

N. 04985/2014REG.PROV.COLL.

N. 09129/2013 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9129 del 2013, proposto da:
Ecogreen S.r.l., in persona del legale rappresentante in carica rappresentato e difeso dagli avv.ti
Lorenzo Lentini, Antonio Melucci, con domicilio eletto presso Giuseppe Placidi in Roma, via
Cosseria N. 2;

contro

Autostrada Brescia-Verona-Vicenza-Padova Spa, in persona del legale rappresentante in carica,
rappresentato e difeso dagli avv.ti Giuseppe Biondaro, Pierangelo Mori Bontempini, con domicilio
eletto presso Salvatore Di Mattia in Roma, via F. Confalonieri 5;

nei confronti di

De Zottis Spa, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dall'avv.
Pierluigi Piselli, con domicilio eletto presso Pierluigi Piselli in Roma, via G. Mercalli 13;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. del Veneto –sede di Venezia- sezione I n. 01091/2013, resa tra le parti,
concernente affidamento servizio per lo svolgimento delle operazioni invernali di sgombero neve,
caricamento e spargimento cloruri miscelati

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell' Autostrada Brescia – Verona – Vicenza - Padova Spa e
di De Zottis Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 giugno 2014 il Consigliere Fabio Taormina e uditi per le parti gli avvocati Lentini, Biondaro e Vagnucci, per delega dell'Avv. Piselli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con la sentenza in epigrafe appellata, il Tribunale amministrativo regionale del Veneto – sede di Venezia – ha disatteso, dichiarandolo improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse, il ricorso principale di primo grado proposto dalla società odierna parte appellante Ecogreen volto ad ottenere l'annullamento del provvedimento con cui l'Amministrazione aveva disposto l'aggiudicazione definitiva per l'affidamento del servizio per lo svolgimento delle operazioni invernali di sgombrò neve, caricamento e spargimento cloruri miscelati lungo le Autostrade A4 Brescia Padova e A31 della Valdastico comprese le pertinenze esterne - lotto 4 in favore della controinteressata; della nota prot. LEG 17-2012-G022 del 22.10.2012, del verbale di gara con cui era stata disposta l'ammissione in gara e la consequenziale aggiudicazione provvisoria in favore della controinteressata; nonché di ogni atto annesso, connesso o presupposto.

Erano state ivi proposte tre macrocensure di violazione di legge ed eccesso di potere.

Il Tar ha tuttavia richiamato gli approdi di cui all'Adunanza Plenaria n. 4/2011 ed ha prioritariamente vagliato il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale di primo grado De Zottis Spa, accogliendo il primo motivo di ricorso incidentale (con il quale si era contestata la violazione della disciplina concorsuale in punto di dimostrazione dei requisiti di capacità, per non aver fornito, con una specifica elencazione idonea a fornirne un'esatta identificazione, i mezzi richiesti per la stessa partecipazione alla gara).

Il primo giudice ha in proposito richiamato la normativa di gara facendo presente che la lettera d'invito demandava espressamente all'allegata "Scheda 2- Requisiti di capacità" la definizione dei requisiti di partecipazione richiesti ai concorrenti ai fini dell'ammissione alla gara in esame.

Quanto alla capacità tecnica, la Scheda 2, al punto 3, richiedeva ai concorrenti di dichiarare di "avere a disposizione, siano essi di proprietà o noleggio, i seguenti mezzi per l'intera durata del contratto, come richiesto dall'art. 11 del Capitolato Speciale Descrittivo e Prestazionale".

L'elencazione dei mezzi così effettuata doveva essere accompagnata dalla dichiarazione del concorrente "di essere consapevole della veridicità di quanto riportato assumendosene la totale responsabilità", con valore di autocertificazione.

A sua volta, l'art. 11 del Capitolato Speciale stabiliva, al comma 7, che, "considerata la tipologia delle prestazioni che richiedono la disponibilità di mezzi preventivamente allestiti al bisogno ed omologati, in grado di intervenire con tempestività, l'esecutore che concorre all'affidamento dei servizi nel Lotto 4 dovrà dichiarare già in sede di offerta i seguenti mezzi: (...)", elencandone le

tipologie e le quantità richieste per ciascuna tipologia, e precisando altresì che “per ogni mezzo dovrà essere indicato il tipo, marca, potenza, portata, anno di prima immatricolazione, targa e/o codice univoco di identificazione”.

A tal ultimo proposito, il primo giudice ha manifestato il convincimento per cui l'essenzialità di detta specificazione (per ciascun mezzo), anche ai fini dell'esatta individuazione dell'oggetto della prestazione contrattuale messa a gara, veniva ulteriormente rimarcata dal penultimo e, ancor più, dall'ultimo capoverso del comma 7 dell'art. 11 in esame, secondo cui: “si prescrive pertanto che nessun mezzo sarà accettato dalla Direzione dell'Esecuzione del Contratto se: 1) immatricolato prima del 01.01.1985; 2) avente portata inferiore a 10 ton., per i mezzi adibiti al carico degli spargisale mobili, fissi e dell'irroratrice”.

