

Consiglio di Stato, sezione quinta, sentenza n. 4764 del 15 ottobre 2015

Irregolarità sulla cauzione provvisoria – Sanabilità – Soccorso istruttorio

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso iscritto in appello al numero di registro generale 1494 del 2015, proposto da:

NEXIVE S.P.A., in proprio e quale capogruppo mandataria del costituendo R.T.I. con Snem S.p.A, Consorzio Stabile Olimpo e Nexive s.c. a r.l., nonché da SNEM S.P.A, CONSORZIO STABILE OLIMPO E NEXIVE S.C. A R.L., ognuna in persona del proprio rispettivo legale rappresentante in carica, tutte rappresentate e difese dall'avv., con domicilio eletto presso in Roma, Via

contro

POSTE ITALIANE S.P.A., in proprio e quale capogruppo mandataria del costituendo R.T.I. con Postel S.p.A., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv., con il quale è elettivamente domiciliata in Roma, Via

nei confronti di

A.N.C.I. TOSCANA - Associazione dei Comuni Toscani, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv., con domicilio eletto presso in Roma, corso

per la riforma

della sentenza del T.A.R. TOSCANA – FIRENZE, Sez. I, n. 2083 del 22 dicembre 2014, resa tra le parti, concernente aggiudicazione definitiva appalto servizi di stampa e postalizzazione consegna e notifica atti di riscossione volontaria e coattiva degli enti locali toscani;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Poste Italiane S.p.A., nella qualità segnata in epigrafe, e di A.N.C.I. Toscana - Associazione dei Comuni Toscani;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 giugno 2015 il Cons. Carlo Saltelli e uditi per le parti gli avvocati, su delega dell'avvocato

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

1. Il Tribunale amministrativo regionale per la Toscana, sez. I, con la sentenza n. 2083 del 22 dicembre 2014, nella resistenza dell'A.N.C.I. Toscana e della società Nexive S.p.A., in proprio e quale capogruppo mandataria del costituendo R.T.I. con Nexive s.c. a r.l., Consorzio Stabile Olimpo e Snem S.p.A., oltre che di queste ultime, ha accolto il ricorso proposto dalla società Poste Italiane S.p.A., in proprio e quale capo gruppo mandataria del costituendo R.T.I. con Postel S.p.A. (secondo classificato nella gara indetta da A.N.C.I. Toscana per l'appalto dei servizi di stampa e postalizzazione, consegna e notifica di atti relativi all'attività di riscossione volontaria e coattiva degli enti toscani) e per l'effetto ha annullato il decreto del Segretario generale dell'A.N.C.I. Toscana prot. n. 587 del 10 settembre 2014 di aggiudicazione definitiva dell'appalto al costituendo R.T.I. formato da Nexive S.p.A., Consorzio Stabile Olimpo, Snem S.p.A. e Nexive s.c. a r.l.

In particolare il predetto tribunale ha ritenuto fondato sia il primo motivo di censura, con cui era stato lamentato che l'impegno del fideiussore, contenuto nella polizza allegata all'offerta presentata dal raggruppamento aggiudicatario, era difforme da quanto stabilito a pena di esclusione dal disciplinare di gara, limitandosi ad indicare come beneficiario l'A.N.C.I. Toscana invece dei comuni aderenti alla convenzione, sia il secondo motivo di censura, nella parte in cui era stata dedotta il contenuto generico del contratto di avvalimento sottoscritto da Nexive S.p.A. e Nexive s.c. a r.l., mancando la dimostrazione di una disponibilità concreta degli elementi oggettivi connessi al requisito di natura economico – finanziaria, oggetto di avvalimento, irrilevante essendo la circostanza, eccepita dal raggruppamento aggiudicatario, che nel caso in esame si sarebbe trattato del c.d. avvalimento infragruppo.

E' stata dichiarata poi assorbita l'altra censura sollevata ("Violazione dell'art. 88 del D. Lgs. n. 163/2006 ed eccesso di potere per violazione della par condicio nell'ambito del sub procedimento di anomalia dell'offerta del controinteressato; eccesso di potere per manifesta irragionevolezza e ingiustizia").

