



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7179 del 2010, proposto da:
Pierrestampa s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Marco De Stefanis, presso
lo studio del quale elettivamente domicilia in Roma, via Cicerone, n. 44;

contro

Ministero degli affari esteri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale
dello Stato, presso la cui sede domicilia in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

nei confronti di

Ediguida s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Alfredo Messina e Giuseppe
Vitale, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Massimo Angelini in
Roma, piazza Cavour, n.17;

per l'annullamento.

previa sospensione dell'efficacia:

- del decreto n. 940/240347 del 12.7.2010 del Ministero degli affari esteri -
Direzione generale per la cooperazione allo sviluppo, con cui è stata disposta
l'aggiudicazione definitiva, ai sensi degli artt. 11 e 12 d. lgs. n. 163/2006, della
gara per l'affidamento dei servizi relativi alla redazione, pubblicazione e

diffusione del bollettino ufficiale della Direzione alla ditta Ediguida s.r.l., per un importo complessivo triennale pari a € 189.348,00;

- della nota ministeriale del 12.7.2010 recante la comunicazione dell'aggiudicazione definitiva;
- dei verbali di gara 10.12.2009, 24.11.2009 e 21.12.2009;
- del contratto di servizi eventualmente *medio tempore* sottoscritto;
- di ogni altro atto presupposto, conseguente e correlato.

Visto il ricorso;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero degli affari esteri;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ediguida s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del 13 ottobre 2010 il cons. Anna Bottiglieri e uditi per le parti i difensori come da relativo verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

A mezzo di ricorso notificato in data 2 agosto 2010 e depositato il successivo 4 agosto, la Pierrestampa s.r.l. ha impugnato gli atti conclusivi della gara disposta dal Ministero degli affari esteri con bando del 29 settembre 2009, per l'affidamento, con il criterio del prezzo più basso, dei servizi relativi alla redazione, pubblicazione e diffusione del bollettino ufficiale della Direzione generale per la cooperazione allo sviluppo per il triennio 2010-2012, in forza dei quali è risultata aggiudicataria definitiva la Ediguida s.r.l. e la ricorrente si è classificata seconda in graduatoria.

Pierrestampa, dopo aver illustrato le disposizioni salienti del bando di gara, narra che:

- Ediguida offriva il prezzo di € 189.348,00, con il miglior ribasso (62,8%) sul prezzo posto a base d'asta;
- Pierrestampa offriva il prezzo di € 299.000,00, al netto del ribasso del 41,26%;
- esaurita positivamente la verifica di congruità affidata all'Agenzia del territorio dell'offerta di Ediguida, affetta da anomalia, la medesima risultava aggiudicataria provvisoria;
- esperito accesso agli atti, Pierrestampa stimolava i poteri di autotutela della stazione appaltante, facendo constare che l'offerta di Ediguida andava, invece, esclusa, in quanto: priva del requisito speciale di partecipazione dichiarato in sede di offerta (fatturato specifico per servizi analoghi), attestato a mezzo di falsa dichiarazione dell'impresa ausiliaria; priva di valido contratto di avvalimento con l'impresa ausiliaria; inidonea a superare il vaglio di anomalia;
- Ediguida, invitata dall'amministrazione a contraddire sulle censure di Pierrestampa, affermava, tra altro, di possedere anche in proprio i requisiti tecnici previsti dal bando;
- l'amministrazione richiedeva parere all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici per accertare la validità e la veridicità della dichiarazione resa da Ediguida in ordine al possesso dei requisiti *ex art. 48 d. lgs. 163/06*, e, al contempo, interpellava nuovamente l'Agenzia del territorio in ordine alla congruità dell'offerta della medesima;
- i due segmenti istruttori di cui sopra si concludevano, il primo, con una richiesta di integrazione documentale in ordine al possesso del requisito di capacità tecnica, assolto da Ediguida con la presentazione di atti favorevolmente vagliati dalla stazione appaltante, il secondo con la conferma della congruità dell'offerta.

- la gara veniva indi definitivamente aggiudicata a Ediguida.

