “tipico.

L'autonomia contrattuale, nel caso di specie è peraltro condizionata dagli obiettivi fissati dalla norma e che le parti contrattuali devono perseguire all'atto della stipula del contratto di avvalimento. Da ciò consegue che lo schema contrattuale definito dalla norma contenuta nell'art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016 non può essere in alcun modo alterato. È necessario, infatti, che attraverso il contenuto specifico del contratto di avvalimento prescritto dal Codice dei contratti pubblici, si offra alla Stazione appaltante una garanzia di solidità del concorrente oltre che di corretta esecuzione dell'appalto; ed in determinati casi, anche di un particolare standard di qualità dell'esecuzione dello stesso .

Ai fini della valutazione della causa in concreto, va quindi affermato che il controllo di legittimità si attua verificando l'effettiva realizzabilità della causa concreta , da intendersi come obiettivo specifico perseguito dal procedimento.

Peraltro tali conclusioni non muterebbero neppure considerando l'avvalimento come un contratto atipico.

Prendendo le mosse dal principio di autonomia contrattuale, sancito dall'art. 1322 c.c. va rilevato che il legislatore ha inteso distinguere due livelli di autonomia contrattuale, l'uno inerente il contenuto (art. 1322 comma 1 c.c.), l'altro il tipo (art. 1322 comma 2 c.c.). Peraltro nella scelta del tipo contrattuale, consentita ai sensi dell'art. 1322, comma 2 c.c., l'autonomia delle parti incontra un limite nel cosiddetto giudizio di meritevolezza : «...Le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico». I contratti che non sono rigidamente standardizzati , possono contenere clausole diverse che dovranno essere sottoposte al giudizio di meritevolezza caso per caso (art 1322 comma 2 c.c.).

Il giudice in tal caso deve effettuare un giudizio di meritevolezza tenendo conto anche dei superiori principi costituzionali di cui all'art. 41 comma 2 Costituzione (armonizzazione dell'iniziativa economica privata con l'utilità sociale) , e 97 Costituzione (principio di buon andamento).

7.c la teorica della causa in concreto e la giurisprudenza della Terza sezione civile della Corte di Cassazione

Osserva in proposito il Collegio che va fatto ricorso alla teorica della causa in concreto del contratto, elaborata dalla Terza sezione civile della corte di Cassazione, a partire dalla sentenza del 2006 numero 10.490, che ha inaugurato un nuovo corso nella valutazione dell'elemento causale del contratto.

Da tempo la giurisprudenza della Corte di Cassazione ed in particolare la Terza sezione civile è giunta ad un progressivo abbandono della tradizionale teorica della causa come funzione economico sociale del contratto ,ovvero cosiddetta causa in senso astratto, per approdare ad un'interpretazione della causa come funzione

economico individuale, superando una visione di carattere puramente oggettivistico.

Si è infatti rilevato che nella prospettiva dello Stato autoritario in cui vide luce il codice del 1942, la concezione pubblicistica della causa come funzione economico sociale, inserita in un'ottica tesa a controllare anche le relazioni contrattuali tra privati, identificando causa e tipo, escludeva la possibilità di esistenza di un contratto tipico con causa illecita.

Una siffatta impostazione di stampo estremo oggettivistico ha comportato critiche sin dalla dottrina che si è sviluppata nel clima post costituzionale, ove si proponeva una maggiore attenzione alla funzione concreta della singola e specifica negoziazione.

Tuttavia, tranne alcune isolate pronunce in giurisprudenza, la consapevole e matura adesione alla teoria della causa concreta è stata inaugurata solo dopo molto tempo, e segnatamente dalla storica sentenza della Cassazione Terza sezione civile numero 10.490 del 2006, che ha ammesso la possibilità di nullità di un contratto tipico per mancanza di causa concreta. In tal sede si è affermata la nullità per difetto di causa del contratto tipico di consulenza delineato dall'articolo 2222 c.c., stipulato da un soggetto in favore di una società, attività a cui tuttavia lo stesso era tenuto in adempimento dei propri doveri di amministratore della stessa, e per la quale perciva il relativo compenso.