2. La Nexive S.p.A., la Snem S.p.A., il Consorzio Stabile Olimpo e la Nexive s.c. a r.l. hanno dedotto l'erroneità e l'ingiustizia della predetta sentenza alla stregua di due articolati motivi di gravame, rubricati rispettivamente, il primo "Violazione e/o falsa applicazione dei principi in materia di concorrenzialità e favor participationis, dei principi di ragionevolezza, buon andamento ed imparzialità dell'amministrazione (artt. 3 e 97). Violazione e falsa applicazione dell'art. 46 comma 1 bis del D. Lgs. 163/2006. Violazione e falsa applicazione dell'art. 1376 c.c. e delle norme in materia di interpretazione dei contratti. Erroneità della sentenza impugnata per omessa pronuncia. Conseguente violazione del principio tra chiesto e giudicato e violazione dell'art. 112 c.p.c.", e il secondo "Violazione e/o falsa applicazione dei principi in materia di concorrenzialità e favor participationis, dei principi di ragionevolezza, buon andamento ed imparzialità dell'amministrazione (art. 3 e 97). Violazione e falsa

applicazione dell'art. 49 del D. Lgs. 163/2006 e dell'art. 88 del D.P.R. 207/2010. Violazione e falsa applicazione dell'art. 1376 C.C. e delle norme in materia di interpretazione dei contratti. Erroneità della sentenza impugnata per omessa pronuncia”.

Ha resistito al gravame Poste Italiane S.p.A. che, oltre a dedurre l'inammissibilità e l'infondatezza e a chiederne il rigetto, ha altresì riproposto, ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a. tutte le domande e le eccezioni, in rito ed in merito, sollevate nel giudizio di primo grado con specifico riferimento al terzo motivo di censura del ricorso introduttivo, non esaminato per assorbimento.

A.N.C.I. Toscana, costituendosi in giudizio, ha invece sostanzialmente aderito ai motivi di gravame, chiedendone l'accoglimento e la conseguenziale riforma della sentenza impugnata.

3. Nell'imminenza dell'udienza di trattazione le parti hanno illustrato con apposite memorie le rispettive tesi difensive, replicando a quelle avverse.

All'udienza pubblica dell'11 giugno 2015, dopo la rituale discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

4. Con il primo motivo di gravame, lamentando “Violazione e/o falsa applicazione dei principi in materia di concorrenzialità e *favor participationis*, dei principi di ragionevolezza, buon andamento ed imparzialità dell'amministrazione (artt. 3 e 97). Violazione e falsa applicazione dell'art. 46 comma 1 bis del D. Lgs. 163/2006. Violazione e falsa applicazione dell'art. 1376 c.c. e delle norme in materia di interpretazione dei contratti. Erroneità della sentenza impugnata per omessa pronuncia. Conseguente violazione del principio tra chiesto e giudicato e violazione dell'art. 112 c.p.c.”, le appellanti hanno in sintesi sostenuto l'erroneità del capo della sentenza impugnata che, accogliendo il primo motivo di censura spiegato nel ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, ha ritenuto che il raggruppamento

aggiudicatario, da esse formato, avrebbe dovuto essere escluso dalla gara in quanto l'impegno del fideiussore, contenuto nella polizza presentata dal raggruppamento aggiudicatario, era difforme da quanto stabilito a pena di esclusione dal disciplinare di gara, limitandosi ad indicare come beneficiario l'A.N.C.I. Toscana invece dei comuni aderenti alla convenzione.

Il motivo è fondato.

4.1. Occorre premettere in punto di fatto che il disciplinare di gara all'art. 10 (Modalità di presentazione delle offerte) conteneva l'articolato elenco della documentazione amministrativa da presentare a corredo dell'offerta, tra cui al punto A.10 "L'impegno di un fideiussore individuato tra i soggetti di cui all'art. 75 comma 3 D. Lgs. 163/2006 a rilasciare la cauzione definitiva per l'esecuzione del contratto, di cui all'articolo 113 del D. Lgs. 163/2006, qualora risultasse affidatario".