Avverso gli atti impugnati la Pierrestampa deduce le seguenti censure:

1) violazione e falsa applicazione degli artt. 41, 42 e 49, d. lgs. 163/06; violazione della *lex specialis* di gara; eccesso di potere per difetto di istruttoria; violazione del principio di *par condicio* dei concorrenti; illogicità manifesta e difetto di motivazione.

La censura si dipana in diversi profili.

Con il primo ambito argomentativo – sul presupposto che, al di là delle ulteriori affermazioni rese in corso di gara, Edilguida nella domanda di partecipazione alla gara, al fine di dimostrare i requisiti di capacità tecnica richiesti (aver realizzato nel triennio precedente almeno un servizio analogo di importo superiore a € 100.000,00), si è avvalsa per intero di altra impresa (Systec), di talchè va considerata non in possesso degli stessi neppure in minima parte – parte ricorrente si duole che la stazione appaltante ha eseguito un istruttoria superficiale e carente e non ha correttamente osservato le rigorose disposizioni normative in tema di avvalimento, segnatamente non avvedendosi che il contratto (anzi la dichiarazione unilaterale di Systec) prodotto da Ediguida, che avrebbe dovuto formare oggetto di attenta considerazione, a garanzia dell'affidabilità dell'impresa e del corretto espletamento del servizio, tenuto conto del totale difetto dei requisiti tecnici in capo alla concorrente, mancava dei requisiti essenziali che consentivano di dimostrare che Ediguida poteva realmente usufruire, in sede di esecuzione dell'appalto, dell'effettivo ed immediato apporto costituito dal requisito prestato.

Con il secondo rilievo (insussistenza dei requisiti in capo all'impresa ausiliaria) parte ricorrente espone che i requisiti prestati, consistenti nel *software* di *mailing list* e la relativa banca dati, ferma restando la loro carente

dimostrazione, non soddisfano tutto quanto richiesto dall'art. 4 del capitolato di gara, che elenca una serie di servizi di raccolta, revisione, composizione, *editing*, diffusione, aggiornamento e messa in rete, che non possono assolutamente essere soddisfatti dalla mera messa a disposizione del *software* e della banca dati di cui sopra, del tutto insufficienti ed inadeguati a svolgere tutte le attività oggetto di gara.

Con l'ultimo rilievo della censura (insussistenza dei requisiti in capo all'impresa ausiliata) parte ricorrente osserva che qualora potesse ritenersi che Ediguida disponeva, come dichiarato nel corso dell'istruttoria, di competenze specifiche proprie nel campo editoriale, la mancata dimostrazione di esse in sede di offerta non è suscettibile di essere sanata *ex post*; inoltre, in ogni caso, avendo la medesima ritenuto di avvalersi per intero dell'impresa ausiliaria ai fini della partecipazione alla gara, in sede di aggiudicazione non si sarebbe potuto prescindere dal dichiarato apporto di quest'ultima, ovvero considerare, in via sussidiaria, il preteso requisito dalla concorrente direttamente posseduto;

2) violazione e falsa applicazione del d. lgs. 163/06, del d.p.r. 445/2000 e dell'art. 12 del capitolato; violazione degli artt. 38, 46 e 48 del d. lgs. 163/06; eccesso di potere per errore nei presupposti, illogicità, sviamento dall'interesse pubblico, disparità di trattamento, difetto di motivazione, manifesta ingiustizia, violazione dei principi di ragionevolezza e trasparenza, violazione della *par condicio*.

Nella prima parte della censura parte ricorrente denuncia che l'impresa ausiliaria Systec, per provare i requisiti dichiarati, di cui Ediguida si è avvalsa, ha prodotto una dichiarazione (datata 28 ottobre 2009) resa dalla società Head, che avrebbe dovuto essere considerata *tamquam non esset*, essendo stata la Head cancellata dal registro delle imprese circa un anno prima (18

dicembre 2008).

Inoltre, in tale dichiarazione la Head ha affermato che la Systec ha espletato in proprio favore il servizio di diffusione di bollettino scientifico *on line* dal gennaio 2007 al dicembre 2007. Ma poiché alla data del 4 luglio 2007 la Head, prima di essere messa in liquidazione e di essere cancellata dal registro delle imprese, ha ceduto il ramo di azienda produttivo proprio alla Systec, prosegue la ricorrente, la dichiarazione è viziata da falsità (il servizio è stato reso dalla Systec in proprio favore).