La Suprema Corte ha dunque rilevato che di fatto in concreto lo scambio di quella attività di consulenza a titolo oneroso, essendovi il soggetto già tenuto ad altro titolo, era priva di causa, facendo leva proprio sulla causa intesa come "fattispecie causale concreta", che discende da una "serrata critica della teoria della predeterminazione causale del negozio".

Secondo la teorica fatta propria dalla corte di Cassazione la causa in concreto è "sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare (aldilà del

modello, benché tipico, adoperato). Sintesi (e dunque ragioni concrete) della dinamica contrattuale, si badi e non anche della volontà delle parti. Causa dunque ancora iscritta nell'orbita della dimensione funzionale dell'atto, ma, questa volta, funzione individuale del singolo, specifico contratto posto in essere, a prescindere dal relativo stereotipo astratto, seguendo un iter evolutivo del concetto di funzione sociale del negozio che, muovendo dalla cristallizzazione normativa dei vari tipi contrattuali, si volga al fine di cogliere l'uso che di ciascuno di essi hanno inteso con i contraenti adottando quella determinata, specifica (a suo modo unica) convenzione negoziale“.

Tali coordinate ermeneutiche non comportano un ritorno alla concezione soggettiva della causa, per la evidente la necessità di sottolineare l'interesse sociale che il singolo contratto intende perseguire, segnatamente l'insieme degli interessi rilevanti nel complesso dell'operazione economica, con il ripudio della causa del contratto come strumento di controllo della sua utilità sociale, facendosi invece valere la stessa quale elemento di verifica degli interessi reali che il contratto è diretto a realizzare.

A riprendere significativamente tale concetto la S.C. è intervenuta con una serie di pronunce merito alla responsabilità da vacanza rovinata (Cassazione terza sezione civile 24 luglio 2007 numero 16.315), ove si è data piena cittadinanza alla finalità nel contratto dello scopo concreto stabilendo che “la finalità turistica o “scopo di piacere “...non è un motivo irrilevante ma si sostanzia nell'interesse che lo stesso è funzionalmente rivolto a soddisfare, connotandone la causa concreta e determinando perciò l'essenzialità di tutte le attività e dei servizi strumentali alla realizzazione del preminente scopo vacanziero“. (Fattispecie in cui è stata dichiarata la nullità di un contratto di cd. pacchetto turistico per due settimane all'estero in presenza di un'epidemia in atto nel luogo di destinazione; in tal senso altresì Cassazione sezione terza 20 dicembre 2007 n.26.958).

Ancora successivamente la Terza sezione civile (sentenza 20 marzo 2012 numero 4372) individua come essenziale l'offerta di tutte le prestazioni contenute nel pacchetto di viaggio (nella specie esaminando la possibilità di effettuare immersioni subacquee rivelatasi impraticabile durante il periodo del soggiorno del turista in quel luogo), così avendo modo di ribadire che la causa non può più essere intesa in senso astratto, svincolata dalla singola fattispecie contrattuale e si identifica nella funzione economico individuale del singolo specifico negozio.

In tal modo si è progressivamente abbandonata la teoria della causa come funzione economico sociale del contratto, con notevoli riflessi anche sui principi costituzionali che danno rilievo all'interesse concretamente perseguito dalle parti ovvero alla cosiddetta ragione pratica dell'affare, calandosi nell'attuale contesto socio economico e nella realtà delle contrattazioni tra privati, spesso tale da coinvolgere anche più generali principi di buona fede ed affidamento.

La Suprema Corte ha successivamente accolto la nozione di causa concreta anche al di là dei contratti di viaggio turistico (cfr. Cass.n. 24.769 del 2008 che ha affermato la nullità di contratto di locazione di un fondo sottoposto a vincolo di destinazione ad uso boschivo in quanto ne prevedeva l'utilizzazione in spregio al vincolo stesso e quindi un contrasto della causa concreta del contratto con le norme di legge).