La clausola in questione conteneva una postilla del seguente tenore: "N.B. Si precisa che il concorrente risultato aggiudicatario dovrà rilasciare garanzia definitiva per l'esecuzione dell'appalto a favore di ogni ente che aderirà al contratto stipulato tra ANCI Toscana e l'affidatario, nella percentuale prevista dall'art. 113 del D. Lgs. 163/2006 da applicarsi all'importo dello specifico Atto di adesione. L'impegno di cui al punto A.10 è quindi da intendersi a favore di tutti i potenziali Enti aderenti, fino alla concorrenza dell'importo totale massimo contrattualizzato tra ANCI Toscana e l'affidatario, così come disciplinato anche dalla restante documentazione di gara. A tal fine, a pena di esclusione, nell'impegno a costituire garanzia relativa dovrà essere inserita apposita appendice che preveda esplicitamente che l'impegno alla costituzione della garanzia fideiussoria è da intendersi a favore di ciascun ente che aderirà al contratto in esecuzione dello stesso".

Deve poi aggiungersi che è pacifico che la polizza fideiussoria per la cauzione provvisoria della Elba Assicurazione S.p.A., regolarmente allegata all'istanza di partecipazione alla gara da parte del raggruppamento guidato da Nexive S.p.A.,

conteneva effettivamente, giusta quanto emerge dalla scheda tecnica, l'impegno a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto di cui all'art. 113 del D.Lgs. n. 113 del 2006, qualora l'offerente risultasse affidatario.

4.2. Ciò posto, se è pur vero che la polizza così prodotta non conteneva l'apposita appendice recante la precisazione che l'impegno alla costituzione della garanzia era da intendersi a favore di ciascun ente che aderirà al contratto in sede di esecuzione dello stesso, tale mancanza, non incidendo sulla serietà e sulla certezza dell'offerta e sulla sua provenienza, né sulla validità ed effettività della polizza prodotta, non poteva determinare, come invece ritenuto dai primi giudici, l'esclusione di quell'offerta dalla gara, dovendo essere piuttosto considerata una mera irregolarità sanabile attraverso l'esercizio del soccorso istruttorio.

E' sufficiente al riguardo rilevare che il fideiussore ha effettivamente ed inequivocabilmente manifestato il suo impegno a rilasciare garanzia per l'esecuzione definitiva proprio di quel contratto, così che il fatto che quale beneficiario sia stato indicata l'A.N.C.I. Toscana, che ha indetto la gara, e non già i singoli comuni che avrebbero aderito al contratto stipulato tra l'A.N.C.I. e l'aggiudicatario, non incide sulla validità, sulla serietà e sulla certezza dell'impegno relativo proprio a quel contratto.

Come emerge inequivocabilmente dagli atti di gara, quest'ultima era finalizzata alla stipulazione di un contratto tra l'A.N.C.I. Toscana e l'affidatario aperto all'adesione dei comuni che avrebbero voluto utilizzare il servizio oggetto della procedura di affidamento: sintomatici e decisivi in tal senso sono, tra l'altro, l'art. 1 del disciplinare di gara, a mente del quale l'obiettivo perseguito dall'A.N.C.I. Toscana era quello di fornire un servizio ai propri comuni associati per l'esecuzione dei servizi di stampa e postalizzazione, consegna e notifica di atti relativi all'attività di riscossione volontaria e coattiva degli enti locali toscani che ne avessero fatto richiesta sulla base di quanto indicato nel capitolato descrittivo e prestazionale e nell'allegato tecnico, e

l'articolo 1 del capitolato descrittivo prestazionale, secondo cui “a seguito della procedura in oggetto Anci Toscana sottoscriverà il contratto con l'operatore economico risultato aggiudicatario, al quale potranno aderire i Comuni associati ad Anci Toscana”.

E' appena il caso di rilevare che la clausola aggiuntiva contenuta al punto A.10 del disciplinare di gara, come del resto si ricava dalla sua lettura, lungi dall'introdurre un ulteriore ed autonomo requisito di partecipazione, conteneva una interpretazione (autentica) dell'impegno del fideiussore in ordine all'esecuzione del contratto (nel senso che esso dovesse essere inteso nei confronti degli enti aderenti al contratto stipulato dall'ANCI Toscana), così che l'impegno già contenuto nella fideiussione (sull'esecuzione del contratto) ben poteva deve ritenersi già di per sé valido e sufficiente a tutelare gli interessi dell'amministrazione appaltante, il che rende sproporzionata ed illogica la sanzione dell'esclusione dalla gara per l'ipotesi di mancanza di quella dichiarazione aggiuntiva anche per la palese violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione.