La seconda parte della censura è invece dedicata alla critica del parere dell'Autorità di vigilanza che, rinvenendo la sussistenza di un principio di prova del possesso del requisito tecnico in capo alla Ediguida, ha determinato una ulteriore istruttoria, che ha consentito il superamento di entrambe le questioni di cui sopra, per il tramite di una nuova e diversa dichiarazione, nonché dell'apprezzamento di fatture che attestano lo svolgimento di un servizio solo in minima parte analogo a quello in gara, ovvero, in altre parole, per il tramite della sostituzione del requisito dichiarato in sede di offerta, che era inesistente, per come dichiarato, e, in quanto tale, non suscettibile di sanatoria documentale, vieppiù realizzata per il tramite di mere copie fotostatiche prodotte inoltre tardivamente;

3) violazione e falsa applicazione degli artt. 38 e 49 del d. lgs. 163/06 e della *lex specialis*; eccesso di potere per difetto di istruttoria, illogicità manifesta, violazione della *par condicio*.

Con la terza censura parte ricorrente fa constare che la stazione appaltante non ha proceduto, come avrebbe dovuto, alla verifica del possesso in capo alla Systec, impresa ausiliaria, dei dichiarati requisiti generali di partecipazione alle gare pubbliche;

4) violazione e falsa applicazione degli artt. 87 e ss. del d. lgs. 163/06 e della

lex specialis; eccesso di potere per difetto di istruttoria e illogicità manifesta.

A mezzo della finale censura si contesta la carenza di istruttoria e di motivazione che secondo parte ricorrente ha caratterizzato la verifica di anomalia dell'offerta di Ediguida positivamente superata. Ulteriormente rilevando che, in detto ambito, non è stato accertato il costo dell'apporto, necessariamente decisivo, dell'ausiliaria, parte ricorrente conclude che o la messa a disposizione è fittizia, e rappresenta solo un *escamotage* per ottenere il requisito di partecipazione di cui Ediguida difettava, ovvero l'offerta è irrimediabilmente anomala, poiché detto apporto non potrebbe che erodere l'intero margine di utile esposto.

Si sono costituite in resistenza l'amministrazione e la società controinteressata, instando per il rigetto del ricorso, di cui sostengono l'infondatezza.

Con ordinanza 3 settembre 2010, n. 3853 la domanda di sospensione interinale degli effetti degli atti impugnati, incidentalmente formulata dalla parte ricorrente, è stata accolta.

Le parti hanno sviluppato in memorie le rispettive difese.

La causa è stata indi trattenuta in decisione alla pubblica udienza del 13 ottobre 2010.

Nel corso della previa discussione parte ricorrente ha eccepito la tardività della seconda memoria difensiva (rispetto a quella versata in atti il 26 agosto 2010, in vista della trattazione della domanda cautelare), depositata dall'amministrazione il 1° ottobre 2010.

DIRITTO

1. Vengono sottoposti al presente scrutinio di legittimità gli atti conclusivi della gara disposta dal Ministero degli affari esteri con bando del 29 settembre 2009, per l'affidamento, con il criterio del prezzo più basso, dei

servizi relativi alla redazione, pubblicazione e diffusione del bollettino ufficiale della Direzione generale per la cooperazione allo sviluppo per il triennio 2010-2012, in forza dei quali è risultata aggiudicataria definitiva la Ediguida s.r.l. (con l'offerta al miglior ribasso di € 189.348,00), e la ricorrente Pierrestampa si è classificata seconda in graduatoria (con l'offerta di € 299.000,00, al netto del ribasso del 41,26%).

1.1. In via preliminare, tenuto conto della eccezione di tardività oralmente spiegata da parte ricorrente nel corso della pubblica udienza in relazione alla seconda memoria (rispetto a quella versata in atti il 26 agosto 2010, in vista della trattazione della domanda cautelare) depositata dall'amministrazione il 1° ottobre 2010, è d'uopo far constare che delle difese ivi espletate non si è tenuto conto ai fini della decisione.