Eguale la pronuncia della Cassazione Sezioni unite n. 26.972 del 2008, intervenendo sul significativo aspetto della categoria del danno esistenziale, ha affermato che il danno non patrimoniale è risarcibile quando il contratto sia rivolto alla tutela di interessi non patrimoniali, la cui individuazione deve essere condotta accertando la causa concreta del negozio nel senso chiarito dalla storica Cassazione sezione terza n. 10.490 del 2006.

Ancora più recentemente in tema di mutuo di scopo (Cassazione sezione I ordinanza numero 26.770 del 2019), si è rilevato che l'utilizzo delle somme erogate

per finalità diverse da quelle previste nel contratto (nella specie per ripianamento di pregressa esposizione anziché per l'acquisto di un immobile) comporti la deviazione della causa concreta rispetto a quella specificamente convenuta con conseguente nullità del contratto. La finalità cui l'attribuzione delle somme era preordinata entra dunque nella causa concreta del contratto, per cui l'oggettiva deviazione dallo scopo determina la carenza di causa concreta del contratto, nonostante sia stato adoperato un contratto tipico (in termini altresì Sez. 1, n. 15929/2018).

Il principio è stato poi affermato dalle Sez. U, n. 22437/2018, nel contratto di assicurazione per la responsabilità civile con clausole "claims made". Tale decisione - dopo aver premesso che il modello "claims made" si colloca ormai nell'area della tipicità legale, rifluendo nell'alveo proprio dell'esercizio dell'attività assicurativa, ha ritenuto tuttavia necessario che la clausola "on claims made basis", con la quale il pagamento dell'indennizzo è subordinato al fatto che il sinistro venga denunciato nel periodo di efficacia del contratto, «rispetti, anzitutto, i "limiti imposti dalla legge", secondo quella che suole definirsi "causa in concreto" del negozio».

In tal senso, hanno precisato le Sezioni Unite, l'indagine è volta ad accertare l'adeguatezza del contratto agli interessi concreti delle parti . Sul punto la sentenza osserva che l'analisi del sinallagma del contratto assicurativo costituisce un adeguato strumento per verificare se ne sia stata realizzata la funzione pratica di assicurazione dallo specifico pregiudizio, e ciò al fine non di sindacare l'equilibrio economico delle prestazioni (profilo rimesso esclusivamente all'autonomia contrattuale), ma di indagare se lo scopo pratico del negozio presenti un arbitrario squilibrio tra rischio assicurato e premio, poiché nel contratto di assicurazioni contro i danni la corrispettività si fonda su una relazione oggettiva e coerente fra rischio assicurato e premio.

Particolarmente significativa, per le implicazioni sotto certi aspetti parametrabili al contratto di avvalimento, in quanto diretto a produrre peculiari effetti anche verso terzi, si presenta la recente pronuncia in tema di concordato preventivo (Cassazione civ. sezione I, 8 febbraio 2019 n. 3863) che indica la causa concreta come l'obiettivo specifico perseguito dal procedimento, priva di un contenuto fisso e predeterminabile e dipendente essenzialmente dal tipo di proposta formulata.

In tal sede la S.C. ha rilevato come sia essenziale verificare se il contratto sia idoneo ad espletare una funzione commisurata agli interessi che le parti perseguono; tale controllo, operato dal giudice sul regolamento degli interessi voluto dalle parti, ha essenzialmente ad oggetto il rispetto, da parte dei contraenti nell'esercizio dell'autonomia negoziale, del principio di conformità all'utilità sociale dell'iniziativa economica privata di cui all'art. 41 Cost.. La valutazione di meritevolezza di cui all'art. 1322 c.c., in altri termini, non si esaurisce in una verifica di liceità della causa, ma investe il risultato perseguito con il contratto, del quale deve accertare la conformità ai principi di solidarietà e parità che l'ordinamento pone a fondamento dei rapporti privati. (cfr, anche Cassazione civile sezione unite 23 gennaio 2000 n. 13.521, che ha affermato a fronte della proposta di concordato preventivo, come il controllo del giudice si spinge alla verifica dell'effettiva realizzabilità della causa concreta del procedimento, dipendente dal tipo di proposta formulata, finalizzata da un lato al superamento della situazione di crisi dell'imprenditore e dall'altro all'assicurazione di un soddisfacimento dei creditori, nonché Cassazione civile 18 agosto 2011 numero 17.360, 12 novembre 2009 numero 22.941). L'inserimento dunque nel giudizio di fattibilità del concordato preventivo della categoria della causa in concreto comporta la mancanza di tutela prestata dall'ordinamento al negozio stipulato qualora se ne riscontri la mancanza.

