



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3806 del 2024, proposto in relazione alla procedura CIG 9474788A65 da Post & Service Group Rete Soggetto, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Massimiliano Mangano, Giovanni Barraja, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Milano, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Lepore, Antonello Mandarano, Stefania Pagano, Emilio Pregnolato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio del primo di essi in Roma, via Polibio n. 15;

nei confronti

Sailpost S.p.A., Snem S.p.A., anche appellanti incidentali, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'avvocato Giuseppe Cozzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima) 10.5.2024 n. 1407, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Milano, Sailpost S.p.A. e Snem S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 settembre 2024 il Cons. Massimo Santini e uditi per le parti gli avvocati Mangano, Pagliosa in delega dell'Avv. Pregolato, e Cozzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Si controverte su un appalto per i servizi di notifica delle sanzioni amministrative spiccate dal Comune di Milano, avente le seguenti caratteristiche:

- prestazione principale della commessa: servizio notifica verbali e ingiunzioni di pagamento per sanzioni amministrative della polizia locale;
- prestazione secondaria: produzione, stampa, rendicontazione e custodia degli atti stessi;
- importo a base d'asta: oltre 9 milioni 933 mila euro;
- criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa;
- inversione procedimentale, ossia prima la valutazione le offerte, poi l'esame della documentazione amministrativa.

In esito alla gara, la prima classificata è stata Poste & Service con punti 73,70, la seconda classificata il costituendo raggruppamento tra Sailpost s.p.a. e Snem s.p.a. con Sailpost come mandataria (d'ora innanzi Sailpost) con punti 67,67.

2. La seconda classificata Sailpost impugnava l'aggiudicazione in favore di Post & Service con ricorso che il TAR Milano ha accolto per le ragioni di seguito indicate.

2.1. La legge di gara prevedeva, tra i requisiti speciali da possedere "a pena di esclusione", non solo il fatturato globale (requisito di solidità economica) ma anche il fatturato specifico di cui all'ultimo triennio (requisito di competenza tecnica), ossia l'aver svolto servizi analoghi, per enti pubblici e privati, nell'arco temporale da novembre 2019 ad ottobre 2022. A tal fine era necessario specificare oggetto delle commesse e soggetti committenti, il periodo di vigenza del relativo rapporto contrattuale ed i connessi importi.

2.2. Per la dimostrazione del predetto requisito era anche possibile ricorrere all'istituto dell'avvalimento, opzione questa adottata dalla prima classificata sia per la prestazione principale, sia per quella secondaria.

2.3. I due contratti di avvalimento, quanto al requisito del fatturato specifico, erano tuttavia indeterminati e dunque nulli in quanto non indicavano commesse e relativi oggetti, soggetti con cui tali contratti erano stati stipulati, date ed importi.

2.4. Né al riguardo sarebbe stato possibile applicare l'istituto del soccorso istruttorio cui pure la stazione appaltante aveva fatto ricorso in sede procedimentale.

2.5. Nonostante l'accoglimento del ricorso – accoglimento che ha comportato l'esclusione dalla gara della prima classificata Poste & Service – non veniva comunque dichiarato il subentro nel contratto della seconda classificata SAILPOST (ricorrente) in quanto la stazione appaltante non aveva ancora verificato la correttezza e la completezza della documentazione amministrativa prodotta da quest'ultima in sede di gara.

3. La sentenza di primo grado ha formato oggetto di appello ed è contestata per i motivi che seguono.

3.1. L'avvalimento in questione sarebbe stato qualificato alla stregua di "avvalimento esperienziale" e non di "avvalimento ordinario" (pag. 9 atto di appello), più in

particolare come avvalimento “tecnico-operativo”: dunque “avvalimento c.d. ordinario di tipo operativo” (pag. 11 atto di appello).

