

N. 00179/2018REG.PROV.COLL.
N. 01107/2017 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente
SENTENZA

sul ricorso iscritto al numero di registro generale 1107 del 2017, proposto da:
Consorzio C. Scarl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso
dall'avvocato Sebastiano Capotorto, con domicilio eletto presso il suo studio in
Roma, via di San Domenico 20;

contro

R. C. S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso
dall'avvocato Sergio Cesare Cereda, con domicilio eletto presso lo studio
Ferdinando Maria De Matteis in Roma, via di Porta Pinciana, 4;

nei confronti di

Comune di Napoli, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso
dagli avvocati Fabio Maria Ferrari, Antonio Andreottola, Anna Pulcini, con
domicilio eletto presso lo studio Nicola Laurenti in Roma, via F. Denza N. 50/A;

***per la riforma della sentenza del T.A.R. CAMPANIA – NAPOLI, sez. IV, n.
5849/2016, resa tra le parti, concernente gara per espletamento attività di
supporto ai Comuni dell'ATEM Napoli 1 per l'affidamento del servizio di
distribuzione del gas naturale.***

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di R. C. S.r.l. e di Comune di Napoli;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 ottobre 2017 il Cons. Giuseppina Luciana Barreca e uditi per le parti gli avvocati Sebastiano Capotorto, Ferdinando De Matteis in dichiarata delega dell'avvocato Sergio Cesare Cereda, Anna Pulcini; Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza impugnata il Tar della Campania, sezione quarta, ha accolto il ricorso proposto dallo Studio Legale R. C. nei confronti del Comune di Napoli e del controinteressato Consorzio C., società consortile a r.l., per l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione definitiva, adottato in favore di quest'ultimo, con determinazione n. 14 del 18 luglio 2016, nella procedura di gara per l'affidamento del servizio relativo all'«*attività di supporto tecnico-giuridico ai Comuni deleganti dell'ATEM Napoli 1 per la determinazione del valore di rimborso al gestore uscente e per l'espletamento delle funzioni locali di cui agli artt. 2 e 9 del D.M. 226/11 per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale*»»; per l'effetto, ha annullato gli atti impugnati, nei limiti dell'interesse, come da motivazione, anche ai fini del conseguimento da parte della ricorrente della posizione di aggiudicataria; ha dichiarato inefficace il contratto eventualmente stipulato tra il Comune di Napoli ed il Consorzio C.; ha condannato questi ultimi al pagamento delle spese di lite in favore dello Studio Legale R. C..

1.1. Il Tar ha accolto il secondo motivo di ricorso –a carattere assorbente- col quale si censurava la mancata dimostrazione del requisito di capacità tecnico-organizzativa previsto dall'art. 8.3. , lett. a), del disciplinare, consistente nell'aver eseguito «*con buon esito, nell'ultimo quinquennio, per conto di Pubbliche Amministrazioni o di Società a partecipazione pubblica, [...] una o più prestazioni analoghe a quella oggetto della gara (incarico di assistenza per l'affidamento in gara dell'attività di distribuzione del gas e/o di valutazione degli impianti di distribuzione nei comuni) per un totale complessivo di almeno 130.000 pdr (punti di riconsegna)*»». In particolare, è stata ritenuta fondata la censura

secondo cui uno degli incarichi dichiarati dal Consorzio (quello conferito da I. S.p.a.), determinante per raggiungere il monte di 130.000 PDR, non era ancora ultimato (dunque non si sarebbe potuto ritenere <<svolto>> ai fini di quanto richiesto dal bando) alla data del 24 novembre 2015 (termine utile desumibile dal bando). Il Tar è pervenuto a questa conclusione sulla base di un certificato rilasciato da I. S.p.a. in data 17 dicembre 2015, dal quale si evinceva che a questa data l'incarico era ancora in corso di esecuzione.

2. Per ottenere la riforma di questa sentenza ha proposto appello il Consorzio C. (C.).

La società R. C. S.r.l. (già Studio Legale R. C.) si è costituita per resistere al gravame ed ha riproposto, ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm., gli originari motivi di ricorso non esaminati dal Tribunale perché ritenuti assorbiti.

Si è costituito anche il Comune di Napoli, prestando adesione alle ragioni dell'appellante.

Con ordinanza cautelare del 13 aprile 2017 n. 1551 questa Sezione ha sospeso l'esecutività della sentenza, ai sensi dell'art. 98 Cod. proc. amm.

In vista dell'udienza fissata per il merito le parti hanno depositato memorie e repliche.

Alla pubblica udienza del 26 ottobre 2017 la causa è stata trattenuta in decisione.