Ciò del resto è coerente con il prevalente indirizzo del giudice amministrativo, secondo cui anche in applicazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, sancito dall'art. 46, comma 1 bis, del D, Lgs. n. 163 del 2006, devono ritenersi sanabili mediante il potere di soccorso istruttorio le irregolarità concernenti la cauzione provvisoria comunque prestata nei termini previsti dalla lex specialis, come è da ritenersi sia avvenuto nel caso di specie (Cons. Stato, sez. III, 5 dicembre 2013, n. 5781; sez. IV, 20 gennaio 2015, n. 147; sez. V, 10 febbraio 2015, n. 687; 22 maggio 2015, n. 2563).

5. Con il secondo motivo di gravame, rubricato “Violazione e/o falsa applicazione dei principi in materia di concorrenzialità e *favor participationis*, dei principi di ragionevolezza, buon andamento ed imparzialità dell'amministrazione (art. 3 e 97). Violazione e falsa applicazione dell'art. 49 del D. Lgs. 163/2006 e dell'art. 88 del

D.P.R. 207/2010. Violazione e falsa applicazione dell'art. 1376 C.C. e delle norme in materia di interpretazione dei contratti. Erroneità della sentenza impugnata per omessa pronuncia”, le appellanti hanno contestato la correttezza della sentenza impugnata per aver ritenuto generico ed indeterminato il contratto di avvalimento intercorso tra Nexive S.p.A. ausiliaria e Nexive s.c. a r.l. a causa della mancata chiara indicazione della prestazione oggetto dell'avvalimento e delle specifiche reciproche obbligazioni dell'ausiliaria e dell'ausiliata.

A loro avviso i primi giudici non avrebbero tenuto conto che nel caso di specie oggetto di avvalimento era solo il possesso dei requisiti di capacità tecnico – professionali, consistente nell'ammontare di una certa cifra di fatturato triennale, e dunque di un requisito immateriale, così che non poteva invocarsi alcuna genericità dell'oggetto del contratto di avvalimento, tanto più che il responsabile del contratto, pure tuzioristicamente indicato come requisito oggetto di avvalimento, non costituiva, secondo la stessa *lex specialis*, requisito di partecipazione, ma solo requisito di esecuzione del contratto; ciò senza contare poi che si era in presenza di un avvalimento infragruppo e che era notorio che l'ausiliaria Nexive S.p.A. controlla indirettamente l'ausiliata Nexive s.c. a r.l., detenendone il 76% delle quote.

Le doglianze non merita accoglimento.

5.1. La giurisprudenza, pur riconoscendo che, in ragione della sua peculiare finalità - di garantire la massima partecipazione alle gare pubbliche, consentendo alle imprese non munite dei requisiti di partecipazione di giovare delle capacità tecniche, economiche e finanziarie di altre imprese – l'istituto dell'avvalimento ha carattere generale (essendo interdetto soltanto per i requisiti di cui agli artt. 38 e 39 del D. Lgs n. 163/2006, Cons. Stato, sez. V, 14 febbraio 2013, n. 91), ha nondimeno più volte sottolineato che la messa a disposizione del requisito mancante non può risolversi nel prestito di un valore puramente cartolare e astratto, essendo invece necessari che dal contratto risulti chiaramente l'impegno dell'impresa ausiliaria a prestare tutti

quegli elementi che giustificano l'attribuzione del requisito partecipativo (*ex multis*, Cons. Stato, sez. III, 25 febbraio 2014, n. 887; 7 aprile 2014, n. 1636; sez. IV, 16 gennaio 2014, n. 135, sez. V, 20 dicembre 2013, n. 6125), ritenendo insufficiente allo scopo la sola e tautologica riproduzione nel testo del contratto di avvalimento della formula legislativa della messa a disposizione delle “risorse necessarie di cui è carente il concorrente” o espressioni equivalenti (*ex multis*, Cons. Stato, sez. III, 18 aprile 2011, n. 2344; sez. V, 6 agosto 2012, n. 4510; sez. IV, 16 gennaio 2014, n. 135; 17 ottobre 2012, n. 5340; sez. VI, 13 giugno 2013, n. 3310).