3.2. Entrambi i contratti di avvalimento avrebbero riportato tutti gli elementi necessari per dimostrare il possesso sia del fatturato globale (requisito di solidità economica), sia del fatturato specifico (requisito di competenza tecnica). Ciò sarebbe in particolare ricavabile ad una più attenta lettura del punto 4.1.2. di entrambi i contratti di avvalimento (tesi questa sostenuta anche dalla intimata Post & Service). Inoltre sarebbero stati indicati, all'allegato 1 dei due contratti, specifiche apparecchiature e numero di lavoratori messi a disposizione del soggetto ausiliato.

3.3. La “specifica elencazione dei contratti eseguiti dalle ausiliarie”, in ogni caso, avrebbe ben potuto formare oggetto di soccorso istruttorio.

4. Si è costituito il Comune di Milano aderendo alla tesi della parte appellante.

4.1. Si è costituita in resistenza in appello Sailpost.

4.2. Sailpost, inoltre, ha riproposto ex art. 101, comma 2, c.p.a., le censure di primo grado assorbite o non esaminate e, tra queste:

a) difetto di istruttoria nella parte in cui non sarebbe stato rilevato, dalla stazione appaltante, che il progetto presentato dalla prima classificata sarebbe frutto “di un plagio” (pag. 7 della memoria Sailpost in data 14 maggio 2024);

b) difetto di istruttoria anche nella parte in cui è stato assegnato un punteggio al ridetto progetto accusato di “plagio”;

c) violazione art. 97 d.lgs. n. 50 del 2016 nella parte in cui non sarebbe stato considerato che l'offerta economica della prima classificata era “incongrua ed insostenibile”;

d) violazione artt. 45 e 48 d.lgs. n. 50 del 2016 nella parte in cui la prima classificata, pur partecipando come c.d. rete-soggetto, non avrebbe poi indicato le “imprese retiste” per le quali concorre.

4.3. Sailpost ha anche proposto appello incidentale per le seguenti ragioni:

a) nullità dei contratti di avvalimento per la genericità, altresì, del requisito speciale concernente il fatturato globale;

b) violazione art. 122 c.p.a. nella parte in cui non è stata dichiarata l'inefficacia, in ogni caso, del contratto stipulato con la prima classificata Post & Service.

5. Alla pubblica udienza del 26 settembre 2024 le parti hanno rassegnato le proprie rispettive conclusioni ed il ricorso in appello è stato preso in decisione.

6. L'appello è infondato per le ragioni che verranno di seguito evidenziate.

7. Quanto al profilo riguardante il corretto utilizzo o meno dell'istituto dell'avvalimento, il collegio osserva quanto segue.

7.1. Innanzitutto, l'art. 89 d.lgs. n. 50/2016 dispone che: *"l'operatore economico dimostra alla stazione appaltante che disporrà dei mezzi necessari mediante presentazione di una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente...il concorrente allega, altresì, alla domanda di partecipazione in originale o in copia autentica il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto. 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"*.

7.2. Come evidenziato da Cons. Stato, sez. V, 1° settembre 2023, n. 8126:

- *"qualora la lex specialis di gara intenda il fatturato specifico quale espressione della capacità tecnica e non già di solidità economico finanziaria, e per la dimostrazione di tale requisito si faccia ricorso all'avvalimento, si è in presenza non di un avvalimento di garanzia, ma di un avvalimento operativo, il che comporta la necessità da parte dell'ausiliaria di una concreta messa a disposizione di risorse determinate, espressamente individuate, affinché il suo impegno possa dirsi effettivo (Cons. Stato n. 1704 del 2020; Cons. Stato n. 4396 del 2018)";*

