



**RACCOLTA DI MASSIME SULLA GIURISPRUDENZA
NAZIONALE IN MATERIA DI APPALTI PUBBLICI**

Dossier a cura dell'Osservatorio

18 febbraio 2013

OSSERVATORIO DI DIRITTO COMUNITARIO E NAZIONALE SUGLI APPALTI PUBBLICI

ID number in the EU Register of interest representative: **10423745688-62**

www.osservatorioappalti.unitn.eu

Hanno collaborato: Gian Antonio Benacchio, Mara Bertagnolli, Lucia Carrozza, Alma Chietтини, Michele Cozzio, Franco Dalla Mura, Michela Deiana, Andrea Manca, Anna Simonati, Davide Volpe

INDICE

	<i>Pag.</i>
LEGITTIMO RICHIEDERE GIUSTIFICAZIONI PREVENTIVE ULTERIORI A QUELLE STABILITE DAL CODICE APPALTI.....	3
LEGITTIMO L'AVVALIMENTO PER ATTESTAZIONI E CERTIFICAZIONI MA SUSSISTE L'ONERE DI DIMOSTRARE IL CONTENUTO SOSTANZIALE.....	4
ESTENSIONE TEMPORALE DELLA DICHIARAZIONE RELATIVA AI REQUISITI DI MORALITÀ PROFESSIONALE PER GLI EX AMMINISTRATORI	5
SUL PROCEDIMENTO DI VERIFICA DELLA CONGRUITÀ DELLE OFFERTE ..	6
LEGITTIMA L'ESCLUSIONE DALLA GARA PER DEFICIT DI FIDUCIA VERSO L'OPERATORE	7
SULLA PARTECIPAZIONE ALLE GARE PUBBLICHE DELLE ASSOCIAZIONI DI VOLONTARIATO ONLUS	9
NON È POSSIBILE UTILIZZARE L'AVVALIMENTO PER LA MESSA A DISPOSIZIONE DI REQUISISTI SOGGETTIVI	11
PARTENARIATO PUBBLICO-PUBBLICO: LEGITTIMITÀ DELL'ACCORDO TRA P.A. E CROCE ROSSA ITALIANA PER L'ESPLETAMENTO DI SERVIZI SOCIALI, ASSISTENZIALI E SANITARI.....	13
AMMISSIBILITÀ DELL'AVVALIMENTO OPERATIVO E DIVIETO DI ESCLUSIONE IN CASO DI OMISSIONI NELLA MODULISTICA	16
SERVIZI DI SORVEGLIANZA: LA LOCALIZZAZIONE DELLA CENTRALE OPERATIVA ATTIENE LA FASE DELL'ESECUZIONE	18

LEGITTIMO RICHIEDERE GIUSTIFICAZIONI PREVENTIVE ULTERIORI A QUELLE STABILITE DAL CODICE APPALTI

Consiglio di Stato, sez. V, 19 novembre 2012, n. 5851 - Pres. Baccharini, Est. Saltelli

Appalto di lavori - Contenuto offerte - Giustificazioni preventive - Lex specialis: giustificazioni ulteriori al Codice appalti - Legittimità - Non contrasto normativa interna e comunitaria - Finalità: semplificazione procedura e serietà offerta

È legittima la clausola della lex specialis che richiede la presentazione di giustificazioni preventive, ulteriori rispetto a quelli indicate negli articoli 86 e 87 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163, perché non contrasta con alcuna disposizione normativa, interna o comunitaria, rispondendo invece a finalità di semplificazione e di accelerazione della procedura di gara e di garanzia di serietà dell'offerta, scongiurando il pericolo che le giustificazioni vengano ricostruite solo ex post, anziché essere realmente esistenti al momento della formulazione dell'offerta, in quanto solo l'offerente che abbia esposto con completezza i costi delle singole voci che compongono la lavorazione dimostra di avere una piena consapevolezza dell'impegno che assume presentando l'offerta, così che la relativa richiesta non comporta un onere documentale né incongruo né eccessivo.