3. L'appellante – denunciando “*Erronea interpretazione del punto 13.6 del disciplinare di gara. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 42 del d.lgs. n. 163/06. Violazione della par condicio competitorum*”- deduce che:

-- per partecipare alla procedura, era necessario dimostrare, ai sensi del punto 13.6 del disciplinare di gara, di aver svolto con buon esito una o più prestazioni di <<assistenza per l'affidamento in gara dell'attività di distribuzione del gas>> e/o di <<valutazione degli impianti di distribuzione nei comuni>> sino al raggiungimento della soglia minima di 130.000 punti di riconsegna, con prestazioni, quindi, poste in

alternativa, sicché al concorrente era consentito dimostrare di avere svolto attività riconducibili anche ad una sola delle categorie descritte dall'Amministrazione;

- il Consorzio, pur potendo avvalersi di altre esperienze professionali, ha indicato il servizio prestato a favore di I. S.p.a. (società interamente pubblica, braccio operativo del Comune di Venezia nella realizzazione di opere e infrastrutture di manutenzione urbana ed edilizia) perché garantiva un elevato numero di PDR ed i <<servizi ausiliari per la gara di affidamento del servizio di distribuzione del Gas dell'Atem Venezia 1 – Laguna Veneta>> svolti dal Consorzio corrispondevano ampiamente alle richieste della stazione appaltante, includendo attività tanto di assistenza quanto di valutazione degli impianti;

- le attività di valutazione e stima degli impianti (proprio quelle richieste dal disciplinare di gara in alternativa o insieme all'assistenza per l'affidamento in gara dell'attività di distribuzione del gas) svolte a favore di I. S.p.a. si sono concluse prima della scadenza fissata dal Comune di Napoli per la presentazione delle offerte (24 novembre 2015);

- a riprova di ciò, la certificazione rilasciata da I. S.p.a. in data 17 dicembre 2015, prodotta nel giudizio di primo grado, attesta il rilascio della fattura n. 5 del 9 luglio 2015 <<a 60 giorni dall'affidamento dell'incarico ed al momento della consegna della valutazione del VIR>>, sicché è dimostrato che al 9 luglio 2015 il Consorzio aveva completato le proprie prestazioni di valutazione degli impianti di distribuzione dei Comuni appartenenti all'ambito, consegnando la stima dei VIR ("valore industriale residuo");

- ad essere intervenuto dopo la scadenza del termine del 24 novembre 2015, fissato dal Comune di Napoli, è stato, quanto all'incarico conferito da I. S.p.a., soltanto il completamento dell'insieme di tutte le attività e prestazioni previste nel "Foglio Condizioni" del contratto, necessarie per la pubblicazione degli atti di gara, tanto è vero che il bando è stato pubblicato il 29 dicembre 2015, mentre le attività preliminari erano state completate prima.

Ad ulteriore conforto di queste deduzioni l'appellante ha allegato un'attestazione, in data 24 gennaio 2017, integrativa del certificato di regolare esecuzione a suo tempo rilasciato e prodotto in giudizio, da cui risultano i servizi svolti dal Consorzio in riferimento al contratto stipulato con I. S.p.a. ed, in particolare, la consegna a giugno 2015 degli esiti dell'attività di valutazione delle reti per un numero di punti di riconsegna 211.605 e l'approvazione della valutazione delle reti con delibera di G.C. del 19 ottobre 2015 del Comune di Venezia.

Il Consorzio C. (C.) conclude chiedendo che la sentenza sia riformata nella parte in cui ha affermato che le prestazioni contrattuali in favore di I. S.p.a. fossero ancora in corso di svolgimento alla data fissata nel bando e che perciò si ritenga la sussistenza del requisito di capacità tecnico-organizzativa alla data del 24 novembre 2015, con accoglimento dell'appello e rigetto del ricorso proposto in primo grado.

3.1. Il motivo è fondato.

Il testo dell'art. 8.3., lett. a), del disciplinare è quello sopra riportato e non è in contestazione che vada interpretato nel senso che il quinquennio di riferimento andasse dal 24 novembre 2010 al 24 novembre 2015 (data di pubblicazione del bando).

E' invece contestato tra le parti quali dovessero essere le *<<prestazioni analoghe a quelle oggetto di gara [...] per un totale complessivo di almeno 130.000 pdr (punti di riconsegna)>>* già *<<eseguite con buon esito>>* nell'ambito del detto quinquennio.

La norma del disciplinare specifica le prestazioni spendibili nei seguenti termini: *<<incarico di assistenza per l'affidamento della gara dell'attività di distribuzione del gas e/o di valutazione degli impianti di distribuzione nei comuni>>*.

Secondo l'appellante le due categorie di servizi si dovrebbero considerare separatamente; secondo l'appellata contro-interessata, invece, l'incarico dovrebbe essere considerato unitariamente, in quanto il *<<buon esito>>* richiesto dal bando avrebbe potuto essere attestato dalla stazione appaltante soltanto ad ultimazione di tutte le prestazioni richieste.

Il Collegio ritiene che questa seconda interpretazione, fatta propria dal Tar, non sia conforme alla lettera del disciplinare, interpretata tenendo conto altresì dei principi volti a favorire la massima partecipazione alle gare di appalto e la *par condicio* tra i concorrenti.