- *"Secondo un orientamento consolidato in materia, condiviso da questa Sezione (cfr. Cons. Stato n. 68 del 2021; Cons. Stato n. 1120 del 2020; Cons. Stato n. 6551 del 2018), nel caso di*

avvalimento tecnico - operativo, avente ad oggetto requisiti diversi rispetto a quelli di capacità economico - finanziaria, sussiste sempre l'esigenza di una concreta messa a disposizione di risorse specifiche, le quali devono essere puntualmente indicate in contratto, solo così potendo dirsi rispettata la regola posta dall'art. 89, comma 1, secondo periodo, d.lgs. n. 50 del 2016, nella parte in cui commina la nullità all'omessa specificazione dei requisiti e delle risorse messe a disposizione dalla impresa ausiliaria”;

- “È altrettanto noto il principio (ex multis, cfr. Cons. Stato n. 5464 del 2021; Cons. Stato n. 68 del 2021; Adunanza Plenaria, sentenza del 14 novembre 2016, n. 23) secondo cui l'indagine in ordine agli elementi essenziali dell'avvalimento c.d. operativo deve essere svolta sulla base delle regole generali dell'ermeneutica contrattuale e, in particolare, secondo i canoni enunciati dal codice civile di interpretazione complessiva e secondo buona fede della clausole contrattuali (artt. 1363 e 1367 c.c.)”.

7.3. Come poi stabilito da Cons. Stato, sez. III, 9 marzo 2020, n. 1704:

- onde stabilire se il fatturato specifico (ossia le “pregresse esperienze lavorative”) rientri tra i requisiti di capacità tecnica, può risultare determinante la “qualificazione ritenuta nel disciplinare”;

- la specificità con cui deve essere concepito l'avvalimento operativo significa evitare che “l'avvalimento si trasformi in una sorta di "scatola vuota"; ciò che si verifica in ogni caso in cui nel contratto di avvalimento si sia fatto ricorso a formule contrattuali del tutto generiche, ovvero meramente riproduttive del dato normativo o contenenti parafrasi della clausola della lex specialis descrittiva del requisito oggetto dell'avvalimento stesso (cfr. Cons. Stato, sez. V, 5 aprile 2019, n. 2243; V, 30 gennaio 2019, n. 775, V, 20 novembre 2018, n. 6551; V, 19 luglio 2018, n. 4396)”;

- pertanto, in tema di “fatturato specifico pregresso per rapporti analoghi ... il “prestito” del requisito in esame ha un significato solo se il relativo contratto prevede i modi - che possono essere diversi, a seconda delle circostanze, dall'affitto d'azienda alla messa a disposizione della dirigenza tecnica, ovvero alla predisposizione di un programma di formazione del personale o altro elemento

comunque valutabile dalla stazione appaltante - perché l'esperienza dell'impresa ausiliaria si possa considerare effettivamente trasferita all'impresa ausiliata (così testualmente Cons. Stato, V, 23 febbraio 2015, n. 864; cfr. anche Cons. Stato, III, 5 luglio 2017, n. 3328)" (in questa stessa direzione si veda anche Cons. Stato, sez. V, 19 luglio 2018, n. 4396).

7.4. Infine, secondo quanto affermato da Cons. Stato, sez. V, 19 luglio 2018, n. 4396:

- *“Le capacità tecniche e professionali ... presuppongono non solo il possesso di risorse umane e tecniche da impiegare immediatamente nell'espletamento del servizio, ma anche il possesso dell'esperienza, entrambi elementi necessari “per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità”;*

- in questa direzione: il *“fatturato specifico riferito a servizi analoghi”* è diretto proprio a disvelare il livello *“dell'esperienza già acquisita dall'impresa ausiliaria”;*

7.5. Dunque, in estrema sintesi:

7.5.1. Allorché l'avvalimento riguardi il “prestito” di requisiti speciali come il fatturato globale (requisito speciale di solidità economica) si è al cospetto di un “avvalimento di garanzia”; allorché l'avvalimento riguardi il “prestito” di requisiti speciali come il fatturato specifico riguardante un preciso arco temporale (requisito speciale di competenza tecnica relativo, in particolare, alle “pregresse esperienze lavorative”) si è invece dinanzi ad un “avvalimento operativo”.