* * *

CONFORMI: Consiglio di Stato, sez. V, 30 giugno 2011 n. 3925, Consiglio di Stato, sez. VI, 8 settembre 2010 n. 6518; Consiglio di Stato, sez. VI, 6 marzo 2009 n. 1348

LEGITTIMO L'AVVALIMENTO PER ATTESTAZIONI E CERTIFICAZIONI MA SUSSISTE L'ONERE DI DIMOSTRARE IL CONTENUTO SOSTANZIALE

Consiglio di Stato, sez. V, 19 novembre 2012, n. 5853 - Pres. Baccharini, Est. Caringella

Appalto di lavori - Avalimento - Attestazioni e certificazioni - Onere: dimostrare messa a disposizione di mezzi, personale e elementi che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità - Sussiste - Inidoneità del mero contratto di avalimento della certificazione - Prestito del medesimo requisito in favore di più concorrenti per gare diverse - Rischio di prestito "cartolare"

È ammissibile il ricorso all'istituto dell'avvalimento anche per le attestazioni e le certificazioni, requisiti collegati all'intera organizzazione dell'impresa, alle sue procedure interne, al bagaglio delle conoscenze utilizzate nello svolgimento delle attività. È però onere della concorrente dimostrare che l'impresa ausiliaria non si impegna semplicemente a "prestare" il requisito soggettivo richiesto, quale mero valore astratto, ma che, all'opposto, assume l'obbligazione di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità (a seconda dei casi: mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti).

* * *

La pronuncia ha evidenziato come la concorrente non avesse dimostrato, mediante l'istituto dell'avvalimento a cui aveva ricorso, il requisito soggettivo concernente la messa a disposizione dell'attestazione SOA, per una individuata categoria di lavori. Non è stato, infatti, ritenuto idoneo un contratto di avvalimento stipulato con un'altra società e relativo alla mera "messa a disposizione" del possesso della certificazione senza menzione specifica "di mezzi, risorse e personale concretamente messi a disposizione", senza "un chiaro impegno dell'impresa ausiliaria di fornire strutture, personale qualificato, tecniche operative, mezzi collegati alla qualità soggettiva concessa".

ESTENSIONE TEMPORALE DELLA DICHIARAZIONE RELATIVA AI REQUISITI DI MORALITÀ PROFESSIONALE PER GLI EX AMMINISTRATORI

Consiglio di Stato, sez. III, 14 novembre 2012, n. 5757 - Pres. Botto, Est. Polito

Appalto di servizi - Requisiti generali di partecipazione - Soggetti tenuti alla dichiarazione - Soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente - Dichiarazione limitata fino al momento della cessazione - Illegittimità - Indebita limitazione temporale

È irrituale l'ammissione alla gara di una ditta che, ai sensi dell'art. 38, lett. b) e c), del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163, ha reso la dichiarazione sostitutiva relativa a soggetti cessati dalla carica, nel triennio antecedente alla pubblicazione del bando, precisando che "nei confronti di essi non sono state emesse condanne fino alla cessazione della carica, per le quali abbiano beneficiato della non menzione". Ai fini della richiesta dichiarazione rilevano infatti tutte le condotte sanzionate penalmente che si collegano al periodo durante il quale è intercorso il rapporto di amministrazione o di direzione tecnica con la società, perché esse qualificano il grado di affidabilità ed il rigore comportamentale dell'impresa indipendentemente dal fatto che, sul piano formale, la sentenza o il decreto penale che accerta l'illecito siano divenuti irrevocabili dopo la cessazione dalla carica dei soggetti interessati.

* * *

La pronuncia ha evidenziato che, se fosse ammissibile la proposta limitazione temporale della dichiarazione relativa all'assenza di mende e di pregiudizi penali, ossia se fosse consentito un'applicazione restrittiva dell'art. 38 del Codice dei contratti pubblici che limiti la rilevanza delle condanne penali alle sole divenute definitive prima della cessazione della carica, ciò darebbe ingresso a dimissioni "strategiche" nell'imminenza della pronuncia del giudice penale, così da prevenire ogni possibile preclusione dell'accesso della società all'affidamento di pubblici appalti.