Dagli atti di gara risultava che Eco Green s.r.l., nel compilare la suddetta Scheda 2, aveva dichiarato di avere a disposizione i mezzi come richiesti dall'art.11 del Capitolato, rimandando invero ad un “elenco allegato” ai fini della necessaria indicazione dei mezzi:tuttavia, nel documento a tal fine allegato Eco Green non aveva fornito alcun elenco di mezzi specifici che sarebbero stati nella propria disponibilità al fine di espletare il servizio, come invece espressamente richiesto dalle citate prescrizioni di legge di gara, limitandosi invero a riprodurre in maniera del tutto tautologica l'elenco tipologico dei mezzi richiesti riportato alle pagine 14 e 15 del Capitolato.

Ad avviso del Tar la suddetta omissione determinava senz'altro una manifesta, quanto insuperabile, violazione della disciplina concorsuale di gara in punto di dimostrazione dei requisiti speciali di capacità tecnica, da cui sarebbe dovuta discendere l'esclusione della odierna appellante dalla gara.

Neppure appariva accoglibile, in proposito, l'eccezione articolata dalla difesa della originaria ricorrente principale secondo la quale l'indicazione del tipo, marca, potenza, portata, anno di prima immatricolazione, targa e/o codice univoco di identificazione, dei mezzi da utilizzare per il servizio non era stata espressamente prevista a pena di esclusione.

Ciò in quanto, la richiesta di indicazione dei veicoli messi a disposizione per l'espletamento del servizio di cui alle citate disposizioni della legge di gara, rispondeva ad uno specifico interesse pubblico inerente l'oggetto e la natura del servizio messo a gara (per lo svolgimento del quale risulta essenziale”la disponibilità di mezzi preventivamente allestiti al bisogno ed omologati”), e, per altro verso, risultava perfettamente conforme al dettato dell'art. 42, comma 1, lettera h), del d.lgs. n. 163 del 2006, il quale ammetteva nel caso di appalti di servizi, che la dimostrazione della capacità tecnica e professionale dei concorrenti potesse essere fornita mediante una specifica “dichiarazione indicante l'attrezzatura, il materiale e l'equipaggiamento tecnico di cui il prestatore di servizi disporrà per eseguire l'appalto”, ossia mediante una descrizione delle attrezzature e dei materiali tecnici di cui il concorrente intende avvalersi, tale da consentirne una loro precisa individuazione già in sede di offerta, suscettibile di verifica ai sensi del successivo art. 48 (il cui esito negativo comportava la sanzione espulsiva).

Ad avviso del Tar l'omessa elencazione dei mezzi che in concreto sarebbero stati utilizzati per il servizio si era tradotta, al contempo, nel difetto di un requisito speciale per la partecipazione alla gara e in un'incertezza assoluta di un elemento essenziale dell'offerta, in quanto tale non suscettibile di alcuna “regolarizzazione” successiva da parte della stazione appaltante (pena la violazione della *par condicio* dei concorrenti), così da determinarne la necessaria esclusione dalla gara.

Accolto il mezzo incidentale, il ricorso principale di primo grado è stato dichiarato improcedibile.

Avverso tale decisione l'originaria ricorrente principale rimasta integralmente soccombente ha proposto un articolato appello.

Ivi si è criticata la decisione di primo grado, sia laddove si è limitata a vagliare la fondatezza del mezzo incidentale senza esaminare il ricorso principale, pur trattandosi di procedura evidenziale nell'ambito della quale erano state proposte solo due offerte (con ciò discostandosi sia dal *dictum* dell'Adunanza Plenaria n. 4/2011 che dalla più recente ed evoluta giurisprudenza, anche comunitaria) che nel merito.

Quanto a quest'ultimo profilo, ad avviso dell'appellante il ricorso incidentale di primo grado era infondato in quanto nessuna norma del bando, e men che meno assistita da sanzione espulsiva, onerava l'offerente a fornire lo specifico elenco dei mezzi, e l'art. 42 del TU appalti era stato evocato del tutto a sproposito.

Il Tar aveva errato nell'accogliere il detto mezzo.

Inoltre, l'appellante ha riproposto le censure contenute nel mezzo principale erroneamente non esaminate chiedendo che, quantomeno, venisse tutelato il proprio strumentale interesse ad ottenere l'esclusione dell'affidataria e, quindi, alla riedizione della procedura evidenziale.

Con il primo mezzo riproposto ha sostenuto la violazione da parte dell'aggiudicataria del disposto di cui agli artt. 41 e 42 del d.Lgs n. 163/2006, posto che essa soltanto in data successiva al termine di presentazione delle offerte (10.10.2012) ed all'aggiudicazione provvisoria aveva acquisito la disponibilità dei mezzi con i quali svolgere il servizio (i contratti di noleggio recavano data 15.10.2012), mentre il pregresso impegno ivi contenuto, risalente all'8.10.2012 non assumeva alcun rilievo.

Inoltre il noleggiatore deteneva i mezzi soltanto in virtù di *leasing* e, quindi, non poteva validamente disporre, per cui doveva concludersi che neppure l'aggiudicataria avrebbe potuto validamente impiegare i detti mezzi per lo svolgimento del servizio.

Con il secondo motivo ha sostenuto la violazione da parte dell'aggiudicataria del disposto di cui agli artt. 41 e 42 del d.Lgs n. 163/2006, in quanto, dei mezzi asseritamente "impiegabili" da questa indicata, ben cinque erano privi di revisione, ed altri sei erano adibiti a contemporaneo analogo servizio (e non si vedeva come potessero essere contemporaneamente impiegabili).