Con riferimento proprio all'avvalimento di garanzia, sostanzialmente invocato dalle appellanti, è stato ulteriormente ribadito (Cons. Stato, sez. III, 19 maggio 2015, n. 2539) che esso “... può spiegare...la funzione di assicurare alla stazione appaltante un partner commerciale con solidità patrimoniale proporzionata ai rischi di inadempimento contrattuale, solo se rende palese la concreta disponibilità attuale delle risorse e dotazioni aziendali da fornire all'ausiliata”.

5.2. Ciò posto, la sentenza impugnata non merita le critiche che le sono state mosse dalle appellanti.

Dalla lettura del contratto di avvalimento intercorso tra Nexive S.p.A., ausiliaria, e Nexive s.c. a r.l. non si evince alcuna indicazione di cosa effettivamente la prima abbia prestato alla seconda quale requisito di partecipazione alla gara, l'articolo 2 limitandosi, del tutto genericamente, a prevedere che “...l'ausiliaria...si obbliga a fornire all'impresa concorrente i propri requisiti come richiesti dalla Stazione Appaltante e sopra meglio individuati ed a mettere a disposizione della prima quanto richiesto per l'esecuzione del contratto di appalto...per tutta la durata dello stesso”, con una formulazione sostanzialmente simile a quelle già scrutinate negativamente dalla ricordata giurisprudenza.

Anche a voler condividere l'assunto delle appellanti sulla circostanza che nel caso di specie si è in presenza del prestito di un requisito immateriale e cartolare, proprio

per evitare che l'avvalimento si riducesse ad valore astratto sarebbe stato necessario indicare quanto meno i contratti o altri adeguati documenti, anche di carattere contabile, idonei a dar conto dell'effettivo raggiungimento della cifra relativa a servizi svolti nell'ultimo triennio per servizi analoghi in favore di amministrazioni, enti pubblici, società private a prevalente capitale pubblico, concessionari e agenti della riscossione.

Non giova poi alle appellanti addurre che nel caso di specie si sarebbe in presenza di un avvalimento infragruppo, Nexive S.p.A. controllando indirettamente (detenendo il 76% della partecipazione) Nexive s.r.l..

Secondo quanto disposto dalla lett. g) del comma 2 dell'art. 49 del D. Lgs. n. 163 del 2006, in caso di avvalimento infragruppo è prevista, come misura di semplificazione, solo che in luogo del contratto di avvalimento (di cui alla lett. f) l'impresa concorrente possa presentare una dichiarazione sostitutiva "attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo, dal quale discendono i medesimi obblighi previsti dal comma 5", fermo restando tuttavia la necessità dell'effettiva prova dei requisiti concretamente messi a disposizione, non essendo sufficiente a tal fine la mera allegazione dei legami societari, non foss'altro che per l'autonomia contrattuale di cui godono le singole società del gruppo (Cons. Stato, sez. IV, 20 novembre 2008, n. 5742; 16 febbraio 2012, n. 810).

Non può poi sottacersi che, nel caso di specie, la dichiarazione concernente il c.d. avvalimento infragruppo non risulta essere stata neppure effettivamente presentata, come necessario, in sede di partecipazione alla gara.

6. In conclusione, alla stregua delle osservazioni svolte, l'appello deve essere respinto e la sentenza deve essere confermata, sia pur nei sensi indicati in motivazione.

Le spese seguono la soccombenza, ma possono essere compensate per la metà in ragione della fondatezza del primo motivo di gravame nei rapporti tra le appellanti

e Poste Italiane S.p.A., e sono liquidate come in dispositivo; possono invece essere interamente compensate tra le appellanti e A.N.C.I. Toscana .

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello proposto da Nexive S.p.A., Snem S.p.A., Consorzio Stabile Olimpo e Nexive s.c. a r.l. avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Toscana, sez. I, n. 2083 del 22 dicembre 2014, lo respinge nei sensi di cui in motivazione.

Condanna le appellanti al pagamento in favore della appellata Poste Italiane S.p.A. delle spese del presente grado di giudizio che si liquidano per la metà in €. 2.500.00 (euro duemilacinquecento), oltre IVA, CPA ed altri accessori di legge, se spettanti; compensa per intero le spese del presente grado di giudizio tra le appellanti e A.N.C.I. Toscana.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/10/2015

IL SEGRETARIO

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