SUL PROCEDIMENTO DI VERIFICA DELLA CONGRUITÀ DELLE OFFERTE

Consiglio di Stato, sez. V, 19 novembre 2012, n. 5846 - Pres. Baccharini, Est. Gaviano

Appalto di lavori - Valutazione anomalia delle offerte - Procedura trifasica: giustificazioni, precisazioni e convocazione - Necessità di svolgimento di ognuna delle tre fasi

La struttura trifasica del sub-procedimento di verifica della congruità dell'offerta (richiesta di giustificazioni, richiesta di precisazioni, convocazione del concorrente) è obbligatoria in tutte le sue fasi perché prevista dal Legislatore quale iter volto ad un approfondimento progressivo della stessa. In particolare, la richiesta di precisazioni è obbligatoria perché ha una duplice funzione pratica: attribuire all'impresa un'ulteriore occasione di meditata interlocuzione scritta e permetterle di preparare in tutta consapevolezza la decisiva fase conclusiva della convocazione.

* * *

La pronuncia ha evidenziato che la richiesta di precisazioni da parte dell'Amministrazione torna utile per ribattere con nitidezza di contorni alle perplessità da essa nutrite sulla sostenibilità economica dell'offerta; la resa delle precisazioni, a sua volta, attribuisce all'impresa una possibilità in più di vedere favorevolmente definita la propria posizione, potendo essa inoltre rimediare anche alle mancanze e ai possibili difetti d'impostazione delle giustificazioni già presentate; questo passaggio intermedio, pertanto, permette la migliore preparazione dell'eventuale fase orale finale.

Ed ancora, il momento delle precisazioni serve a permettere all'impresa di rimediare alle manchevolezze delle giustificazioni inizialmente presentate. La relativa richiesta da parte della Stazione appaltante ha dunque la funzione di attirare l'attenzione del concorrente sulle zone d'ombra che le sue giustificazioni non hanno chiarito, segnalando gli eventuali difetti d'impostazione delle giustificazioni stesse affinché queste possano essere integrate. In definitiva, l'offerente viene posto nelle migliori condizioni per approntare e svolgere i propri argomenti difensivi, avuto riguardo ad esatti specifici profili critici della propria offerta.

LEGITTIMA L'ESCLUSIONE DALLA GARA PER *DEFICIT* DI FIDUCIA VERSO L'OPERATORE

TAR Lazio, Roma, sez. III-ter, 20 novembre 2012, n. 9548 - Pres. Daniele, Est. Taglienti

Appalto di servizi - Requisiti generali di partecipazione - Elemento fiduciario - Procedimenti penali conclusi con sentenze non definitive di condanna - Gravità pregressi inadempimenti - Controllo del giudice: accerta non pretestuosità degli elementi alla base del rifiuto della P.A.

L'esclusione deve essere il risultato di una 'motivata valutazione', essendo riservata alla stazione appaltante la valutazione della gravità dei pregressi inadempimenti (valutazione sindacabile in giudizio solo se affetta da vizi di travisamento, illogicità, irragionevolezza); la decisione di esclusione per "deficit di fiducia" è cioè rimessa all'apprezzamento dell'amministrazione aggiudicatrice sull'individuazione del "punto di rottura dell'affidamento" nel pregresso o futuro contraente, di talché "il controllo del giudice amministrativo su tale valutazione discrezionale deve essere svolto ab extrinseco, ed è diretto ad accertare il ricorrere di seri indici di simulazione (dissimulante una odiosa esclusione), ma non è mai sostitutivo" (in altri termini, il sindacato sulla motivazione del rifiuto "deve essere rigorosamente mantenuto sul piano della verifica della non pretestuosità della valutazione degli elementi di fatto esibiti dall'appaltante come ragione di rifiuto").