Con la terza censura ha infine ipotizzato la violazione dell'art. 75 del d.Lgs n. 163/2006, in quanto la garanzia prestata dall'appellata aggiudicataria si strutturava in una sola polizza, parametrata al lotto di maggior importo. Ciò sebbene la stessa avesse partecipato alle distinte gare bandite per ognuno dei sei lotti.

L'amministrazione appellata ha depositato una articolata memoria chiedendo la reiezione dell'appello perché infondato.

L'aggiudicataria appellata ha depositato una articolata memoria chiedendo la reiezione dell'appello perché infondato ed ha comunque riproposto gli ulteriori motivi del ricorso incidentale di primo grado non esaminati dal Tar perché assorbiti, volti a dimostrare che l'odierna appellante principale avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, versando in una condizione di irregolarità.

Nel merito, ha inoltre confutato i riproposti motivi dell'appello principale con i quali si era sostenuto che essa versava parimenti in una condizione di irregolarità tale da rendere necessaria la emissione di una statuizione espulsiva, sostenendone la infondatezza.

Quanto al primo di essi, nessuna norma del bando imponeva di avere la disponibilità dei mezzi già al momento dell'ammissione alla gara; quanto alla seconda doglianza, i mezzi, al momento della messa in opera, erano revisionati (a nulla rilevando che non lo fossero al momento della partecipazione alla procedura evidenziale).

Inoltre (quanto ai sei mezzi utilizzati "in contemporanea") il bando consentiva la sostituzione dei mezzi, di guisa che nessun vizio era ravvisabile.

Quanto (terza censura) alla garanzia prestata, ciascun concorrente non poteva che aggiudicarsi un solo lotto, e, pertanto, la cauzione doveva essere parametrata al lotto di valore maggiore (nel caso di specie il lotto 5).

All'adunanza camerale del 21 gennaio 2014 la Sezione con la ordinanza n. 00280/2014

ha respinto l'istanza di sospensione della esecutività della impugnata decisione alla stregua della considerazione per cui "Rilevato che, sebbene le censure - sia in rito che in merito - prospettate dalla odierna parte appellante necessitano di un accurato esame di merito, allo stato, ed in chiave cautelare, assume preponderante rilievo - quanto al *periculum in mora* - nel bilanciamento degli interessi, l'esigenza dell'Amministrazione a che sia garantita la continuità del servizio che è in pieno svolgimento durante la stagione invernale;".

Tutte le parti processuali, in vista della odierna udienza pubblica, hanno depositato scritti difensivi tesi a puntualizzare le rispettive censure ed eccezioni ed in particolare l'appellata ha sostenuto che il Tar non avrebbe dovuto esaminare il ricorso principale di primo grado, in quanto volto ad evidenziare vizi afferenti ad una fase procedimentale (requisiti di partecipazione dell'impresa) diversa da quella attinta dal ricorso incidentale (afferente alla carenza di elementi essenziali dell'offerta).

L'appellante principale ha sostenuto e ribadito la erroneità della sentenza di primo grado laddove non aveva esaminato l'appello principale.

Alla odierna pubblica udienza del 17 giugno 2014 la causa è stata posta in decisione dal Collegio

DIRITTO

1. L'appello principale è parzialmente infondato e va disatteso nei termini di cui alla motivazione che segue. Esso è fondato invece, nella parte in cui sostiene che la sentenza di primo grado avrebbe dovuto esaminare anche il ricorso principale di primo grado. Il Collegio, rimossa la statuizione di improcedibilità del ricorso principale di primo grado, ed esaminando quest'ultimo, ritiene che esso vada accolto e che pertanto vada annullata l'ammissione alla gara di entrambe le contendenti

2. Come anticipato prima, ritiene il Collegio che vada condivisa la considerazione contenuta nell'appello principale secondo cui la sentenza ha errato nel non esaminare nel merito (anche) il mezzo principale di primo grado a cagione dell'affermata fondatezza del ricorso incidentale. Invero, posto che erano state proposte soltanto due offerte, l'eventuale accoglimento del mezzo principale avrebbe tutelato lo strumentale interesse dell'odierna appellante alla riedizione della procedura evidenziale.

Tale opinamento – a prescindere da successivi indirizzi evolutivi che pure di seguito verranno richiamati- era già pacificamente desumibile dai principi contenuti nel *dictum* dell'Adunanza Plenaria n. 4/2011 cui il Tar aveva affermato di volersi rifare, in realtà discostandosene immotivatamente (si veda sullo specifico punto la più recente giurisprudenza T .A.R. Roma sez. III 16/12/2013 n.10863: “ove due imprese partecipanti alla gara abbiano impugnato l'atto di ammissione dell'altra, il giudice, qualunque sia il ricorso che esamini per primo e che ritenga fondato, deve esaminare anche l'altro ricorso, dando rilievo all'interesse strumentale di ciascuna impresa, sia essa ricorrente principale o incidentale, alla ripetizione della gara.”) .

Di tali principi il Collegio riafferma la validità (richiamando integralmente le condivisibili considerazioni proprio contenute nella detta decisione dell'Adunanza Plenaria n. 4/2011).

Ed è parimenti utile rammentare che, *in parte qua*, i suddetti approdi sono stati confermati dalla successive decisioni dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nn. 7, 9 e 10.