7.5.2. Determinante, ai fini della classificazione di cui sopra (avvalimento di garanzia oppure operativo), si rivela altresì la espressa qualificazione nonché la esplicita posizione che, in merito ai singoli requisiti speciali, assume la disciplina di gara.

7.5.3. In caso di “avvalimento operativo”, il prestito o trasferimento di *requisiti* (esperienza pregressa) e di *risorse* (umane, tecniche e materiali) deve essere *specifico ed effettivo*.

7.5.4. Al fine di valutare il livello minimo di *specificità* e di *effettività* del contratto di avvalimento, ossia del relativo trasferimento di *requisiti* e *risorse*, occorre fare leva sui parametri interpretativi di cui al codice civile in tema di contratti.

7.5.5. Allorché tale trasferimento non risulti *specifico* ed *effettivo* (vuoi perché le risorse non siano specificamente indicate, vuoi perché *know how* ed esperienza pregressa siano solo enunciate e non anche concretamente trasferite, ad esempio mediante messa a disposizione della dirigenza tecnica o attraverso un programma di formazione) e dunque nell'ipotesi in cui il contratto si limiti a riportare mere enunciazioni di principio (es. ripetizione del dato legislativo oppure di quello del disciplinare di gara) il contratto si rivela inevitabilmente generico e indeterminato, dunque suscettivo di nullità.

7.6. Quanto al caso di specie, il collegio osserva che:

7.6.1. Tra i requisiti speciali da possedere “a pena di esclusione” (punto 6 del disciplinare di gara) vi era:

a) al punto 6.2., il requisito di “capacità economica e finanziaria” rappresentato da fatturato globale con riferimento al triennio 2019 - 2021, almeno pari ed euro 9.933.466,36 (ossia l'importo a base di gara);

b) al punto 6.3., il requisito di “capacità tecnica e professionale” rappresentato dalla “esecuzione con buon esito di contratti aventi ad oggetto servizi analoghi ai servizi oggetto delle rispettive prestazioni (principale e secondaria), nel triennio precedente alla data di pubblicazione del bando di gara (novembre 2019 - ottobre 2022) per enti pubblici o soggetti privati, con indicazione dei rispettivi importi e date, per un valore complessivo almeno pari a ... € 9.933.466,36”.

7.6.2. Era, dunque, tra l'altro, previsto il requisito speciale del fatturato specifico per servizi analoghi pari all'importo a base d'asta (oltre 9 milioni 933 mila euro). A tal fine occorreva indicare “importi e date” delle precedenti commesse su servizi analoghi, oggetto dei rispettivi contratti nonché soggetti che avevano aggiudicato simili commesse, sempre in relazione al triennio 2019 - 2022.

7.6.3. Si poteva a tal fine ricorrere anche all'istituto dell'avvalimento. L'art. 7 del disciplinare prevedeva infatti che: “*Il concorrente può soddisfare la richiesta dei requisiti di*

carattere economico-finanziario e tecnico professionale di cui ai punti 6.2 e 6.3 anche mediante ricorso all'avvalimento". Più in particolare, alla luce della giurisprudenza sopra riportata:

a) il "prestito" dei requisiti di cui al punto 6.2. (capacità economica e finanziaria) era da qualificare alla stregua di "avvalimento di garanzia"; b) il "prestito" dei requisiti di cui al punto 6.3. (capacità tecnica e professionale) era invece da qualificare alla stregua "avvalimento operativo".