2. Con la prima censura (violazione e falsa applicazione degli artt. 41, 42 e 49, d. lgs. 163/06; violazione della *lex specialis* di gara; eccesso di potere per difetto di istruttoria; violazione del principio di *par condicio* dei concorrenti; illogicità manifesta e difetto di motivazione) parte ricorrente sostiene che l'aggiudicataria non fosse in possesso, né direttamente né indirettamente, del requisito tecnico specifico consistente nell'aver realizzato nel triennio precedente almeno un servizio analogo di importo superiore a € 100.000,00, posto dall'art. 10 del capitolato di gara, segnatamente negando che tale requisito potesse ritenersi integrato in capo alla medesima per il tramite della dichiarazione di avvalimento della ausiliaria Systec.

Conseguentemente, indirizza avverso la stazione appaltante le censure di carenza istruttoria e di mancata osservanza delle disposizioni dettate dal codice dei contratti in materia di avvalimento.

2.1. L'assunto è corroborato anzitutto dall'affermazione di parte ricorrente che il contratto, ed, anzi, la dichiarazione unilaterale dell'ausiliaria Systec

prodotta da Ediguida, mancando di requisiti essenziali (contenuto economico; oggetto specifico; indicazione delle modalità della messa a disposizione; attualità dell'obbligazione dedotta), era assolutamente insuscettibile di dimostrare che Ediguida poteva realmente usufruire, in sede di esecuzione dell'appalto, dell'effettivo ed immediato apporto costituito dal requisito prestato. Vieppiù, la ricorrente ritiene che tale atto avrebbe dovuto formare oggetto di particolare considerazione da parte della stazione appaltante, a garanzia dell'affidabilità dell'impresa e del corretto espletamento del servizio, anche tenuto conto del totale difetto dei requisiti tecnici direttamente in capo alla concorrente, implicitamente dichiarato in sede di partecipazione.

La doglianza è infondata.

Per quanto qui di interesse, l'art. 49, comma 1, del d.lgs. n. 163 del 2006 dispone che il "*concorrente, singolo, consorziato o raggruppato, ai sensi dell'art. 34, in relazione ad una specifica gara... può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo...avvalendosi dei requisiti di altro soggetto...*".

L'art. 49 comma 2 del citato decreto, dispone che, ai fini di quanto previsto nel comma 1, il concorrente debba allegare, fra l'altro, "*in originale od in copia autentica il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti ed a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto*" (lett. f).

Alla luce del chiaro dettato della norma, va, indi condivisa l'affermazione della difesa erariale (memoria dep. il 26 agosto 2010) secondo la quale l'art. 49 del codice dei contratti non distingue affatto tra avvalimento totale e parziale, in specie non modulando in alcun modo gli incombeni di verifica rimessi alla stazione appaltante nelle due diverse ipotesi. Parallelamente, va

sconfessato quanto lasciato trasparire in ricorso in ordine alla particolarità e alla eccezionalità (in senso deteriore) della circostanza della totale assenza di requisiti tecnici propri in capo al soggetto partecipante ad una gara pubblica, cui conseguirebbe, secondo la ricorrente, l'obbligo di una rinforzata attività di verifica della stazione appaltante.

Del resto, proprio la condizione appena descritta, che la ricorrente pare incuneare nell'alveo degli accadimenti patologici o comunque anomali, pare invece rispecchiare direttamente la *ratio* dell'avvalimento - istituto di carattere generale, che per pacifica giurisprudenza (da ultimo, Tar Lazio, II, 12 gennaio 2010, n. 153; C. Stato, V, 12 giugno 2009, n. 3762) trova applicazione ancorché non specificamente ammesso dal bando di gara - derivante, come ammette la stessa ricorrente, dal recepimento di norma comunitaria (art. 47 della direttiva 2004/18/CE), volta ad implementare la partecipazione alle gare pubbliche, in vista della più ampia ed effettiva concorrenzialità dei procedimenti preordinati all'apprensione dall'esterno di utilità da parte dell'amministrazione, corrispondente all'interesse pubblico alla scelta del miglior contraente.