La sentenza di primo grado, quindi, non ha errato allorché ha esaminato per primo il ricorso incidentale in quanto teso a denunciare vizi attingenti la posizione dell'originario ricorrente principale non aggiudicatario sotto il profilo della carenza di elementi essenziali dell'offerta da questi presentata (Ad. Plen. n. 7/2013, punto 5.4.: “dalla piana lettura della più volte menzionata sentenza n. 4 del 2011, emerge in modo univoco che il discrimine è rintracciato nella introduzione, da parte del ricorso incidentale, di censure che colpiscono la mancata esclusione, da parte della stazione appaltante, del ricorrente principale -ovvero della sua offerta-, a causa della illegittima partecipazione di quest'ultimo alla gara o della illegittimità dell'offerta; tale situazione *lato sensu* di invalidità della posizione del ricorrente principale, deve scaturire dalla violazione di doveri o obblighi sanzionati a pena di inammissibilità, di decadenza, di esclusione -a titolo esemplificativo si pensi all'intempestività della domanda di partecipazione alla gara, alla carenza di requisiti soggettivi generali, di natura tecnica o finanziaria, ovvero di elementi essenziali dell'offerta”).

Detta statuizione di primo grado, però, si appalesa non corretta allorché non ha successivamente vagliato la fondatezza del mezzo principale.

Ne discende che la gravata sentenza vada sul punto riformata (il detto omesso esame del ricorso principale, come è noto, non è causa di annullamento con rinvio *ex art.* 105 del cpa) ed il Collegio si farà carico di esaminare in questa sede le riproposte (e non esaminate dal Tar) doglianze già contenute nel ricorso principale di primo grado.

Né dicasi (pagg.10 ed 11 della memoria di costituzione depositata dall'appellata in vista dell'adunanza camerale e pag. 4 della memoria datata 27 maggio 2014) che il ricorso principale di primo grado dovrebbe essere scrutinato solo allorché profili motivi di doglianza “identici” a quelli proposti in via incidentale ovvero incidenti sulla stesso segmento della gara e che, quindi, non essendosi inverata nel caso di specie tale condizione, bene avrebbe fatto il Tar a non esaminare il detto mezzo.

Tale restrittiva interpretazione non è accolta dalla recente decisione dell'adunanza Plenaria n. 9/2014; si ritiene che –ove siano in gara soltanto due concorrenti, come nel caso di specie- l'interesse strumentale alla ripetizione della gara debba essere tutelato.

Ivi infatti è rimasto accertato che <<nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, sussiste la legittimazione del ricorrente in via principale - estromesso per atto dell'Amministrazione ovvero nel corso del giudizio, a seguito dell'accoglimento del ricorso incidentale - ad impugnare l'aggiudicazione disposta a favore del solo concorrente rimasto in gara,

esclusivamente quando le due offerte siano affette da vizio afferente la medesima fase procedimentale come precisato in motivazione>>>.

L'Adunanza Plenaria, infatti, interrogandosi sul contenuto di "motivo di natura identica" contenuto nella nota sentenza della Corte di Giustizia, Sez. X, 4 luglio 2013, C-100/12 Fastweb ha precisato infatti che <<nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, sussiste la legittimazione del ricorrente in via principale - estromesso per atto dell'Amministrazione ovvero nel corso del giudizio, a seguito dell'accoglimento del ricorso incidentale - ad impugnare l'aggiudicazione disposta a favore del solo concorrente rimasto in gara, esclusivamente quando le due offerte siano affette da vizio afferente la medesima fase procedimentale come precisato in motivazione>>>.

La tesi dell'appellata secondo cui le condizioni per scrutinare il mezzo principale dovevano riposare nella denuncia di un vizio "identico" vanno pertanto decisamente disattese, e trattandosi di vizi afferenti il segmento procedimentale prodromico alla valutazione delle offerte (e pertanto ricadenti in una fase coincidente con quella relativa ai vizi denunciati a mezzo del ricorso incidentale di primo grado) esso doveva essere scrutinato.

I motivi di censura prospettati dall'appellante principale già in primo grado e non esaminati infatti, non attengono a segmenti procedimentali diversi, ma alla fase del possesso dei requisiti (e neppure a quella della comprova dei medesimi).

Il concetto di "identità" va riferito alla detta fase, e non in termini più restrittivi, alla natura del vizio denunciato e/o alle norme asseritamente violate.

Il ricorso principale di primo grado, pertanto, doveva essere esaminato, e di tale necessità si farà carico il Collegio, proprio perché sussistendo le condizioni scolpite sub art. 105 del cpa per l'annullamento con rinvio della sentenza di primo grado gravata..

3. Ciò premesso, e riformata in parte qua la sentenza di primo grado, in ordine logico il primo argomento dell'appello principale da scrutinare concerne la esattezza – o meno- della statuizione di primo grado accoglitiva del mezzo incidentale.

3.1. Essa, ad avviso del Collegio, resiste alle censure appellatorie.

3.2. Invero, è pacifico, ed è rimasto incontestato in punto di fatto, che l'appellante Eco Green s.r.l., nel compilare la Scheda 2, come da previsione del bando aveva dichiarato di avere a disposizione i mezzi come richiesti dall'art.11 del Capitolato, rimandando invero ad un "elenco allegato" ai fini della necessaria indicazione dei mezzi. In detto documento a tal fine allegato l'appellante non aveva fornito alcun elenco di mezzi specifici che sarebbero stati nella propria disponibilità al fine di espletare il servizio.