7.6.4. In siffatta direzione, la prima classificata Post & Service decideva di ricorrere al predetto istituto dell'avvalimento (sia per la prestazione principale, sia per quella secondaria) e a tal fine produceva due rispettivi contratti di avvalimento di analogo contenuto che prevedevano entrambi, al punto 4.1.2., la dichiarazione dell'ausiliaria *"di obbligarsi verso il Concorrente e verso la Stazione Appaltante a fornire il requisito e a mettere a disposizione per tutto il periodo di vigenza contrattuale le risorse necessarie di capacità economica e finanziaria (Fatturato globale medio annuo riferito agli ultimi 3 esercizi annuali, per la tipologia di servizi analoga a quelli richiesti, ossia il recapito postale) di cui è carente il Concorrente"*. Quanto poi al contratto di avvalimento per la prestazione principale, l'ausiliaria metteva a disposizione alcune risorse tecnologiche (piattaforma informatica e kit di palmari) e personali (3 unità lavorative), mentre per la prestazione secondaria l'ausiliaria metteva a disposizione diverse linee di stampa nonché 5 unità lavorative.

7.6.5. Ora, se le risorse risultano in qualche misura specificate (come da ultimo riportato) quel che è stato indicato in modo del tutto generico e indeterminato sono i requisiti di capacità tecnica e professionale ossia il fatturato specifico per "servizi analoghi" a quelli oggetto di gara, atteso che non sono stati puntualizzati – come è evidente ad una piana lettura delle riportate disposizioni contrattuali – né l'oggetto di tali servizi analoghi né i relativi importi, i periodi contrattuali di vigenza e neppure i soggetti pubblici o privati da cui gli stessi avevano ottenuto le commesse. A ciò si aggiunga che, oltre al carattere della *specificità*, i suddetti contratti difettano anche del

carattere della *effettività* del trasferimento di requisiti di esperienza (*know how* o segmenti organizzativi) atteso che non si fa riferimento a possibili affitti di rami di azienda, messa a disposizione della dirigenza tecnica o di eventuali programmi di formazione del personale dell'ausiliata.

7.6.6. Nella specie, il contenuto dell'impegno contenuto nei contratti di avvalimento non soddisfa i prescritti requisiti di *specificità* (indicazione puntuale dei servizi pregressi, secondo le indicazioni del punto 6.3. del disciplinare di gara) e di *effettività* ("trasferimento concreto dell'esperienza"), così assumendo carattere all'evidenza generico e dunque eludendo l'obbligo di specificazione imposto dall'art. 89 d.lgs. n. 50/2016. I due contratti di avvalimento erano sul punto indeterminati e dunque nulli. La statuizione del giudice di primo grado è sul punto corretta, dal momento che i due contratti di avvalimento riportano genericamente la sola formulazione del disciplinare di gara, senza più *specificata indicazione* sui servizi analoghi effettuati nel triennio 2019 – 2022 (importi, date e soggetti committenti) né dimostrazione circa il *trasferimento effettivo* del dato esperienziale.

7.6.7. In buona sostanza: mentre i requisiti di capacità finanziaria di cui al punto 6.2. del disciplinare di gara possono ritenersi sufficientemente indicati nei due contratti di avvalimento (non essendo a tal fine necessario, per giurisprudenza costante, il riferimento "a specifici beni patrimoniali o ad indici materiali atti a esprimere una certa e determinata consistenza patrimoniale", cfr. *ex multis* Cons. Stato, sez. III, 9 marzo 2020, n. 1704), i requisiti di capacità tecnica e professionale di cui al successivo punto 6.3. (fatturato specifico realizzato nell'ultimo triennio per appalti analoghi) sono stati solo genericamente indicati, in quanto mancano gli enti pubblici o privati presso cui tali appalti sarebbero stati svolti, da parte del soggetto ausiliario, nonché i relativi importi e periodi di vigenza contrattuale. I due contratti di avvalimento, in altre parole, hanno ad oggetto esclusivamente il prestito del requisito di capacità economico finanziaria di cui all'art. 6.2. del disciplinare di gara.