Conclusivamente, la Corte di Cassazione, attraverso un filo ininterrotto di pronunce, afferma come la causa in concreto può essere assente in contratti formalmente riconducibili a figure tipiche, ma che non sono in grado di realizzare gli interessi previsti dal tipo legale.

7.d la mancanza di causa concreta del contratto di avvalimento

L'indagine circa la causa quale obiettiva funzione economico sociale del contratto, quindi, va svolta non in astratto, ma in concreto al fine di verificare - secondo il disposto degli artt. 1343 e 1344 c.c. - la conformità alla legge dell'attività negoziale posta in essere dalle parti e quindi la riconoscibilità della tutela apprestata dall'ordinamento giuridico.

Nello specifico, per il contratto di avvalimento, si tratta di rilevare la centralità della non tanto nella sua tipizzazione normativa astratta, quanto nella sua dimensione in concreto, riferita alla specifica procedura di affidamento per cui il contratto viene stipulato, ed in particolare qualora il contratto tenda ad integrare il requisito esperienziale pertinente.

Se invero normalmente non si impone in fase esecutiva che l'ausiliaria utilizzi effettivamente le risorse dichiarate come messe a disposizione, nell'ipotesi del requisito dell'esperienza professionale pertinente la legge richiede espressamente, come sopra chiarito, che la prestazione venga eseguita direttamente dall'impresa ausiliaria. In tal caso la causa in concreto del contratto, riguardata come funzione economico- individuale perseguita dalle parti, deve avere riguardo alle specifiche finalità della concreta operazione negoziale, non potendo prescindere dal concreto assetto di interessi voluto.

La mancanza della corrispondente previsione in una specifica clausola contrattuale, rende pertanto il contratto nullo per mancanza di causa in concreto, dal momento che il contratto tipico adoperato dalle parti non si presenta idoneo a soddisfare la funzione individuale dell'operazione posta in essere, così come diretta alla tutela di

interessi ulteriori e superindividuali. In tal caso si esige il rispetto, da parte dei contraenti nell'esercizio dell'autonomia negoziale, del principio di conformità all'utilità sociale dell'iniziativa economica privata di cui all'art. 41 Cost..

L'adattamento delle nozioni civilistiche di oggetto e causa alla peculiare dimensioni del contratto di avvalimento è valorizzata dalla circostanza che gli effetti indiretti dell'accordo si producono anche verso terzi che allo stesso non partecipano ed in particolare verso l'amministrazione cui l'accordo stesso è rivolto al fine di integrare i requisiti di partecipazione. La causa concreta del contratto di avvalimento presenta dunque una funzione peculiare, non solamente diretta a colmare il gap del concorrente rispetto ai requisiti di partecipazione, procurandosi risorse finanziarie ed operative di cui lo stesso è carente, ma anche e soprattutto a garantire la stazione appaltante sulla serietà ed affidabilità dell'impresa concorrente e dunque sulla sua idoneità ad eseguire correttamente le prestazioni messe in gara.

Ne deriva che la mancanza di causa in concreto si rifrange non solo sui rapporti contrattuali tra i contraenti dell'accordo di avvalimento, ma in maniera significativa sull'esigenza della stazione appaltante di assicurarsi certezza ed affidabilità del contraente stesso; causa in concreto è il reale cambiamento prodotto dal contratto nella sfera giuridica del contraente, in quanto destinata ad operare nei confronti della stazione appaltante.

Di qui la necessità di un controllo più penetrante confronti della causa, e di tenere conto della compresenza di più interessi (tra cui quello della stazione appaltante e dei terzi concorrenti estranei all'accordo), verificando in concreto se l'operazione negoziale arrechi effettivamente il possesso di quei requisiti tali da garantire l'affidabilità del concorrente in ordine alla corretta esecuzione dell'appalto.