* * *

Trenitalia indice una gara per l'affidamento di un servizio escludendo una società partecipante per il mancato possesso del requisito soggettivo di cui all'art. 38, lett. f) del d.lgs. 163/06, in ragione della "risoluzione di precedenti rapporti contrattuali per violazione del codice etico del Gruppo Ferrovie dello Stato Italiane s.p.a.". La società esclusa proponeva impugnazione lamentando, tra l'altro, la mancata considerazione da parte della stazione appaltante dello stato del procedimento penale e dunque della provvisorietà della situazione complessiva, da valutare nell'eventuale fase dibattimentale, nonché la mancanza di una norma di legge cui sarebbe riferibile il deficit di fiducia eccetto dall'amministrazione. Nessun rilievo trova la censura su indicata. La causa di esclusione in esame, infatti, secondo giurisprudenza consolidata si fonda su un pregresso inadempimento senza che vi sia la necessità che lo stesso sia stato

definitivamente accertato in sede giurisdizionale, essendo sufficiente la valutazione che la stessa amministrazione abbia fatto, in sede amministrativa, del comportamento tenuto in precedenti rapporti contrattuali dal soggetto. Il bene protetto dalla predetta clausola di esclusione è quello dell'elemento fiduciario a sostegno della perseguibilità del rapporto committente-appaltatore, quindi un elemento a carattere squisitamente soggettivo, quale quello della affidabilità.

* * *

CONFORMI: Consiglio di Stato, sez. VI, 15 maggio 2012 n. 2761; Cassazione civ., sez. Un., 17 febbraio 2012 nn. 2312 e 2313. La Corte di Cassazione con riferimento all'ambito del potere cognitorio del giudice amministrativo nei casi di esclusione ex art. 38, co. 1, lett. f), stabilisce che la inequivocità di significato degli scarni parametri offerti dal legislatore attesta la scelta di riconoscere in capo all'appaltante un ampio spazio di apprezzamento circa la permanenza del requisito della affidabilità, ferma restando, la possibilità per il giudice di valutare la ricorrenza degli indici sintomatici dell'eccesso di potere.

SULLA PARTECIPAZIONE ALLE GARE PUBBLICHE DELLE ASSOCIAZIONI DI VOLONTARIATO ONLUS

Consiglio di Stato, sez. III, 20 novembre 2012 n. 981 - Pres. Cirillo, Est. Dell'Utri

Appalto di servizi - Partecipazione alle gare d'appalto - Soggetti legittimati - Operatore economico - Nozione - Croce Bianca e associazioni di volontariato

Deve ritenersi consentita la partecipazione ad appalti pubblici anche a soggetti che, autorizzati dalla normativa nazionale ad offrire servizi sul mercato, non perseguono un preminente scopo di lucro, non dispongono di una struttura organizzativa di un'impresa e non assicurano una presenza regolare sul mercato, atteso che la direttiva 2004/18/CE, mira all'apertura alla concorrenza nella misura più ampia possibile; conseguentemente le ONLUS possono essere ammesse alle gare pubbliche quali "imprese sociali", in forza del d.lgs. 24 marzo 2006 n. 155 che ha riconosciuto ad esse la legittimazione ad esercitare in via stabile e principale un'attività economica organizzata per la produzione e lo scambio di beni o di servizi di utilità sociale, diretta a realizzare finalità d'interesse generale, anche se non lucrativa.

* * *

Una Azienda Ospedaliera indice una gara per l'affidamento triennale del servizio di trasporto in ambulanza dei degenti che viene affidata a una associazione di volontariato (Croce Bianca). Uno dei partecipanti esclusi impugna l'aggiudicazione (senza ottenerne l'annullamento) lamentando: l'illegittima ammissione a gara dell'associazione di volontariato (ritenuta prova di legittimazione a partecipare in quanto tale), la sua mancata esclusione per non aver prodotto le dichiarazioni di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006 (relative ai presidenti di sezione ed al vice presidente vicario) e l'elusione della prescrizione in ordine alla presentazione di una relazione di sole 20 pagine (avendo invece prodotto, di fatto, una relazione di oltre 100 pagine per effetto del rinvio ad allegati).