7.6.8. Gli elementi appena elencati non debbono essere rimessi alla fase di comprova (dove vanno esibiti certificati di buona esecuzione, fatturazioni, etc.) ma vanno giocoforza anticipati – sebbene in via sintetica come in effetti richiesto dalla stazione appaltante– nella fase di presentazione delle offerte e della relativa documentazione che dunque, sul punto, si appalesa generica e indeterminata con riguardo al contratto di avvalimento prodotto in sede di gara. I servizi analoghi, in altre parole, non dovevano essere già *comprovati* ma comunque *specificati* in sede di presentazione della domanda di partecipazione.

7.6.9. La difesa di parte appellante insiste nel ritenere che il contratto di avvalimento fosse piuttosto analitico nel momento in cui si evidenziava la messa a disposizione di *risorse* tecniche e personali, ossia piattaforma informatica nonché lavoratori e strumentazione necessaria ad eseguire il predetto servizio di notificazione postale, ma, quanto alla mancata indicazione dei suddetti *requisiti* di capacità tecnico professionale (enti appaltanti, importi e periodi contrattuali), nulla ha adeguatamente controdedotto.

7.7. Quanto alle specifiche contestazioni di parte (Comune di Milano e Poste & Service) il collegio osserva inoltre quanto segue.

7.7.1. Si lamenta che l'avvalimento in questione è stato qualificato alla stregua di “avvalimento esperienziale” e non di “avvalimento ordinario” (pag. 9 atto di appello), più in particolare come avvalimento “tecnico-operativo”: dunque si tratterebbe, nella prospettiva del comune appellante, di “avvalimento c.d. ordinario di tipo operativo” (pag. 11 atto di appello). Si lamenta altresì che la sentenza avrebbe qualificato il suddetto avvalimento come di garanzia (pag. 14 memoria Comune di Milano in data 27 maggio 2024 e pag. 13 della memoria della stessa difesa comunale in data 10 settembre 2024). Osserva al riguardo il collegio che il giudice di prime cure non ha mai qualificato il suddetto avvalimento alla stregua di “garanzia” ma semmai “esperienziale” che, come già detto, è comunque parte della categoria

dell'avvalimento "operativo". La questione non ha inoltre pregio in quanto, proprio perché l'avvalimento sul fatturato specifico va qualificato alla stregua di avvalimento tecnico-operativo (l'avvalimento esperienziale costituisce solo una forma di avvalimento operativo), il relativo contratto deve riportare specificamente non solo *risorse* ma anche *requisiti* ossia, nel caso di specie, i relativi contratti, i soggetti pubblici o privati con cui tali contratti erano stati stipulati, le date e gli importi (in quanto indici di espressione di fatturato specifico ossia della capacità tecnica e professionale).

7.7.2. Si evidenzia, sempre ad opera dell'appellante e del Comune di Milano, che entrambi i contratti di avvalimento riporterebbero tutti gli elementi necessari per dimostrare il possesso sia del fatturato globale (requisito di solidità economica), sia del fatturato specifico (requisito di competenza tecnica). Ciò sarebbe in particolare ricavabile ad una lettura più attenta del punto 4.1.2. di entrambi i contratti di avvalimento (tesi questa sostenuta anche dalla intimata Post & Service). A quest'ultimo riguardo sarebbero stati indicati, all'allegato 1 di entrambi i contratti, specifiche apparecchiature e numero di lavoratori messi a disposizione del soggetto ausiliato (piattaforma informatica, Linea Stampa, etc.). I due contratti di avvalimento sarebbero "indiscutibilmente operativi" (pag. 15 della memoria in data 10 settembre 2024).