Il testo del disciplinare di gara pone le due categorie di servizi in alternativa tra loro, di modo che il requisito si sarebbe potuto riconoscere anche nei confronti di concorrenti che avessero svolto esclusivamente attività di assistenza ovvero attività di valutazione degli impianti; con la conseguenza che, pretendere l'avvenuto svolgimento di entrambe le tipologie di prestazioni, in caso di incarico cumulativo, come quello affidato da I. S.p.a. al Consorzio, anche quando, come nel caso di specie, è possibile distinguere i tempi di svolgimento dell'una e quelli dell'altra, finirebbe per svantaggiare proprio i concorrenti affidatari di un incarico più ampio rispetto a coloro che avessero svolto soltanto servizi di valutazione.

In senso contrario non pare decisivo l'argomento speso dalla società controinteressata, basato sulla necessaria attestazione del <<buon esito>> dell'incarico complessivamente considerato, da intendersi perciò come interamente svolto in favore di altra p.a. o di società a partecipazione pubblica. Come argomentato dal Comune di Napoli, il disciplinare di gara non richiedeva che le prestazioni pregresse fosse comprovate mediante certificato di ultimazione dei lavori ai sensi dell'art. 309 del d.P.R. n. 207 del 2010, essendo sufficiente allo scopo un'attestazione <<con l'indicazione del committente, del periodo di riferimento, dell'oggetto e del numero di pdr>> (cfr. art. 13.6 del disciplinare).

Va perciò risolta positivamente per il C. l'unica vera questione giuridica posta dal motivo in esame, concernente l'idoneità del servizio di valutazione degli impianti ad integrare il requisito richiesto dal disciplinare, pur avendo costituito solo una parte delle prestazioni oggetto del contratto stipulato con altra stazione appaltante.

3.2. Prive invece di spessore giuridico sono le ulteriori censure svolte dall'appellata, attinenti la produzione documentale della controparte.

La R. C. S.r.l. esordisce, sul punto, affermando che il Consorzio non avrebbe fornito alla stazione appaltante gli <<elementi>> idonei ad attestare di avere svolto prima del 24 novembre 2015 le attività utili alla qualifica e prosegue sostenendo che il C. non avrebbe fornito nemmeno nel giudizio avanti al Tar <<gli elementi sui quali fondare le asserzioni fatte>>.

Malgrado la confusione ingenerata dalle argomentazioni della ricorrente in primo grado -cui, come si dirà, si sovrappongono quelle ulteriori, concernenti il documento prodotto in appello-, la dimostrazione del requisito fornita alla stazione appaltante, ai sensi dell'art. 48, comma 2, d.lgs. n. 163 del 2006, va tenuta distinta dalla prova fornita in giudizio.

Della documentazione richiesta dall'art. 13.6 del disciplinare a comprova del requisito di capacità tecnico-organizzativa dichiarato dai concorrenti, si è già detto. Conforme alla previsione del disciplinare è il certificato del 27 gennaio 2016 (prodotto in primo grado dal Comune di Napoli), rilasciato da I. S.p.a. ed acquisito direttamente dal RUP, ai sensi di quanto previsto dal verbale di gara n. 1, allegato alla determina di aggiudicazione n. 14 del 18 luglio 2016. Si tratta di un certificato di ultimazione dei lavori, indirizzato alla stazione appaltante, contenente l'attestazione dei servizi oggetto del contratto stipulato dal C. con I. S.p.a., del buon esito degli stessi, del numero dei punti di riconsegna (pari a 211.605), del completo espletamento delle prestazioni, con la pubblicazione del bando di gara in data 29 dicembre 2015 (con la menzione della fattura n. 5 del 9/7/2015, emessa <<[...] *al momento della consegna delle valutazioni del VIR*>>, su cui *infra*).

A seguito della contestazione in giudizio del dato concernente l'epoca di consegna della valutazione degli impianti -non espressamente attestato dal certificato indirizzato al Comune di Napoli, ma nemmeno da questo contraddetto (atteso che la pubblicazione del bando di gara alla data del 29 dicembre 2015 presupponeva che fossero state completate con un certo anticipo le attività preliminari e propedeutiche di stima) - il C. ha prodotto il certificato, rilasciato da I. S.p.a. il 17

dicembre 2015, che è stato considerato dal Tar. Il primo giudice (valorizzando il fatto che nel certificato è detto che il contratto non è <<ancora completamente espletato>>, poiché –per quanto risulta dal successivo certificato di cui sopra- il bando di gara sarebbe stato pubblicato in data 29 dicembre 2015) ha trascurato che vi è però attestata l'emissione della fattura n. 5 del 9 luglio 2015 (in corrispondenza, come riportato nel “Foglio Condizioni” del << [...] *momento della consegna della valutazione del VIR*>>). Questa attestazione consente di collocare le attività di valutazione degli impianti in epoca di gran lunga precedente la scadenza del 24 novembre 2015.

Non rileva che tale dato emerga soltanto in via indiretta, mediante rinvio ad una fattura emessa dallo stesso Consorzio interessato. Il successivo certificato del 27 gennaio 2016 è stato infatti rilasciato a completamento di tutti i lavori oggetto del contratto; questo - acquisito dalla stazione appaltante in sede di verifica dei requisiti, ai sensi dell'art. 48, comma 2, del d.lgs. n. 163 del 2006- nel dare conto del <<buon esito>> dell'appalto nella sua interezza, non può che comprovare anche il buon esito delle prestazioni oggetto della fattura n. 5 del 9 luglio 2015; le risultanze di quest'ultima, quindi, da tale certificato traggono conferma, e non certo smentita, così come consentono di escludere qualsivoglia contestazione dei lavori oggetto della detta fattura (apoditticamente ipotizzata dall'appellata).