3.3. L'appellante non contesta la ricostruzione della *lex specialis* di gara nei termini rappresentati dal Tar: contesta che detta elencazione fosse richiesta e che, più ancora, dall'omissione potessero discendere conseguenze espulsive.

3.4. Il Collegio non concorda con tale argomentare.

L'art. 11 del Capitolato Speciale stabiliva, al comma 7, che, "considerata la tipologia delle prestazioni che richiedono la disponibilità di mezzi preventivamente allestiti al bisogno ed omologati, in grado di intervenire con tempestività, l'esecutore che concorre all'affidamento dei

servizi nel Lotto 4 dovrà dichiarare già in sede di offerta i seguenti mezzi: (...)”, elencandone le tipologie e le quantità richieste per ciascuna tipologia, e precisando altresì che “per ogni mezzo dovrà essere indicato il tipo, marca, potenza, portata, anno di prima immatricolazione, targa e/o codice univoco di identificazione”.

L’ultimo capoverso del comma 7 dell’art. 11 in esame, secondo cui: “si prescrive pertanto che nessun mezzo sarà accettato dalla Direzione dell’Esecuzione del Contratto se: 1) immatricolato prima del 01.01.1985; 2) avente portata inferiore a 10 ton., per i mezzi adibiti al carico degli spargisale mobili, fissi e dell’irroratrice”.

Tale prescrizione implica che la Stazione appaltante si riservava un penetrante controllo sui mezzi che l’offerente avrebbe indicato qual deputati a servire all’espletamento del servizio, stabilendo le specifiche caratteristiche degli stessi ed indicando quali “specifiche” *ex ante* sarebbero state ritenute idonee.

Ciò si raccorda ed armonizza quanto stabilito *sub* “Scheda 2- Requisiti di capacità” recante la definizione dei requisiti di partecipazione richiesti ai concorrenti ai fini dell’ammissione alla gara in esame laddove, proprio in punto di capacità tecnica, la detta Scheda 2, al punto 3, richiedeva ai concorrenti di dichiarare di “avere a disposizione, siano essi di proprietà o noleggio, i seguenti mezzi per l’intera durata del contratto, come richiesto dall’art. 11 del Capitolato Speciale Descrittivo e Prestazionale”.

Posto quindi che l’Amministrazione si era riservata il diritto-dovere di verificare il rispetto di capacità tecnica (potestà immanente in ogni procedura evidenziale), v’è da chiedersi come avrebbe potuto farlo laddove, come avvenuto effettivamente, la partecipante offerente avesse ommesso di produrre l’elenco in grado di metterla in condizione di espletare il suddetto controllo.

3.4.1. Già sotto il profilo logico, l’obiezione dell’appellante è destituita di fondamento; affermare che essa non aveva alcun onere di produrre il detto elenco integra affermazione collidente con il bando e priva di consistenza sostanziale.

3.5. V’è di più, però. Detto principio generale, risulta in via generale normato *ex art.* 42 del TU contratti (D.Lgs. 12-4-2006 n. 163), laddove, come rettamete affermato dal primo giudice, si rinviene alla lett. h l’obbligo di produrre “per gli appalti di servizi, dichiarazione indicante l’attrezzatura, il materiale e l’equipaggiamento tecnico di cui il prestatore di servizi disporrà per eseguire l’appalto”.

Detto obbligo –ove inadempito- trova la sua sanzione *sub art.* 48 del predetto TU (“1. Le stazioni appaltanti prima di procedere all’apertura delle buste delle offerte presentate, richiedono ad un numero di offerenti non inferiore al 10 per cento delle offerte presentate, arrotondato all’unità superiore, scelti con sorteggio pubblico, di comprovare, entro dieci giorni dalla data della richiesta medesima, il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente richiesti nel bando di gara, presentando la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito. Le stazioni appaltanti, in sede di controllo, verificano il possesso del requisito di qualificazione per eseguire lavori attraverso il casellario informatico di cui all’articolo 7, comma 10, ovvero attraverso il sito del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti per i contratti affidati a contraente generale; per i fornitori e per i prestatori di servizi la verifica del possesso del requisito di cui all’articolo 42, comma 1, lettera a), del presente codice e’ effettuata tramite la Banca dati nazionale dei contratti pubblici di cui all’articolo 6-*bis* del presente Codice. Quando tale prova non sia fornita, ovvero non confermi le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell’offerta, le stazioni appaltanti procedono all’esclusione del concorrente dalla gara, all’escussione

della relativa cauzione provvisoria e alla segnalazione del fatto all'Autorità per i provvedimenti di cui all'articolo 6 comma 11. L'Autorità dispone altresì la sospensione da uno a dodici mesi dalla partecipazione alle procedure di affidamento.

1-bis. Quando le stazioni appaltanti si avvalgono della facoltà di limitare il numero di candidati da invitare, ai sensi dell'articolo 62, comma 1, richiedono ai soggetti invitati di comprovare il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente richiesti nel bando di gara, presentando, in sede di offerta, la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito in originale o copia conforme ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445. Non si applica il comma 1, primo periodo.