Il giudice di seconda istanza respinge la prima doglianza, sollevata con specifico riferimento alla nozione di imprenditore, o meglio, di "operatore economico che offre servizi sul mercato" da questa prospettata: la disciplina comunitaria (direttiva

2004/18/CE), infatti, ha inteso non già restringere tale nozione, bensì aprire alla concorrenza nella misura più ampia possibile, sia nell'interesse comunitario alla libera circolazione dei prodotti e dei servizi, sia nell'interesse della stessa stazione appaltante. Ne consegue che possono partecipare ad appalti pubblici anche i soggetti che, autorizzati dalla normativa nazionale ad offrire servizi sul mercato, *“non perseguono un preminente scopo di lucro, non dispongono di una struttura organizzativa di un'impresa e non assicurano una presenza regolare sul mercato ...”*, occorrendo financo, ove necessario, disapplicare la normativa nazionale ove non conforme.

Con particolare riferimento alle ONLUS, poi, il giudice amministrativo rileva come queste siano state considerate quali *“imprese sociali”*, riconosciute dal d.lgs. 24 marzo 2006 n. 155 che le ha legittimate ad esercitare in via stabile e principale un'attività economica organizzata per la produzione e lo scambio di beni o di servizi di utilità sociale, diretta a realizzare finalità d'interesse generale, anche se non lucrativa, con la conseguente possibilità di partecipare alle gare pubbliche.

Il citato decreto legislativo rappresenta appunto la sopra menzionata autorizzazione nazionale, cui si aggiungono, nel caso di specie, la L.R. Lombardia n. 1 del 2008, la legge n. 266 del 1991 e il d.m. 25 maggio 1995. Nessun rilievo trovano anche le altre due censure: la prima, quella sulla incompletezza delle dichiarazioni di cui all'art. 38, co. 1, del d.lgs. n. 163 del 2006 rese in sede di istanza di partecipazione in quanto carenti di quelle del presidente generale vicario e dei presidenti di sezione, è respinta sulla base della natura dei soggetti coinvolti che non ricadono nel disposto del cit. art. 38, co. 1, (il presidente vicario, in quanto tale, non ha alcun potere se non previa formale investitura; i presidenti di sezione hanno deleghe di contenuto assai limitato); la seconda, quella relativa alla elusione della lunghezza (solo venti pagine) della relazione consentita dal capitolato, viene altresì respinta sulla base della considerazione che la *lex specialis* non prevedeva alcuna sanzione in caso di mancata osservanza del disposto e della natura meramente esplicativa dell'allegato manuale che non modificava in alcun modo la proposta presentata.

NON È POSSIBILE UTILIZZARE L'AVVALIMENTO PER LA MESSA A DISPOSIZIONE DI REQUISITI SOGGETTIVI

Consiglio di Stato, sez. V, 5 novembre 2012 n. 5595 - Pres. Barra Caracciolo, Est. Lotti

Appalto di servizi - Avvalimento - Ratio: favor per concorrenza e partecipazione - Limiti - Requisiti di tipo soggettivo - Intrinsecamente connessi al soggetto e non all'impresa

Nelle gare d'appalto, l'istituto dell'avvalimento, anche se di portata generale, non può superare l'infungibilità dei requisiti stabiliti dagli articoli 38 e 39 del Codice dei Contratti in quanto sono per propria natura intrinsecamente legati al soggetto e alla sua idoneità a porsi come valido e affidabile contraente per l'Amministrazione. È pur vero che oggetto di un contratto di avvalimento possono essere sia requisiti materiali che immateriali, ma la peculiare natura dei requisiti soggettivi di cui ai citati articoli 38 e 39 rende giuridicamente impossibile che essi possano costituire l'oggetto dell'avvalimento in quanto non possono costituire una prestazione ai sensi degli articoli 1173 e 1321 del Codice Civile.

* * *

Un Comune indice una gara per la concessione dei servizi cimiteriali. La gara viene aggiudicata ad una società in nome collettivo. Altra impresa partecipante ricorre al Giudice che accoglieva il ricorso fondato essenzialmente sulla censura della mancata esclusione dell'aggiudicataria in quanto non in possesso di un requisito di tipo soggettivo (iscrizione alla Camera di Commercio per i servizi di manutenzione immobili, manutenzione del verde e per i servizi cimiteriali che costituivano oggetto della concessione). Per tale requisito l'impresa aveva utilizzato l'istituto dell'avvalimento.