7.7.3. Anche tale censura non ha pregio dal momento che:

a) il contenuto dei due contratti, almeno per quel che riguarda il fatturato specifico, è alquanto generico e indeterminato nel momento in cui ci si limita a ribadire pedissequamente il contenuto della legge di gara. Il punto 4.1.2. prevede infatti che: "L'Ausiliaria dichiara ... di obbligarsi verso il Concorrente e verso la Stazione Appaltante a fornire il requisito e a mettere a disposizione per tutto il periodo di vigenza contrattuale le risorse necessarie di capacità economica e finanziaria (Fatturato globale medio annuo riferito agli ultimi 3 esercizi annuali, per la tipologia

di servizi analoga a quelli richiesti, ossia il recapito postale) di cui è carente il Concorrente”. Dunque trattasi di ripetizione mera di quanto previsto dalla legge di gara, come tale generica e indeterminata;

b) l’indicazione specifica di apparecchiature informatiche e tecnologiche nonché di personale copre il dato *risorse* ma non anche quello dei *requisiti* (cfr. art. 89 d.lgs. n. 50/2016, allorché si fa riferimento al prestito in forma specifica sia di requisiti, sia di risorse). Il dato dei suddetti “requisiti” era rappresentato, nel caso di specie, dal requisito specifico della capacità tecnica e professionale ossia dal fatturato specifico (mediante indicazione di commesse, soggetti con cui tali commesse erano intercorse, relativi importi e date);

c) a ciò si aggiunga, come ampiamente detto in precedenza, che il prestito dei requisiti tecnici e professionali (fatturato specifico ossia esperienza pregressa) era non solo generico ma anche privo di *effettività*, difettando nel caso di specie il passaggio concreto di componenti aziendali di *know how* (dirigenza tecnica o programma di formazione).

7.7.4. Alla luce di quanto sopra riportato, tale profilo di censura (erroneità circa la ritenuta nullità dei due contratti di avvalimento) deve dunque essere rigettato.

7.8. Quanto all’ulteriore profilo di censura sollevato dall’appellante (erroneità nella parte in cui il giudice di primo grado ha ritenuto non applicabile, al caso di specie, l’istituto del soccorso istruttorio) il collegio osserva quanto segue.

7.8.1. In punto di fatto, la stazione appaltante aveva poi chiesto ed ottenuto tali dati mancanti sui servizi analoghi (oggetto commessa, enti committenti, importi e date) proprio mediante soccorso istruttorio.

7.8.2. Tale istituto non è stato ritenuto validamente applicabile dal TAR. Anche sul punto la decisione si rivela corretta in quanto non si tratta di sanare una mera irregolarità ma, piuttosto, di integrare il contratto nullo mediante formazione *ex*

post della volontà e dunque del titolo contrattuale nonché dietro impulso della medesima stazione appaltante.

7.8.3. Sul punto si registra peraltro giurisprudenza costante che nega il soccorso istruttorio per sanare la nullità da indeterminatezza del contratto di avvalimento (cfr., da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 10 gennaio 2024, n. 322). Più in particolare è stato affermato che:

- la *“giurisprudenza ... esclude l'ammissibilità del soccorso istruttorio per sanare il vizio di nullità del contratto di avvalimento connesso all'omessa indicazione dei mezzi e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria a favore di quella ausiliata”* (Cons. Stato, sez. V, 10 gennaio 2024, n. 322);

- *“la produzione di copia del contratto di avvalimento (laddove è richiesto dalla legge l'originale o copia autentica) costituisce una "irregolarità" (relativa alla forma) dei documenti cui è possibile rimediare mediante attivazione del soccorso istruttorio (Cons. Stato, V, 19 febbraio 2019, n. 1143). Il soccorso istruttorio deve invece escludersi con riguardo ai profili contenutistici del contratto di avvalimento, ad esempio nel caso in cui non contenga alcun impegno dell'ausiliaria ad eseguire le prestazioni per cui le capacità sono richieste”* (Cons. Stato, sez. V, 21 maggio 2020, n. 3209);

- ciò integra infatti *“una lacuna non colmabile attraverso il soccorso istruttorio”* trattandosi di assenza di un elemento essenziale di tipo negoziale, funzionale alla validità della dichiarazione” (Cons. Stato, V, 3 aprile 2019, n. 2191);

- *“le riscontrate lacune dei contratti di avvalimento non potevano essere colmate attraverso il soccorso istruttorio, dovendo essere i detti contratti ... validi fin dal principio, con conseguente impossibilità di apportarvi integrazioni postume”* (Cons. Stato, sez. V, 30 marzo 2017, n. 1456).