Ed è proprio la lettera della fonte comunitaria della considerata previsione, ovvero l'art. 47 della direttiva 2004/18/CE (che recita che "2. *Un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi?*"), che ha consentito alla giurisprudenza, anche della Sezione, di concludere sia che gli obblighi interni tra l'avvalente e l'avvalso risultano del tutto irrilevanti ai fini della partecipazione e dell'aggiudicazione della gara, sia di affermare, anche per l'effetto, che l'ordinamento non prevede uno schema o un tipo specifico di contratto di avvalimento tra imprese (da ultimo, Tar Lazio, II, 4 maggio 2010, n. 9512; I, 3 dicembre 2009, n. 12455; C. stato, V, 12 giugno

2009, n. 3791), con la conseguenza che esso può rivestire qualunque forma, anche non esattamente documentale, e la sua esistenza può essere provata in qualunque modo idoneo (Tar Lazio, II-ter, 30 aprile 2008, n. 3637) - principio, del resto, pienamente conforme all'ambito dell'autonomia contrattuale che il nostro ordinamento garantisce alle parti *ex art.* 1322 c.c. - e che la presunzione di onerosità può essere superata da una prova contraria, ovvero dalla prassi; alla divisata atipicità del contratto in esame accedendo l'assenza di alcun limite o vincolo in ordine alla causa del negozio e alla previsione di un corrispettivo, dimostrandosi irrilevante (ai fini della validità del vincolo *inter partes*) l'avvenuta assunzione, da parte del mandante, dell'obbligo di corrispondere un compenso al mandatario per l'attività da lui svolta, peraltro assistito da presunzione *ex art.* 1709 c.c. (Tar Lazio, Roma, I, n. 12455 del 2009 cit.).

Viene allora in considerazione - ai fini della corretta configurazione della fattispecie - unicamente l'esigenza che la stazione appaltante sia posta in condizione di acquisire piena certezza in ordine alla disponibilità dei requisiti tecnici e organizzativi ed economico-finanziari apportati al concorrente mediante l'avvalimento.

Nel caso di specie, tale certezza, da raggiungere alla luce dell'art. 10 del capitolato, deve ritenersi integrata dal contenuto del contratto di avvalimento stipulato il 23 ottobre 2009, con il quale Systec si è obbligata, nei confronti di Ediguida, in relazione alla gara di cui trattasi, a rendere "*disponibile in favore della Ediguida srl il sistema software di mailing-list e la relativa banca dati per tutto il periodo di durata dell'appalto*" e a rendere "*disponibile in favore della Ediguida srl il requisito tecnico e relativo know how concernente la realizzazione nel triennio 2006/2007/2008 di un servizio analogo a quello oggetto della procedura di gara*".

2.2. L'espresso tenore dell'impegno assunto da Systec, appena sopra riportato

nelle linee essenziali, attinente non solo al sistema *software* di *mailing list* e alla banca dati accestiva, ma anche al relativo *know how*, consentono di ritenere infondato anche il secondo profilo della censura in trattazione, con la quale parte ricorrente, prendendo a riferimento solo parte dell'impegno assunto dall'ausiliaria (massa a disposizione di *software* e banca dati), sostiene che, anche laddove il contratto di avvalimento potesse ritenersi efficace, i requisiti fatti oggetto del contratto stesso non soddisfano tutte le attività oggetto di gara.

2.3. Con il terzo profilo di doglianza parte ricorrente, sempre sul presupposto della invalidità del dichiarato avvalimento a integrare i requisiti tecnici previsti per la partecipazione alla gara, e in relazione poi ad affermazioni rese da Ediguida nel corso del procedimento (di possedere comunque in proprio esperienze editoriali), invoca il principio in forza del quale la mancata dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione non può essere integrata *ex post*.

Neanche tale censura può condurre ai fini sperati.