A quanto sin qui detto si aggiunga che il ricorrente, l'allora Studio Legale R. C., oggi R. C. S.r.l., non ha addotto in giudizio alcun elemento atto a smentire il dato oggettivo della consegna dei risultati dell'attività di valutazione degli impianti in epoca precedente il 24 novembre 2015.

Essendo questo un dato di fatto, in sé, non contestato, né contestabile, risultano infine, pretestuosi gli argomenti spesi dalla R. C. S.r.l. per sostenere l'inammissibilità, ai sensi dell'art. 104, comma 2, Cod. proc. amm., del documento prodotto dal C. nel presente grado di appello.

Questo documento consiste in un attestato rilasciato in data 24 gennaio 2017, col quale vengono esplicitate le prestazioni oggetto del contratto d'appalto <<per il servizio di assistenza tecnico amministrativa e legale alla società I. SPA nell'ambito delle attività espletate per conto dell'Amministrazione Comunale di Venezia per il buon esito della gara di affidamento della distribuzione del gas dell'ATEM Venezia 1 – Laguna Veneta – CIG (.....)>>. La stazione appaltante attesta inoltre il rispetto delle tempistiche prescritte ed in particolare che le attività di valutazione delle reti per un numero di punti di riconsegna 211.605 <<sono state eseguite in piena ed integrale autonomia dal Consorzio C., e sono state consegnate ad I. Spa a giugno 2015. La valutazione delle reti è stata approvata con delibera di G.C. del 19.10.2015 del Comune di Venezia. La fattura n. 5 del 09.07.2015, emessa dal medesimo C. dopo l'esecuzione delle prestazioni come sopra specificamente indicate, è stata regolarmente pagata da questa Società committente>>.

Il documento non ricade nel divieto di produzione di nuovi documenti di cui all'art. 104, comma 2, Cod. proc. amm., poiché non costituisce un nuovo mezzo di prova documentale, vale a dire un documento precostituito che fosse nella disponibilità della parte e che non sia stato tempestivamente acquisito al processo a causa della colpevole inerzia di quest'ultima; non fornisce, per la prima volta, in giudizio la prova documentale di fatti, in precedenza dedotti e non provati; né contiene un provvedimento amministrativo dei cui effetti la parte appellante intenda avvalersi e del quale perciò avrebbe dovuto curare la produzione tempestiva nel primo grado.

La nota rilasciata da I. S.p.a. contiene piuttosto delle informazioni che, in quanto volte a chiarire ed integrare i documenti già prodotti prima e nel corso del giudizio di primo grado, avrebbero potuto essere acquisite d'ufficio, anche in appello, ai sensi degli artt. 63, comma 2, e 64, comma 3, Cod. proc. amm.

D'altronde, l'unico dato ulteriore, emerso a seguito della produzione nel giudizio di appello, è costituito dall'approvazione della valutazione delle reti con delibera di G.C. del 19 ottobre 2015 del Comune di Venezia: all'evidenza, quest'ultima

circostanza è meramente confermativa del dato, già emerso, concernente il completamento delle prestazioni di valutazione degli impianti in epoca precedente il 24 novembre 2015.

A maggior ragione si appalesa infondata l'eccezione di inammissibilità della produzione, formulata dall'appellata con riferimento all'art. 48, comma 2, del d.lgs. n. 163 del 2006. Non si tratta di documento che comprova il possesso del requisito di capacità tecnico-organizzativa ai fini della norma citata (per la quale la stazione appaltante aveva acquisito il già menzionato certificato del 27 gennaio 2016), ma ha soltanto lo scopo di chiarire la portata di circostanze di fatto già desumibili dal materiale istruttorio.

3.3. Quanto fin qui detto sul contenuto della prova documentale, in primo grado ed in appello, vale non solo con riferimento alla data di completamento delle prestazioni di valutazione delle reti, ma anche con riferimento alle modalità di svolgimento di queste prestazioni in favore di I. S.p.a.

Infatti, con l'originario secondo motivo di ricorso -riproposto per questo profilo (non esaminato dal Tar) ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm.- lo Studio Legale R. C. ha sostenuto che l'attività svolta dal C. per conto di I. S.p.a. non corrisponderebbe a quella richiesta dall'art. 8.3., lett. a), del disciplinare di gara, in quanto il Consorzio si sarebbe limitato ad affiancare e supportare la stazione appaltante; quindi non avrebbe effettuato autonomamente e integralmente la valutazione economica, la stima e la perizia dei cespiti di distribuzione del gas, ma avrebbe semplicemente funto da supporto ad un ufficio interno della stazione appaltante istituito ad hoc per predisporre la gara di affidamento del servizio di distribuzione del gas.

L'assunto è destituito di fondamento.