7.8.4. Tale orientamento poggia sul principio ancor più generale in omaggio al quale il soccorso istruttorio non è utilizzabile dall'offerente per formare atti in un momento successivo alla data di scadenza del termine di presentazione delle offerte, e ciò tanto più ove si tratti di integrare o meglio rielaborare *“un elemento negoziale essenziale”* (Cons. Stato, sez. V, 22 ottobre 2018, n. 6005. Sulla impossibilità di

integrare la carenza di atti negoziali in generale mediante soccorso istruttorio si veda altresì Cons. Stato, sez. V, 12 febbraio 2024, n. 1365).

7.8.5. Date le considerazioni sopra svolte, anche tale profilo di censura (erroneità per omessa considerazione circa la applicabilità del meccanismo del soccorso istruttorio) deve dunque essere respinto.

7.9. Alla luce di quanto sopra considerato, l'appello principale deve dunque essere rigettato. Di conseguenza vanno ulteriormente assorbiti, anche in questa sede, i motivi riproposti dalla originaria ricorrente ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a., stante la piena conferma della sentenza di primo grado.

8. Il Collegio passa all'esame dell'appello incidentale formulato da Sailpost.

8.1. Il primo motivo, con cui si lamenta la nullità dei contratti di avvalimento per la genericità altresì del requisito speciale concernente il fatturato globale, in disparte ogni considerazione già svolta nel merito, deve comunque essere dichiarato improcedibile per carenza di interesse, dato il rigetto dell'appello principale e dunque la conferma della sentenza di primo grado in ordine alla nullità del contratto di avvalimento anche solo per la indeterminatezza e genericità delle clausole riguardanti i requisiti del fatturato specifico ossia della capacità tecnica e professionale.

8.2. Quanto al secondo motivo, con cui si deduce la violazione dell'art. 122 c.p.a. nella parte in cui non è stata dichiarata l'inefficacia, in ogni caso, del contratto stipulato con la prima classificata Poste & Service, il collegio osserva che la mancata valutazione della documentazione amministrativa presentata da Sailpost impedisce a questo collegio di esprimere ogni valutazione circa la spettanza del bene della vita in capo a quest'ultima, pena la violazione dell'art. 34, comma 2, c.p.a., in base al quale il giudice amministrativo non può pronunciarsi "*con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*". Di qui il rigetto di tale specifico motivo.

8.3. L'appello incidentale deve dunque in parte essere dichiarato improcedibile, in parte essere rigettato.

9. In conclusione:

- (a) il ricorso in appello è infondato e va respinto;
- (b) i motivi assorbiti riproposti dalla appellata Sailpost vanno assorbiti;
- (c) l'appello incidentale va in parte dichiarato improcedibile, e in parte respinto.

10. Le spese di lite seguono la soccombenza relativa all'appello principale, mentre possono essere integralmente compensate quanto all'appello incidentale.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli, principale e incidentale, come in epigrafe proposti:

- (a) respinge l'appello principale;
- (b) in parte dichiara improcedibile, in parte respinge, l'appello incidentale;
- (c) Condanna l'appellante principale (Post & Service) e il Comune di Milano, alla rifusione delle spese di lite, ciascuno per la somma di euro 4.000 (quattromila) (per un totale di euro 8.000) oltre accessori di legge, in favore di Sailpost s.p.a. in proprio e quale mandataria del raggruppamento con Snem s.p.a.
- (d) compensa tra le parti le spese quanto all'appello incidentale.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 settembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Rosanna De Nictolis, Presidente

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

Massimo Santini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Massimo Santini

IL PRESIDENTE
Rosanna De Nictolis

IL SEGRETARIO

WWW.LAVORIPUBBLICI.IT