La caratterizzazione negoziale dell'avvalimento, unita alla natura non meramente individuale degli interessi in gioco, spinge a verificare rigorosamente il ricorrere della causa concreta dell'operazione negoziale, verificando se il contratto sia

idoneo ad espletare una funzione commisurata agli interessi che le parti perseguono con riguardo al rispetto, da parte dei contraenti, del principio di conformità all'utilità sociale dell'iniziativa economica privata di cui all'art. 41 Cost.. Va quindi data piena applicazione ed adesione all'indirizzo inaugurato dalla Terza sezione civile della corte di Cassazione con le sentenze n. 10.490 del 2006, n. 16.315 e n. 26.956 del 2007, in base alla quale la causa non può essere ulteriormente intesa in senso del tutto astratto come funzione economico sociale del negozio, svincolata tour court dalla singola fattispecie contrattuale, ma deve identificarsi come funzione economico individuale del singolo specifico negozio, da valutarsi in tali termini sotto il profilo tanto genetico, quanto funzionale .

8 - sulla nullità dei contratti di avvalimento e sue conseguenze

I contratti di avvalimento stipulati dalla ricorrente principale e dalla ricorrente incidentale sono quindi inidonei ad attribuire loro i requisiti di partecipazione richiesti, specificamente sotto il profilo della esperienza professionale pertinente.

La nullità dei contratti di avvalimento prodotti per integrare i requisiti di partecipazione tecnico operativi sia da parte della ricorrente principale (seconda graduata) che della ricorrente incidentale (aggiudicataria), per difetto di causa in concreto, comporta in accoglimento di entrambi i ricorsi, principale ed incidentale, la necessaria esclusione di entrambe le imprese dalla gara in oggetto, con annullamento della aggiudicazione, ma senza che la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato possa dar luogo alla sostituzione della ricorrente principale, per effetto altresì della necessaria esclusione anche della ricorrente principale dalla gara.

In siffatta evenienza va data applicazione ai principi enunciati nella sopra richiamata pronuncia della Corte dell'Unione, per effetto dei quali spetterà alla stazione appaltante la valutazione delle conseguenze, in ordine alla procedura di

gara, dell'accoglimento di entrambi i ricorsi con esclusione della ricorrente principale e di quella incidentale.

Occorre precisare che non è la presente sentenza ad a imporre l'esercizio della autotutela, ma spetterà alla amministrazione, sulla base di un'attenta valutazione della sentenza ,decidere la sorte della gara, anche con riferimento al riscontro di eventuali vizi analoghi a quello rilevato nelle offerte degli altri concorrenti.

In particolare, dovrà essere valutata la possibilità di procedere ad aggiudicazione, qualora vi siano ulteriori imprese rimaste in gara, che soddisfino i requisiti di partecipazione, come precisati nella presente pronuncia, ovvero di agire in autotutela valorizzando in tal caso l'interesse strumentale della ricorrente alla riedizione della gara.

Sussistono eccezionali ragioni per compensare integralmente le spese del presente giudizio tra tutte le parti, in ragione della complessità e novità delle questioni giuridiche trattate , nonché della reciproca soccombenza tra ricorrente principale ed incidentale, rimanendo il contributo unificato definitivamente a carico della ricorrente principale ed incidentale, che lo hanno anticipato. .

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, prende atto della rinuncia ai motivi di ricorso principale e di ricorso incidentale afferenti la validità della cauzione provvisoria.

Accoglie il ricorso principale ed il ricorso incidentale nei sensi di cui in motivazione , previa dichiarazione della nullità dei contratti di avvalimento della ricorrente principale ed incidentale per nullità della causa in concreto, e per l'effetto annulla il provvedimento di aggiudicazione in favore della controinteressata, ed altresì annulla il provvedimento di ammissione alla gara della ricorrente principale.

Spese come da motivazione.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 26 novembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Anna Pappalardo, Presidente, Estensore

Vincenzo Cernese, Consigliere

Gianmario Palliggiano, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE
Anna Pappalardo

IL SEGRETARIO