La lettera di invito predisposta da I. S.p.a. (dalla quale poi è scaturito l'incarico dichiarato nella gara per cui è processo), la dichiarazione resa dal C. nell'istanza di partecipazione alla gara indetta dal Comune di Napoli ed i certificati di regolare

esecuzione rilasciati dalla stessa I. S.p.a. (sia quello del 17 dicembre 2015 che quello del 27 gennaio 2016, quindi anche prescindendo dal contestato certificato del 24 gennaio 2017) non autorizzano la lettura minimizzante della portata dell'incarico, nella quale continua ad insistere l'appellata.

La procedura di gara oggetto del presente giudizio riguarda l'«attività di supporto tecnico-giuridico ai Comuni deleganti dell'ATEM Napoli 1 per la determinazione del valore di rimborso al gestore uscente e per l'espletamento delle funzioni locali di cui agli artt. 2 e 9 del DM 226/11 per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale».

La procedura ad evidenza pubblica indetta da I. S.p.a., conclusa con la stipulazione del contratto del 25 maggio 2015, aveva oggetto pressoché coincidente con quest'ultimo, per come fatto palese sia dall'intitolazione del bando di gara sopra riportata, sia dal “foglio condizioni”.

D'altronde, questo oggetto è conforme a quanto richiesto dall'art. 8.3, lett. a), del disciplinare, il cui testo, sopra riportato ed esaminato, rendeva sufficiente l'espletamento di «una o più prestazioni analoghe a quella oggetto della gara».

Nell'interpretare questo articolo va tenuto presente il fatto notorio che i servizi in questione -sia quello richiesto dal Comune di Napoli, che quello richiesto da I. S.p.a., nonché gli altri analoghi servizi dichiarati dai concorrenti nella gara in contestazione- attengono agli adempimenti necessari per indire le gare per il servizio di distribuzione gas, ai sensi della normativa di settore, a cui i Comuni non sono in grado di fare fronte con risorse interne e per i quali si avvalgono di soggetti esterni specializzati –quali risultano essere entrambe le imprese parti del presente giudizio; a questi soggetti demandano, tra l'altro, lo svolgimento delle attività propedeutiche all'indizione delle future gare d'ambito: il requisito d'esperienza richiesto, pertanto, dall'una e/o dall'altra delle stazioni appaltanti non può che attenersi a siffatte attività. Rispetto agli adempimenti in questione, perciò, appare inconsistente la graduazione di responsabilità che l'appellata vorrebbe far discendere da termini come “supporto”, “affiancamento” *et similia*, generalmente

adottati dalle stazioni appaltanti al fine di individuare i servizi ausiliari alle attività di committenza.

In conclusione, l'appello principale va accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata va respinto il secondo motivo dell'originario ricorso.

4. Questa decisione comporta la necessità di delibare i motivi riproposti dall'appellata ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm.

4.1. Riproponendo il primo motivo del ricorso in primo grado (*Illegittimità dei provvedimenti impugnati per violazione di legge – Violazione dell'art. 41 d. lgs. n. 163/2006 – Violazione dell'art. 8.2. lett. a) del disciplinare di gara – Difetto di istruttoria – Eccesso di potere*), la R. C. S.r.l. sostiene l'inidoneità di una delle due referenze bancarie (quella rilasciata da Banca E.) a dimostrare la capacità economico-finanziaria del C., in quanto priva del contenuto minimo richiesto dalla *lex specialis* (art. 8.2., lett. a, del disciplinare) e dalla legge (art. 41 del d.lgs. n. 163 del 2006).

Il motivo è infondato.

La clausola in oggetto richiede, a pena di esclusione, quale requisito di capacità economico-finanziaria, <<*almeno due idonee referenze bancarie rilasciate (in originale) da istituti bancari o intermediari autorizzati ai sensi del d.lgs. 385/1993, che attestino la solidità finanziaria dell'impresa e la regolarità e puntualità nel far fronte agli impegni finanziari*>>.

La dichiarazione rilasciata dalla Banca E. segnala che <<*il Consorzio C. [...] ha avviato di recente rapporti su basi attive con il nostro istituto e non risultano elementi negativi o pregiudizievoli a suo carico*>>.

La precisazione finale, pur se non dettagliata, appare sufficiente ad attestare, in mancanza di elementi negativi a carico dell'impresa, la correttezza della stessa nei rapporti bancari; così come il riferimento a <<rapporti su basi attive>>, pur non esprimendo un vero e proprio giudizio di <<solidità finanziaria dell'impresa>> - peraltro difficilmente attestabile, come tale, da parte di un istituto bancario - ne presuppone la valutazione positiva della capacità economico-finanziaria. Ed invero, la clausola del disciplinare non è interpretabile nel senso rigoroso preteso dalla R.