2. La richiesta di cui al comma 1 è, altresì, inoltrata, entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara, anche all'aggiudicatario e al concorrente che segue in graduatoria, qualora gli stessi non siano compresi fra i concorrenti sorteggiati, e nel caso in cui essi non forniscano la prova o non confermino le loro dichiarazioni si applicano le suddette sanzioni e si procede alla determinazione della nuova soglia di anomalia dell'offerta e alla conseguente eventuale nuova aggiudicazione.”) il cui comma primo è chiarissimo nel prevedere che l'inottemperanza sia assistita da sanzione espulsiva.

3.6. Riepilogando quindi: l'inottemperanza vi fu; essa atteneva direttamente ai requisiti di capacità tecnica ed alla possibilità per la stazione appaltante di controllarne il rispetto (cfr. la prescrizione sulla data di immatricolazione “ammissibile”) non v'era ragione né alcun bisogno che il bando specificasse che dall'inottemperanza discendesse una sanzione espulsiva, essendo tale prescrizione prevista *ex lege*.

3.7. Né dicasi, in ultimo, che *in subiecta materia* sarebbe stato esercitabile od utilmente invocabile il c.d. dovere di soccorso istruttorio di cui al successivo art. 46 del TU, posto che, se è vero che la più recente giurisprudenza amplia tale fattispecie, affermando che “da una lettura combinata dei due commi dell'art. 46, d.lg. n. 163 del 2006 si ricava la conclusione che l'esclusione dalla gara può essere disposta dall'Amministrazione solo in presenza delle fattispecie descritte nel comma 1 bis (incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali, violazione del principio di segretezza delle offerte) o, comunque, in caso di violazione di norme di divieto o di mancato adempimento di obblighi aventi una precisa fonte legislativa o regolamentare. In tal modo, viene escluso il potere della stazione appaltante di ampliare discrezionalmente la gamma degli adempimenti richiesti a pena di esclusione e, di conseguenza, viene meno il potere di autolimitare il campo di applicazione del dovere di «soccorso istruttorio» (*ex aliis* T.A.R. Roma –Lazio- sez. I 04/11/2013 n. 9376) è altresì pacifico che si verteva in una ipotesi di totale omessa indicazione di elementi essenziali afferenti la capacità tecnica (mezzi per eseguire il servizio messo a gara).

In proposito, la costante giurisprudenza (*ex aliis* T.A.R. Toscana 05/12/2013 n.1689) afferma che ove in una gara d'appalto per l'aggiudicazione di un contratto pubblico il concorrente non fornisca quantomeno un principio di prova sul possesso dei requisiti di capacità tecnica imposti dalla legge speciale, la stazione appaltante non può esperire il soccorso istruttorio. Questo infatti è subordinato all'esistenza di dichiarazioni effettivamente rese o di atti effettivamente presentati, ancorché in modo non pienamente intelligibile o senza l'osservanza dei requisiti di forma.

3.7.1. In disparte la considerazione che, nel rispetto del principio della parità di trattamento, l'invito alla regolarizzazione è una facoltà, non un obbligo dell'Amministrazione (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 10 maggio 2007, n. 2254), è insuperabile il rilievo che il rimedio della regolarizzazione documentale non si applica al caso in cui l'impresa concorrente abbia integralmente omesso la

produzione documentale richiesta, con la conseguenza che alla stazione appaltante è precluso di sopperire, con l'integrazione, alla totale mancanza di un documento richiesto. Anche alla luce della (ormai abbastanza opinabile) circostanza che la disposizione, relativa al c.d. potere di soccorso, deve considerarsi di stretta interpretazione, l'integrazione presuppone evidentemente che un materiale integrabile esista; non può dunque trovare applicazione quando questo sia radicalmente inesistente (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 28 dicembre 2011, n. 6965; Id., Sez. IV, 4 luglio 2012, n. 3925; Id., Sez. V, 6 agosto 2012, n. 4518).”.

L'approdo raggiunto dal Tar – e condiviso, come si è prima chiarito, dal Collegio – ha ricevuto *ex post* una significativa conferma dalle conclusioni raggiunte in punto di “dovere di soccorso” dalla prima richiamata decisione dell'adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 9 del 2013.

Ivi, infatti, si è condivisibilmente posto in luce che “il “potere di soccorso” sancito dall'art. 46, comma 1, del Codice dei contratti pubblici - sostanziandosi unicamente nel dovere della stazione appaltante di regolarizzare certificati, documenti o dichiarazioni già esistenti ovvero di completarli ma solo in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione, chiedere chiarimenti, rettificare errori materiali o refusi, fornire interpretazioni di clausole ambigue nel rispetto della par condicio dei concorrenti - non consente la produzione tardiva della dichiarazione o del documento mancanti o la sanatoria della forma omessa, ove tali adempimenti siano previsti a pena di esclusione dal medesimo Codice, dal regolamento di esecuzione e dalle leggi statali.”

E posto che nella fattispecie in esame mancava del tutto un documento (elenco mezzi) indispensabile per la stessa strutturazione dell'offerta, anche tale articolazione della doglianza va disattesa: nel caso di specie l'elenco era del tutto mancante; il mezzo principale va quindi integralmente disatteso nella parte in cui sostiene che il ricorso incidentale di primo grado era infondato.