Invero, acclarato, per quanto già sopra riferito (e, conviene anticipare, anche per quanto si dirà in seguito), che nessuna menda è imputabile alla stazione appaltante per aver considerato Ediguida in possesso del requisito tecnico specifico richiesto dal bando, in virtù dell'avvalimento dell'ausiliaria, è irrilevante, e non riveste alcuna efficienza causale, prima, della non disposta esclusione di Ediguida dalla gara, poi, dell'aggiudicazione in favore della medesima, la circostanza, di rilievo meramente endoprocedimentale, che nel corso della lunga ed approfondita istruttoria espletata sull'offerta della società, occasionata anche dalle contestazioni mosse dalla parte ricorrente in via amministrativa, con le quali si metteva in dubbio l'efficacia dell'avvalimento, Ediguida abbia anche dichiarato di possedere competenze

specifiche proprie nel settore oggetto di gara.

3. Può passarsi indi all'esame della seconda censura (violazione e falsa applicazione del d. lgs. 163/06, del d.p.r. 445/2000 e dell'art. 12 del capitolato; violazione degli artt. 38, 46 e 48 del d. lgs. 163/06; eccesso di potere per errore nei presupposti, illogicità, sviamento dall'interesse pubblico, disparità di trattamento, difetto di motivazione, manifesta ingiustizia, violazione dei principi di ragionevolezza e trasparenza, violazione della *par condicio*).

3.1. Con la prima parte della doglianza parte ricorrente denuncia che l'impresa ausiliaria Systec, per provare i requisiti dichiarati, di cui Ediguida si è avvalsa, ha prodotto una dichiarazione (datata 28 ottobre 2009) resa dalla società Head, che avrebbe dovuto essere considerata *tamquam non esset*, essendo stata la Head cancellata dal registro delle imprese circa un anno prima (18 dicembre 2008).

Parte ricorrente osserva poi che, sempre nella dichiarazione di cui trattasi, la Head ha affermato che la Systec ha espletato in proprio favore il servizio di diffusione di bollettino scientifico *on line* dal gennaio 2007 al dicembre 2007. Ma poiché alla data del 4 luglio 2007 la Head, prima di essere messa in liquidazione e di essere cancellata dal registro delle imprese, ha ceduto il ramo di azienda produttivo proprio alla Systec, prosegue la ricorrente, la dichiarazione è viziata quanto meno da falsità (il servizio è stato reso dalla Systec in proprio favore).

La seconda parte della censura è invece dedicata alla critica del parere dell'Autorità di vigilanza che, sulla base della sussistenza di un principio di prova, ha determinato una ulteriore istruttoria, che ha consentito il superamento di entrambe le questioni di cui sopra, per il tramite dell'acquisizione di ulteriore documentazione (dichiarazioni, fatture), che

parte ricorrente ritiene abbiano integrato la sostituzione dell'inesistente requisito per come dichiarato in sede di offerta, e, in quanto tale, non suscettibile di sanatoria documentale, vieppiù realizzata per il tramite di mere copie, prodotte inoltre tardivamente.

3.2. Sul punto, va immediatamente chiarito che la questione, introdotta dalla parte ricorrente anche nel procedimento, ha formato oggetto di una approfondita istruttoria da parte della stazione appaltante, che è ricorsa al parere dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici.

L'Autorità, con parere reso in data 23 giugno 2010, acquisite le deduzioni di Ediguida, ha seguito un *iter* argomentativo che può essere riassunto nelle seguenti considerazioni:

- a) l'ordinamento comunitario in materia di avvalimento ripudia automatismi ostativi all'ammissibilità del ricorso a soggetti terzi;
- b) non impone l'uso di mezzi tipici di prova della disponibilità delle risorse altrui;
- c) nel rispetto della garanzia della serietà della partecipazione e della *par condicio*, richiede in maniera rigorosa la prova documentale della disponibilità della capacità tecnica altrui (segnatamente dei soggetti e dei requisiti specifici di cui il concorrente intende avvalersi) in fase antecedente alla presentazione dell'offerta;
- d) nella specie, Ediguida, con il dichiarato avvalimento di Systec, titolare del requisito prescritto, non ha ommesso di fornire tempestivamente detta prova, avendo allegato un documento teso ad attestare l'effettivo svolgimento del servizio pregresso da parte dell'impresa ausiliaria;
- e) la circostanza che detto documento risulta emesso dalla Head, società all'epoca del rilascio non più iscritta nel registro delle imprese, non ha rilievo ostativo, in quanto ciò che è determinante nella fattispecie è la dimostrazione

del dato storico, consistente nel pregresso svolgimento del servizio in un periodo in cui l'impresa che ha rilasciato l'attestazione era regolarmente operante. Del resto, quel dato storico, proprio per la sopravvenuta cancellazione, non avrebbe potuto essere fornito da nessun altro soggetto.