C. S.r.l., come se la referenza bancaria potesse essere considerata idonea allo scopo soltanto se riferita ad un lungo arco temporale e se concernente la capacità dell'impresa di fare fronte a rapporti di debito: in primo luogo, non è richiesto che l'attestazione dovesse avere ad oggetto rapporti contrattuali intrattenuti per periodi di tempo determinati; in secondo luogo, nemmeno è richiesto che si trattasse di specifiche tipologie di rapporti (ed in specie, affidamenti, linee di credito e così via). In proposito, non è affatto insignificante che la banca abbia attestato la mancanza di elementi negativi o pregiudizievoli, proprio perché, contrariamente a quanto assume l'appellata, l'affermazione, non solo presuppone un giudizio di affidabilità dell'impresa, ma nemmeno può essere letta come se addirittura fosse stato negato al Consorzio l'accesso al credito per l'insussistenza di solidità economica, secondo quanto preteso dalla contro-interessata.

A quanto sin qui detto si aggiunga che la stazione appaltante ha giudicato le referenze bancarie conformi a quanto richiesto dal disciplinare e che il C. ha prodotto anche i bilanci degli anni 2012-2013-2014, a completamento ed integrazione della documentazione richiesta (anche al fine di dimostrare il possesso degli ulteriori requisiti di cui all'art. 8.2., lett. b e c), sicché, per un verso, non era affatto necessario che la stazione appaltante motivasse in merito alla necessità di fare ricorso ai bilanci ed in merito al loro esame analitico (sia perché dichiaratasi soddisfatta delle referenze bancarie sia perché la possibilità di fare ricorso ai bilanci era desumibile dall'inciso finale della stessa previsione del disciplinare, e comunque il Consorzio vi aveva provveduto *sua sponte*); per altro verso, la produzione spontanea da parte del C. è circostanza, di per sé, atta a smentire che i bilanci presentassero i risultati economici disastrosi asseriti dall'appellata. D'altronde, questi risultati non sono certo desumibili *prima facie* dai dati su cui si basa la difesa della R. C. S.r.l., tanto più che gli stessi dati sono contrastati da quelli, di segno contrario, su cui si basa la difesa del Consorzio (sviluppata, in appello, tra l'altro alle pagine da 26 a 28 della memoria difensiva).

Il motivo va perciò respinto.

4.2. Riproponendo il terzo motivo del ricorso in primo grado (*Illegittimità dei provvedimenti impugnati per violazione di legge – Violazione dell'art. 38, comma 1, lett. c) d.lgs. n. 163/2006 – Difetto di istruttoria – Errore manifesto - Eccesso di potere*), l'appellata censura la mancata esclusione del C. per violazione dell'art. 38 cit., atteso che il procuratore speciale, S. M., ha subito una condanna penale per il reato di irregolare e incompleta tenuta delle scritture contabili (art. 217, comma 2, R.D. n. 267 del 1942).

Il motivo è infondato, sia quanto all'asserita violazione di legge sia quando al dedotto difetto di istruttoria.

I fatti non sono controversi: il procuratore speciale di C., S. M., ha dichiarato in sede di gara di essere stato condannato in via definitiva dal Tribunale di Roma con sentenza del 27 giugno 2005 per il reato di tenuta irregolare o incompleta di scritture contabili (art. 217, comma 2, R.D. n. 267 del 1942); il reato era collegato al fallimento di una società avvenuto nel 2001; la pena inflitta fu di quattro mesi di reclusione, con sospensione condizionale e non menzione.

La condanna del dott. S. M. è stata dichiarata in sede di gara e quindi era nota alla stazione appaltante; essa non rientra tra quelle che comportano l'automatica esclusione dalla gara e presuppone la valutazione discrezionale della stazione appaltante. Sebbene non vi sia stata apposita motivazione, il giudizio di non rilevanza della condanna, nel caso di specie, non è illegittimo.

Quanto, infatti, all'omessa motivazione, va ribadito l'indirizzo giurisprudenziale, richiamato nelle difese del Consorzio, per il quale la motivazione di non gravità del reato può essere implicita o desumibile dagli elementi acquisiti agli atti, <<*non richiedendosi l'assolvimento di un particolare onere motivazionale, o con il richiamo implicito al titolo penale acquisito al procedimento amministrativo, attraverso il quale il giudice è comunque posto nelle condizioni di esercitare il controllo nei limiti del sindacato di legittimità estrinseco*

operabile su valutazioni fiduciarie riservate alla pubblica amministrazione>> (Cons. Stato, III, 3 dicembre 2015, n. 5481; id., V, 28 luglio 2015, n.3718).

Nel caso di specie, la data del commesso reato, l'entità della pena ed il contesto in cui i fatti ascritti si verificarono (del tutto estraneo al ruolo attualmente ricoperto dal S. M. nel C.), oltre che l'assenza di recidiva e la ricorrenza dei presupposti per la riabilitazione, sono elementi che depongono nel senso della correttezza del giudizio espresso dalla stazione appaltante, implicitamente desumibile dai verbali di gara.

Il motivo in esame va perciò respinto.

4.3. Riproponendo il quarto motivo dell'originario ricorso (*Illegittimità dei provvedimenti impugnati per violazione di legge – Violazione dell'art. 90, comma 8, d. lgs. n. 163/2006 – Violazione dell'art. 97 Cost. – Violazione dei principi comunitari di concorrenza, parità di trattamento e non discriminazione – Eccesso di potere*), l'appellata sostiene l'indebito vantaggio competitivo goduto da C. grazie allo svolgimento di un precedente incarico avente il medesimo contenuto di quello oggetto del presente contenzioso.