Ciò implica, peraltro, la improcedibilità delle ulteriori censure già contenute nel ricorso incidentale di primo grado, assorbite dal Tar. e riproposte da parte appellata in via incidentale nell'odierno grado di giudizio tese a prospettare ulteriori ragioni che avrebbero resa necessaria l'esclusione dalla gara della ricorrente principale di primo grado ed odierna appellante principale .

4. La riaffermata fondatezza del ricorso incidentale di primo grado (ed infondatezza in parte qua dell'appello principale) non esonera il Collegio –per le già chiarite ragioni- a vagliare le censure già contenute nel ricorso principale, non esaminate dal Tar, e riproposte dall'odierna appellante principale.

4.1. Esse, lo si anticipa, sono in parte fondate.

4.2. Iniziando l'esame dalla terza censura, essa appare infondata, posto che la prescrizione del bando prevedeva esattamente un onere corrispondente alla condotta posta in essere da parte appellata (presentazione di una sola fideiussione, di percentuale rapportata all'importo del lotto di maggior consistenza cui la parte concorreva; non è contestato che tale fosse il lotto 5, sebbene l'appellante avesse partecipato alla selezione per tre lotti e che l'importo fosse stato correttamente dimensionato; la clausola del bando non è stata tempestivamente impugnata da alcuno (e neppure, espressamente, nell'odierno giudizio, per il vero); in ogni caso il *modus operandi* seguito dalla Stazione appaltante scongiurava gli inconvenienti prospettati nel mezzo in quanto la stazione appaltante escludeva via via le ditte che erano risultate maggiori offerenti di un lotto precedente, e quindi non v'era alcuna possibilità di contemporanea aggiudicazione e di contemporanea escussione di singole polizze fideiussorie; in ultimo, e con portata troncante, si rammenta che la condivisibile giurisprudenza ritiene che (Cons. Stato Sez. III, 05-12-2013, n. 5781) “nelle gare d'appalto, l'art. 75,

I e VI comma, D.Lgs. 163/2006 (Codice degli appalti), prescrive l'obbligo di corredare l'offerta di una garanzia pari al due per cento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di cauzione o di fideiussione, a scelta dell'offerente, a garanzia della serietà dell'impegno di sottoscrivere il contratto e quale liquidazione preventiva e forfettaria del danno in caso di mancata stipula per fatto dell'affidatario. La norma non prevede, però, alcuna sanzione di inammissibilità dell'offerta o di esclusione del concorrente per l'ipotesi in cui la garanzia in parola non venga prestata; a differenza di quanto prevede, invece, l'VIII comma dello stesso art. 75, con riferimento alla garanzia fideiussoria del 10 per cento dell'importo contrattuale per l'esecuzione del contratto, qualora l'offerente risultasse affidatario, garanzia che parimenti deve essere presentata unitamente all'offerta. Tale regola va applicata anche all'ipotesi in cui il concorrente abbia inteso avvalersi del beneficio di prestare la cauzione in misura ridotta, secondo quanto previsto dall'art. 75, VII, D.Lgs 175/2006, pur senza fornire la prova del possesso della certificazione ISO mediante la produzione documentale .“

4.3. La ulteriore censura (motivo riproposto n. 2) fondata sul contemporaneo impiego dei mezzi in altro appalto è del tutto destituita di fondamento in quanto attiene al *quomodo* della esecuzione del servizio medesimo (che, a quel che risulta, si è peraltro svolto in carenza di contestazione). Da un canto ipotizza una violazione afferente ad una fase addirittura successiva all'aggiudicazione e coincidente con l'esecuzione (e quindi il detto motivo non sarebbe scrutinabile, armonicamente alle conclusioni raggiunte da Ad. Plen. n. 9/2014 e prima sinteticamente richiamate) e, per altro verso, dilata la previsione del bando in termini del tutto non divisibili

4.4. Maggiore approfondimento, invece, merita la prima riproposta doglianza.

Si rammenta che con la medesima si sostiene che l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa in quanto contrariamente alla prescrizione del bando, non aveva la disponibilità dei mezzi offerti per la esecuzione del servizio alla data di presentazione dell'offerta. Osserva in proposito il Collegio quanto di seguito.

Il termine di presentazione delle offerte era fissato al 10 ottobre 2012: in data 8 ottobre 2012 la controinteressata De Zottis ha presentato la domanda indicando i mezzi di cui aveva la disponibilità.

Essa ha poi prodotto i contratti di noleggio, risalenti al 15 ottobre 2012.

I mezzi indicati nell'offerta (peraltro in parte sovrabbondanti rispetto alla richiesta) e quelli successivamente utilizzati per l'esecuzione dell'appalto coincidono per tipologia e, in ogni caso, l'art. 11 comma 6 del disciplinare consentiva la sostituzione degli autocarri.

In questo quadro cronologico, va vagliata la censura di parte appellante, che si struttura in due distinte articolazioni.

4.4.1. Secondo la prima di esse, l'aggiudicataria aveva violato la *lex specialis*, perché al momento della presentazione della domanda non aveva la disponibilità dei mezzi (acquisita soltanto il 15 ottobre 2012); per altro verso, vi sarebbe in concreto una ulteriore violazione, riposante nella circostanza che tre mezzi non erano di proprietà del noleggiante, ma da questi detenuti in *leasing*.