L'Autorità, nel medesimo parere, rilevava inoltre che:

f) Ediguida ha prodotto dichiarazione sostitutiva resa dal legale rappresentante della Systec, che precisa che l'impresa ha svolto nell'anno 2008 un servizio analogo a quello oggetto della procedura di gara (redazione, pubblicazione e diffusione di un bollettino elettronico quindicinale per un importo annuo di 100.000,00 a favore della Oasis s.r.l.), in virtù di acquisizione del ramo d'azienda della Head, che ha comportato il transito in capo alla Systec delle attività contrattuali in corso. Tale circostanza ha indotto ad imprecisione su chi dovesse rendere dichiarazione;

g) emerge quindi che la Head ha reso l'attestazione in argomento di regolare esecuzione di servizio analogo non in qualità di committente, bensì in qualità di impresa cedente, ovvero di originaria titolare dei contratti di appalto poi transitati in capo all'ausiliaria.

Per tutto quanto sopra, tenuto conto del principio di prova in ordine al possesso del requisito tempestivamente fornito da Ediguida, l'Autorità concludeva che la stazione appaltante era legittimata ad acquisire al riguardo piena prova, ammettendo l'integrazione documentale consistente negli atti probanti l'avvenuta cessione di ramo d'azienda da Head a Systec e gli atti anche fiscali dell'ausiliaria comprovanti il possesso del requisito, transitato con il contratto di cessione d'azienda.

3.3. Le predette chiare considerazioni sono del tutto condivise da quest'organo giudicante, risultando [quanto ai passaggi da a) a e)] improntate agli stessi principi comunitari che permeano l'istituto dell'avvalimento,

richiamati al precedente punto 2.1., unitamente alla *ratio* sottostante.

In particolare, la fornita prova documentale da parte di Ediguida, nei suoi tratti sostanziali, ovvero, per usare le parole dell’Autorità, del “principio di prova”, della disponibilità della capacità tecnica di soggetto ausiliare, titolare del requisito prescritto, per effettivo pregresso svolgimento di servizio analogo, integra, pertanto, ed al contempo, il rispetto della *lex specialis* di gara e delle norme del codice dei contratti in tema di avvalimento.

Quanto al resto, non può porsi nella vicenda alcun problema di *par condicio*, atteso che tale “principio di prova” è stato fornito dalla interessata tempestivamente, ovvero in sede di presentazione dell’offerta, di talchè il piano della integrazione documentale che l’ulteriore istruttoria ha determinato si è posto in una fase successiva a quella in cui le offerte si sono cristallizzate e rese immodificabili, ed ha comportato non, come preteso da parte ricorrente, la sostituzione delle dichiarazioni precedentemente rese da Ediguida e Systec, bensì l’acquisizione di atti che siffatta dichiarazione hanno corroborato o meglio circostanziato, senza comportare alcun permutamento degli elementi sostanziali o fondanti di carattere soggettivo ed oggettivo (individuazione del soggetto ausiliario; possesso del requisito tecnico specifico in capo a questi) delle dichiarazioni allegate alla domanda di partecipazione.

Risultato, pertanto, corretto, da parte della stazione appaltante, nonchè preceduto da adeguato apprezzamento della fattispecie, il ricorso al potere di cui all’art. 46 del codice dei contratti (invito a completare o fornire chiarimenti in ordine al contenuto di certificati, documenti o dichiarazioni presentati), la doglianza deve essere respinta.