Il motivo è infondato.

Di regola, con riferimento all'appalto dei servizi, non è illegittima la posizione di vantaggio goduta dal concorrente che abbia svolto in passato, per la stessa stazione appaltante, un incarico analogo a quello oggetto della gara. Si tratta, infatti, di circostanza che, lungi dal poter costituire un indebito vantaggio, rientra nel bagaglio di esperienza spendibile dal concorrente, ove conforme ai requisiti di capacità tecnico-organizzativa richiesti dal bando. Argomentare nel senso preteso dall'appellata, significherebbe, per contro, introdurre un requisito ad effetto escludente, che avrebbe portata discriminatoria, poiché del tutto non giustificato dal pubblico interesse di affidamento dell'appalto all'impresa oggettivamente in grado di prestare il servizio alle migliori condizioni, tecniche ed economiche, possibili pur in ambito concorrenziale.

La giurisprudenza in senso apparentemente contrario citata dall'appellata (tra cui Cons. Stato, IV, 3 maggio 2011, n. 2650; id. 23 aprile 2012, n. 2402) si riferisce alla diversa ipotesi di incompatibilità sancita per legge tra gli incarichi di progettazione e gli incarichi di esecuzione dei lavori progettati, ai sensi dell'art. 90, comma 8, del d.lgs. n. 163 del 2006. Questa disposizione, incidendo sulla partecipazione dei soggetti alle gare, e quindi sulla libertà di impresa (oltre che sul principio di buon andamento, che riceve attuazione attraverso la più ampia partecipazione alle gare), deve essere interpretata in senso rigoroso, quanto alle ipotesi che possono comportare una incompatibilità, e quindi un divieto di partecipazione alla gara (in tal senso, Cons. Stato, VI, 13 febbraio 2004 n. 561). Si tratta quindi di norma applicabile al caso specifico in essa considerato, nonché ai soli casi affini in cui siano configurabili posizioni di vantaggio dipendenti da forme di contiguità con la stazione appaltante che abbiano consentito al soggetto di utilizzare informazioni riservate, falsando così la concorrenza (cfr. Cons. Stato, V, 15 gennaio 2008, n. 36). Nel caso di specie, non ricorre l'ipotesi espressamente prevista dal legislatore né una situazione affine cui estendere il principio generale di cui la norma citata è stata ritenuta essere espressione.

Inoltre, l'appellata non ha affatto dimostrato il proprio assunto. Non è stato provato che il Consorzio abbia svolto in passato il medesimo servizio per lo stesso ambito territoriale dell'ATEM Napoli 1 – Città di Napoli e Impianto costiero. Non sono infatti idonei allo scopo i generici riferimenti desunti da dichiarazioni rese ad altri fini dal medesimo Consorzio, mentre è mancata da parte appellata anche soltanto l'indicazione di specifiche deliberazioni e dei relativi accordi contrattuali.

Pure questo motivo va respinto.

4.4. Riproponendo il quinto motivo del ricorso in primo grado (*Violazione/falsa applicazione di legge, sub specie art. 8.3, lett. b), del disciplinare di gara, artt. 42 e 49 del D.lgs. 163/2006, art. 63 della Direttiva UE n. 24/2014; difetto di istruttoria – eccesso di potere*), l'appellata deduce la totale assenza di un legame giuridico (sotto forma di

contratto di avvalimento o d'altro tipo) fra i componenti del gruppo di lavoro e il C., in violazione della *lex specialis* e della legge.

Con la citata clausola del disciplinare si è preteso –quale requisito di capacità tecnico-organizzativa ex art. 42 del Codice- l'impegno del concorrente, <<*in caso di aggiudicazione, a mettere a disposizione per lo svolgimento dell'incarico un gruppo di lavoro, che deve essere garantito per l'intera durata dell'affidamento*>>, costituito da almeno un capo progetto, due esperti tecnici, un esperto legale ed un esperto economico finanziario, aventi i requisiti soggettivi e di esperienza per ciascuno specificati.

Sostiene l'appellata che la disponibilità dei soggetti indicati dalla concorrente sarebbe dovuta risultare <<*ancorata ad un solido rapporto giuridico*>> intrattenuto tra l'impresa e ciascuno dei professionisti incaricati di comporre il gruppo di lavoro, mentre l'offerta del Consorzio C. riporterebbe solo un generico riferimento ad accordi di *partnership* ed a rapporti di collaborazione, mancanti di qualsivoglia supporto documentale.

Inoltre, secondo l'appellata, il legame giuridico fra il singolo componente del gruppo (portatore dei requisiti di esperienza necessari per accedere alla gara) e il C. avrebbe dovuto assumere obbligatoriamente le forme del contratto di avvalimento ai sensi dell'art. 49 del d.lgs. n. 163 del 2006.

Aggiunge che quest'ultima norma dovrebbe essere interpretata in modo conforme al disposto dell'art. 63 della Direttiva UE n. 24 del 2014 (in vigore al momento della pubblicazione del bando e, benché ancora in via di recepimento nell'ordinamento interno, fonte di un obbligo di “interpretazione conforme” da parte dei giudici nazionali).

