

**Consiglio di stato, sezione terza, n. 5186 del 24 agosto 2020**

*Dimostrazione dei requisiti di punta – Avvalimento plurimo o frazionato – Inammissibilità  
Infrazionabilità del requisito*

**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 Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1349 del 2020, proposto da  
....., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli  
avvocati ....., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

....., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa  
dall'avvocato ....., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia  
e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, viale .....;  
R.t.i. ....S.r.l., R.t.i. ....S.r.l., non costituiti in giudizio;

***nei confronti***

.....Lavori Soc. Coop. Cons., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,  
rappresentata e difesa dagli avvocati ....., con domicilio digitale come da PEC  
da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio ..... in Roma, via  
.....;

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione  
Prima) n. 603/2020, resa tra le parti, concernente l'affidamento dell'appalto dei  
lavori e delle forniture di attrezzature sanitarie ed arredi, per la realizzazione del

Nuovo blocco Operatorio di Chirurgia del P.O. Santa Maria delle Grazie in località La Schiana, Pozzuoli (NA);

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di .....Lavori Soc. Coop. Cons. e di .....

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 luglio 2020 il Cons. .... e uditi per le parti gli avvocati presenti secondo la legge come da delega in atti.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

Si controverte sull'esito della procedura aperta relativa all'appalto misto ed integrato per la realizzazione del nuovo blocco operatorio del Presidio Ospedaliero "Santa Maria delle Grazie", in località *La Schiana* - Pozzuoli (NA), mediante l'esecuzione di lavori edili, tecnologici ed assimilati e la fornitura di arredi, aggiudicata definitivamente, con delibera n. 895 in data 9.7.2019, alla .....

La seconda classificata, costituendo R.T.I. ....Lavori. Soc. Coop. Cons. - Getinge Italia S.p.A. - .....S.r.l. (d'ora in poi, Arco), ha impugnato l'aggiudicazione, contestando: *i*) – la presunta violazione del *par.* 4.1. lett. l), punto 3 del Disciplinare di gara, sostenendo che la ..... non avrebbe potuto soddisfare il possesso del requisito attinente alla esecuzione di un unico lavoro e/o servizio in ambito sanitario di un valore non inferiore a 4.637.883,18 euro, mediante il ricorso al cd. avvalimento cumulativo o frazionato; *ii*) – l'ammissione dell'affidataria, sul presupposto che in entrambi i contratti di avvalimento stipulati (con ..... S.p.A. e ..... S.r.l.) sarebbe mancato l'impegno delle ausiliarie ad eseguire in proprio le prestazioni di cui al bando di gara; *iii*) – che la ..... avrebbe dovuto essere esclusa all'esito dello scrutinio delle offerte tecniche, non potendo accedere alla

successiva fase di apertura delle buste economiche, poiché avrebbe dovuto superare il punteggio minimo di 45/100 punti al “netto” del meccanismo di riparametrazione previsto dal visto disciplinare di gara.

Il TAR Campania (Sez. 1) - Napoli, con la sentenza appellata (n. 603/2020), ha accolto il ricorso, disponendo, previa declaratoria di inefficacia del contratto, stipulato in data 20.11.2019 tra la .....e ....., il subentro della ricorrente nel citato contratto, con decorrenza dalla pubblicazione della vista sentenza.

La sentenza è stata appellata da ....., prospettando le argomentazioni appresso sintetizzate.

L'appellante contesta, anzitutto, che il Collegio partenopeo ha reputato meritevole di accoglimento la prima censura, a mezzo della quale la ricorrente ha contestato l'aggiudicazione alla ..... per carenza del requisito di partecipazione previsto dal disciplinare di gara (par. 4.1, lett. 1.3), secondo cui: *...ciascun concorrente doveva possedere nel triennio, un unico contratto c.d. “di punta”, per un importo non inferiore a quello a base d'asta, pari ad € 4.637.883,18.*

Sostiene in particolare che la sentenza, nella parte in cui ha accolto il ricorso di .....Lavori, è erronea sotto distinti profili.

In primo luogo la ..... - titolare di un unico contratto stipulato con ..... nel triennio 2015-2016-2017 per lavori in ambito sanitario di importo pari a 2.235.883,13 euro – ha soddisfatto il requisito in parola, avvalendosi della ..... S.p.A. che, nel corso del medesimo arco temporale, ha eseguito un lavoro per conto della A.O. Mater Domini di Catanzaro per 3.177.454,00 euro.

In dettaglio, l'interessata evidenzia che la questione sulla ammissibilità o meno dell'avvalimento frazionato per il requisito di punta, di cui nello specifico, è stata oggetto di numerosi approfondimenti da parte degli operatori economici nel corso della procedura di gara, da aver indotto, mediante la pubblicazione della FAQ n. 12 - a valere come Avviso - la Stazione Appaltante a fornire indirizzi non marginali e

certamente aperti al *favor participationis*, da differirne il termine di presentazione delle offerte.