4.5. Ritene il Collegio sul punto di rilevare quanto segue.

La clausola del bando all'art. 11 ed in punto n. 2 della scheda di partecipazione prevedevano si dovesse dichiarare “di avere a disposizione..per l'intera durata del contratto”.

Non costituisce illazione, pertanto, l'affermazione secondo cui tale necessità di avere a disposizione i mezzi dovesse essere coincidente con la fase della presentazione delle offerte: e che ciò dovesse avvenire mercè un vincolo giuridico già perfezionatosi.

La dedotta illogicità di una simile previsione (che obbligherebbe il partecipante ad una gara a sottoscrivere onerosi contratti per mezzi dei quali non avrebbe alcuna necessità ove non si rendesse aggiudicatario) non sussiste, rientrando nella discrezionalità della Stazione appaltante quella di imporre che già al momento dell'offerta, l'offerente disponga dei mezzi utilizzabili per il servizio.

E neppure il tenore letterale della prescrizione osta ad una simile interpretazione: la lettera del bando era chiara, ed anche le prescrizioni di dettaglio, prima richiamate, in punto di "potere di controllo" dell'amministrazione si atualizzavano al momento della presentazione della domanda partecipativa

Il bando non può dunque essere inteso nel senso che la dichiarazione di impegno facesse riferimento alla successiva fase esecutiva e che in fase di presentazione dell'offerta costituisse diligente condotta (unicamente) quella di acquisire *ex ante* l'obbligazione del titolare dei mezzi a metterli a disposizione del noleggiatore per il caso in cui questi avesse vinto la gara.

Peraltro, come si è visto dianzi allorchè si è disattesa la censura primaria contenuta nell'appello principale, l'anticipata indicazione consentiva all'Amministrazione di effettuare il controllo documentale: ma all'evidenza esso doveva svolgersi sui mezzi già posseduti dalla offerente. Ed il possesso doveva essere inverato alla data di presentazione della domanda, e non successivamente.

4.5.1. Si osserva peraltro e conclusivamente sul punto, che la stessa stazione appaltante, lealmente, ha espresso nel corso della discussione avvenuta nell'odierna udienza pubblica, la necessità che si pervenisse ad una interpretazione univoca del bando: ove si fosse acceduto ad una interpretazione "flessibile" essa avrebbe dovuto riguardare la posizione di entrambe le contraenti palesemente accomunate in punto di fatto. Lo stesso dicasi ove si fosse pervenuti ad una interpretazione "rigida" aderente al dato letterale.

Il Collegio ha privilegiato detta impostazione in ultimo enunciata con riguardo alla posizione di Ecogreen: sarebbe incongruo applicare un diverso metro di giudizio per la ditta De Zottis.

Ciò sarebbe sufficiente all'accoglimento del ricorso incidentale di primo grado: alla data di presentazione della domanda l'aggiudicataria non aveva la disponibilità dei mezzi.

4.5.1. Per completezza si evidenzia che anche la seconda articolazione della censura persuade il Collegio: è ben vero che già nel bando era previsto che i mezzi potessero essere noleggiati, ma era da essa implicitamente evincibile che il noleggiante dovesse esserne proprietario: la circostanza che 3 di essi fossero in regime di *leasing* non è idonea a desumere che tale disponibilità sussistesse a propria volta in capo al noleggiante.

Il Collegio condivide sul punto l'approdo cui è in passato pervenuto il Tar di Parma con la decisione n. 195/2012 citata anche da parte appellante principale, (ivi si è affermato che "deve ritenersi corretta la determinazione di non considerare sufficiente a dimostrare la "disponibilità" di mezzi l'allegazione di atti dai quali si evinca che i mezzi siano nella detenzione di un soggetto che non può validamente disporre poiché mero utilizzatore in forza di contratto di *leasing* finanziario") di guisa che anche sotto tale profilo il mezzo va accolto.

5. Alla stregua di quanto rilevato, doveva essere accolto in primo grado sia il ricorso incidentale che quello principale, e per l'effetto doveva essere annullata l'ammissione alla gara di entrambe le (uniche) partecipanti alla gara medesima, con conseguente illegittimità degli atti successivi e dell'aggiudicazione. La sentenza di primo grado, in parziale accoglimento del ricorso principale, va quindi in tal senso riformata.

6. Le spese processuali possono essere integralmente compensate a cagione della reciproca parziale soccombenza e della complessità della controversia.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, in parziale riforma della sentenza gravata, respinge in parte l'appello principale conferma la statuizione espulsiva nei confronti dell'odierno appellante principale e per l'effetto dichiara improcedibile l'appello incidentale; accoglie in parte l'appello principale e per l'effetto, esaminato il ricorso principale di primo grado, lo accoglie nei termini di cui alla motivazione che precede, con conseguente annullamento dell'ammissione in gara anche dell'aggiudicataria già ricorrente incidentale di primo grado.

Spese processuali compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 giugno 2014 con l'intervento dei magistrati:

Riccardo Virgilio, Presidente

Fabio Taormina, Consigliere, Estensore

Raffaele Potenza, Consigliere

Andrea Migliozi, Consigliere

Umberto Realfonzo, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/10/2014

IL SEGRETARIO

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