Il motivo è infondato.

Il disciplinare di gara non richiede che il rapporto tra l'impresa concorrente e le figure professionali indicate come componenti del gruppo di lavoro rinvenga la sua fonte in una o più determinate tipologie contrattuali, dalle quali prescinde del tutto.

Pertanto, va escluso che, nell'indicare i componenti del gruppo di lavoro, l'impresa concorrente dovesse anche specificare e, men che meno, comprovare il rapporto giuridico, instaurato o da instaurarsi, con ciascuno dei professionisti indicati.

A maggior ragione, va escluso che questo rapporto giuridico dovesse assumere obbligatoriamente la forma del contratto di avvalimento ai sensi dell'art. 49 del d.lgs. n. 163 del 2006.

La norma va riferita alle modalità di conseguimento del possesso di requisiti, di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo richiesti al soggetto che partecipa ad una specifica gara.

Nel caso di specie, è vero che la norma che individua i requisiti di capacità tecnico-organizzativa è l'art. 8.3 del disciplinare, ma questo non va letto nel senso preteso dall'appellata.

Infatti, il primo requisito di capacità tecnico-organizzativa di pertinenza dell'impresa concorrente è quello specificato al punto 8.3., lett. a), del quale si è ampiamente detto trattando dell'appello principale e del secondo motivo del ricorso in primo grado.

L'ulteriore requisito di capacità tecnico-organizzativa, sempre di pertinenza dell'impresa, è quello precisato al punto 8.3., lett. b), laddove la stessa impresa concorrente è destinataria della prescrizione volta ad ottenerne l'impegno ad avvalersi di un gruppo di lavoro. Le qualifiche soggettive e le competenze richieste per ciascuno dei componenti di questo gruppo non assurgono, di per sé, ad autonomi requisiti di capacità tecnico-organizzativa, proprio perché non sono riferiti al soggetto concorrente, singolo o consorziato o raggruppato ai sensi dell'articolo 34 del codice, che partecipa alla gara, bensì al personale del quale questi si avvarrà nell'espletamento del servizio.

Si tratta di una scelta della stazione appaltante che appare conforme al disposto del citato art. 49 poiché è richiesto alla stessa impresa concorrente di procurarsi le <<risorse>> professionali da destinare a gruppo di lavoro, salva la possibilità, ove

la stessa non intenda intrattenere rapporti diretti con i componenti di quest'ultimo, di avvalersi –in questo caso soltanto, mediante contratto di avvalimento- di altro soggetto. Pertanto, soltanto nel caso in cui l'impresa concorrente avesse dichiarato di volersi avvalere delle <<risorse>> umane e professionali di un altro soggetto, sarebbe stato quest'ultimo a dover essere legato a professionisti idonei a comporre il gruppo di lavoro in forza di appositi contratti, mentre tra le due imprese sarebbe intercorso un rapporto di avvalimento. In questo senso va inteso lo stesso art. 8 del disciplinare laddove, all'ultimo comma, prevede che <<*Ai sensi dell'art. 49 del Codice, il concorrente può dimostrare il possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e organizzativo avvalendosi di un altro soggetto. [...]*>>.

Come argomentato anche dalla difesa del Comune di Napoli, la stazione appaltante ha scelto di favorire la maggiore partecipazione delle imprese, non vincolando le stesse a determinati rapporti con i professionisti incaricati, garantendosi tuttavia un controllo su questi ultimi mediante il divieto della loro sostituzione in corso di esecuzione e la previsione che eventuali modifiche del personale che si sarebbero rese necessarie avrebbero dovuto ricevere <<*il preventivo assenso del Comune di Napoli, quale capofila delegato dai comuni dell'Ambito*>> (così nello stesso art. 8 del disciplinare).

Quest'ultima previsione è chiaramente incompatibile con il contratto di avvalimento di cui all'art. 49 del d.lgs. n. 163 del 2006.

Dirimente è infine -anche quanto al richiamo fatto dall'appellata dell'art. 63 della direttiva UE n. 24/2014- la considerazione che le richiamate disposizioni della *lex specialis* non sono state specificamente impugnate per contrasto con le norme del d.lgs. n. 163 del 2006 o dei principi dell'Unione applicabili *ratione temporis*.

Il quinto motivo del ricorso di primo grado va perciò respinto.

5. In conclusione, l'appello del C. va accolto e vanno rigettati i motivi riproposti dall'appellata ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm.; per l'effetto, in

rimodifica della sentenza appellata, va respinto l'originario ricorso dello Studio legale R. C., oggi R. C. S.r.l.

Sussistono ragioni di compensazione delle spese di entrambi i gradi, attesa la complessità delle questioni, di fatto e di diritto, oggetto di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, rigettati i motivi proposti dall'appellata ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod.proc. amm., in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso proposto dallo Studio legale R. C., oggi R. C. S.r.l.

Compensa integralmente tra tutte le parti le spese dei due gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 ottobre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Giuseppina Luciana Barreca

IL PRESIDENTE

Francesco Caringella

IL SEGRETARIO