Soggiunge l'appellante che la selezione in argomento stabiliva una serie, già elevata, di condizioni di ammissione, sia per la componente lavori (cfr. art. 4 lett. h del Disciplinare) per la quale era prescritto il possesso delle qualificazioni SOA in categorie OG11, OG1 e OS4, sia per le forniture di arredi e sanitari là dove la *lex specialis* precisava che “il fatturato annuo dovrà essere almeno pari ad euro 2.438.232,33 ed il fatturato globale del triennio di riferimento, dovrà essere almeno pari ad euro 7.314.696,99”, da indurre l'Amministrazione, nel corso delle varie FAQ, a rapportare il costo del servizio al corrispettivo in quota lavori (vale a dire a 4.753.830,26 euro).

Detto ordine di idee non appare condivisibile.

Osserva, anzitutto, il Collegio che la tesi della ....., odierna appellata, volta a contestare detti rilievi, sulla base della fondatezza del proprio ricorso, trova peraltro pieno riscontro nella giurisprudenza oltre che della Corte di Giustizia europea (Sez. V, sentenza 10 ottobre 2013 -causa C-94/12) di questo Consiglio (Cons. Stato, V, 12 dicembre 2019, n.284).

In proposito, le censure di ..... volte a sostenere che la farraginosità della selezione traspariva dagli stessi chiarimenti resi dalla commissione, tanto che in autotutela ha, poi, aggiudicato la gara alla società resistente in primo grado, si pone in aperto contrasto con il principio più volte richiamato dalla giurisprudenza anche della Sezione (Cons. Stato, III, 13 gennaio 2016, n. 74) che ha recisamente escluso che l'amministrazione, a mezzo di chiarimenti auto-interpretativi, possa modificare o integrare la disciplina di gara, pervenendo ad una sostanziale disapplicazione della *lex specialis* del concorso e, segnatamente nella specie della lett. I.3 del disciplinare di gara.

Né può condurre a diverse conclusioni il richiamo al *favor participationis*, invocato dalla ricorrente, considerato che la clausola del disciplinare non è equivoca e che il suo significato logico, nel senso seguito dalla Commissione, è stato chiaramente inteso dalle altre imprese partecipanti alla gara.

A riprova di ciò, va rilevato che i quesiti sollevati hanno riguardato essenzialmente l'importo del fatturato, come evidenziato dalla stessa appellante e non già l'esatto ammontare del "contratto di punta".

Del resto deve ritenersi oramai un dato acquisito che l'avvalimento plurimo o frazionato non può essere consentito con riferimento ai c.d. requisiti di punta. Il requisito del contratto di punta, invero, deve essere necessariamente soddisfatto da una singola impresa, in quanto è espressione di una qualifica funzionale non frazionabile, perché come reiteratamente chiarito in giurisprudenza (Cons. Stato, V, 12 dicembre 2019, n.284), "attesta una esperienza qualificata nell'ambito dello specifico servizio oggetto della gara".

Il requisito di punta, in altri termini, proprio perché caratterizzante la qualità dell'impresa stessa, non può essere oggetto di frazionamento tra più soggetti, ma deve necessariamente essere posseduto in capo ad una singola impresa.

Nel caso di specie, tuttavia tale elemento minimo non risulta in realtà soddisfatto dal contratto di avvalimento di cui all'offerta della ....., che indica chiaramente di essersi avvalsa di un'impresa ausiliaria che non possiede per intero il citato requisito, ma che ha dichiarato di aver eseguito un contratto analogo dell'importo di € 3.177.474,00, di gran lunga quindi inferiore all'importo posto a base d'asta.

In tal senso, meritano di essere richiamati i pareri precontenzioso Anac, n. 107 del 21 maggio 2014 e n. 156 del 23 settembre 2015, che hanno affermato il seguente principio di diritto che il Collegio condivide: «il requisito di cui all'articolo 263 comma 1, lettera c), concernente i c.d. servizi di punta, non è frazionabile in caso di raggruppamento temporaneo di professionisti e, pertanto, ognuno dei due servizi di

punta richiesti per ciascuna classe e categoria dovrà esser stato svolto interamente da uno dei soggetti del raggruppamento. È sufficiente, quindi, che tale requisito sia posseduto per intero da un singolo componente del raggruppamento.

Analogamente, la Corte di Giustizia U.E. (Sez. V, sentenza 10 ottobre 2013 -causa C-94/12) ha chiarito che lo Stato può certamente imporre, con legge, che vi sia un unico titolare del requisito di punta, non ritenendo in contrasto con il diritto dell'unione un eventuale divieto inerente al cd avvalimento frazionato del requisito di punta, purché - sottolinea la Corte - lo Stato membro lo abbia previsto con legge. Nella specie l'impresa ausiliaria (..... S.p.A) avrebbe dovuto, quindi, possedere per intero il visto requisito e non solo in parte come, invece, risultante dalla documentazione in atti.

Alla luce delle considerazioni che precedono, l'appello deve, pertanto, essere respinto.

Le spese di entrambi i gradi di giudizio seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta e, per l'effetto, dichiara legittima l'esclusione della ricorrente dalla procedura di gara.

Condanna l'appellante alle spese di entrambi i gradi di giudizio che liquida in euro 5.000,00, oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 luglio 2020

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

IL SEGRETARIO