Ma tanto non senza prima aggiungere che, all’esito del parere dell’Autorità, la stazione appaltante ha inoltrato a Ediguida la richiesta documentale con nota

del 23 giugno 2010, con termine per provvedere fissato al 5 luglio 2010, rispettato dalla società con la tempestiva trasmissione degli atti in copia conforme, affidata a raccomandata del 28 giugno 2010, ovvero anteriormente alla scadenza del termine (come risulta dai docc. 19 e 20 depositati dalla difesa erariale in data 24 agosto 2010).

4. A mezzo della terza censura (violazione e falsa applicazione degli artt. 38 e 49 del d. lgs. 163/06 e della *lex specialis*; eccesso di potere per difetto di istruttoria, illogicità manifesta, violazione della *par condicio*) parte ricorrente si duole che la stazione appaltante non ha proceduto, come avrebbe dovuto, alla verifica del possesso in capo alla Systec, impresa ausiliaria, dei dichiarati requisiti generali di partecipazione alle gare pubbliche.

Anche questa censura non può condurre ai fini sperati.

La difesa erariale nella memoria del 26 agosto 2010 fa constare l'intendimento dell'amministrazione di acquisire le verifiche in argomento nei confronti della Systec prima della stipula del contratto, fermi restando i poteri di autotutela per il caso di un loro esito negativo.

E tra la documentazione depositata dall'amministrazione resistente il 24 agosto 2010 figura (all. 28) la nota 8 agosto 2010 del Mae che richiede alla Systec di produrre, entro dieci giorni dalla ricezione, la misura della Camera di commercio con la dicitura antimafia *ex art. 10, l. 31 maggio 1965, n. 575*, e il documento unico di regolarità contributiva (durc).

5. Alla luce delle considerazioni sin qui esposte non può che essere respinta anche il primo profilo della quinta doglianza (violazione e falsa applicazione degli artt. 87 e ss. del d. lgs. 163/06 e della *lex specialis*; eccesso di potere per difetto di istruttoria e illogicità manifesta) nella parte in cui, avversando il superamento da parte dell'offerta di Ediguida della verifica di anomalia, e ponendosi in stretta continuità con le altre contestazioni ricorsali sin qui

vagliate e respinte, parte ricorrente ipotizza che la messa a disposizione di cui trattasi è fittizia.

Invero, tale assunto non trova rispondenza negli atti di causa.

Quanto, invece, alla asserita censura di irrimediabile anomalia dell'offerta di Edilguida, essa, da un lato, impinge nel merito della valutazione riservata all'amministrazione, dall'altro involve in una indimostrata asserzione, basata esclusivamente sulla circostanza del mancato conteggio nell'offerta di una autonoma voce di costo relativa alle somme da corrispondere ad Ediguida, quasi che, in carenza di avvalimento, le risorse umane, tecniche e strumentali per espletare l'attività oggetto di gara non avessero un costo proprio. Al riguardo, non pare comunque inopportuno rammentare che l'offerta in argomento è stata fatta oggetto di una doppia verifica di anomalia da parte dell'Agenzia del territorio, e che, per granitica giurisprudenza, nel procedimento di verifica della anomalia della offerta, la stazione appaltante ha l'obbligo di motivare in maniera approfondita solo in caso in cui esprima un giudizio negativo che fa venire meno la aggiudicazione, non richiedendosi, invece, che la motivazione sia particolarmente analitica e puntuale nel caso di esito positivo della verifica di anomalia che confermi la già disposta aggiudicazione, potendo in tale caso trovare sostegno *per relationem* nelle stesse giustificazioni presentate dal concorrente (da ultimo, C. Stato, V, 1° ottobre 2010, n. 7266).

6. Lo sviluppo delle difese da parte ricorrente ulteriormente affidato alla memoria depositata in data 27 settembre 2010 nulla aggiunge alle questioni come sin qui trattate.

7. Per tutto quanto precede, il ricorso deve essere respinto.

L'opposto avviso cautelare giustifica la compensazione tra le parti costituite delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso di cui in epigrafe, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 13 ottobre 2010 con
l'intervento dei magistrati:

Giorgio Giovannini, Presidente

Roberto Politi, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/10/2010

IL SEGRETARIO

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

Addi' _____ copia conforme del presente provvedimento e' trasmessa a:

IL FUNZIONARIO