Nel giudizio di appello il Consiglio di Stato conferma la sentenza del Giudice di primo grado. Secondo il Consiglio di Stato, infatti, è pur vero che l'indirizzo giurisprudenziale, ormai consolidato dopo la sentenza della sezione III 15 novembre 2011, n. 6040, depone a favore di un'applicazione di portata generale dell'avvalimento, ma questo incontra un limite logico insormontabile ove si pretenda di applicarlo anche per requisiti di tipo soggettivo, quali quelli di cui agli articoli 38 e 39 del Codice

appalti; fra essi rientra, nel caso di specie, quello costituito (e sanzionato dalla lex specialis con l'esclusione) dell'iscrizione camerale a specifiche categorie di servizi, che non può, per propria stessa natura divenire oggetto di un impegno negoziale poiché non può essere tradotto in una prestazione.

PARTENARIATO PUBBLICO-PUBBLICO: LEGITTIMITÀ DELL'ACCORDO TRA P.A. E CROCE ROSSA ITALIANA PER L'ESPLETAMENTO DI SERVIZI SOCIALI, ASSISTENZIALI E SANITARI

TAR Lazio, Roma, sez. III-quater, 27 novembre 2012, n. 9844 – Pres. Riggio, Est. Ferrari

Convenzione - Assistenza sanitaria in emergenza con autoambulanze - Affidamento diretto - Criteri del partenariato pubblico-pubblico - Croce Rossa Italiana - Natura ente - Personalità di diritto pubblico - Attività sanitaria socio-assistenziale senza scopo di lucro - Limiti statutari alla stipulazione di appalti - Legittimità convenzione

È legittimo l'affidamento mediante convenzione ex art. 15 l. 7 agosto 1990, n. 241 (che preveda il solo rimborso delle spese vive sostenute e debitamente documentate) di servizi sociali, assistenziali e sanitari da parte dello Stato, delle Regioni o di altri enti pubblici (in particolare aziende sanitarie locali o agenzie regionali per l'emergenza sanitaria) alla Croce Rossa Italiana, ente dotato di personalità giuridica di diritto pubblico, che, in base al diritto vigente ed al suo statuto, non può offrire sul mercato i servizi oggetto della sua attività istituzionale e, pertanto, non può partecipare a gare pubbliche indette per l'aggiudicazione di tali appalti-servizi a titolo oneroso.

* * *

L'Agenda Regionale per l'Emergenza Sanitaria (ARES) 118 della Regione Lazio stipula una convenzione ex art. 15 l. n. 241/1990 con la Croce Rossa Italiana per l'acquisizione dei servizi per l'integrazione del sistema di emergenza sanitaria, revocando la precedente determina di affidamento ad una società cooperativa a r.l., che avrebbe dovuto invece cessare solo dopo l'aggiudicazione della gara pubblica all'uopo espletata. Tale società cooperativa a r.l. impugna dinanzi al Giudice amministrativo la predetta convenzione, sostanzialmente denunciando la violazione delle regole nazionali ed europee sugli appalti pubblici, che avrebbero imposto lo svolgimento di una procedura ad evidenza pubblica.

Il T.A.R. Lazio respinge il ricorso ricordando che, in base alla più recente giurisprudenza U.E., i partenariati pubblico-pubblico non rientrano nel campo di applicazione delle direttive sugli appalti pubblici a condizione che siano soddisfatti i seguenti criteri:

- a) scopo del partenariato sia l'esecuzione di un compito di servizio pubblico spettante a tutte le autorità locali in questione;
- b) il compito sia svolto esclusivamente dalle autorità pubbliche, senza la partecipazione di privati o di imprese private;
- c) l'attività sia espletata essenzialmente per le autorità pubbliche coinvolte.

Nel caso di specie, il ricorso al partenariato pubblico-pubblico non determina una situazione di potenziale contrasto con il principio di concorrenza (circostanza, questa, che ha indotto il Consiglio di Stato a rimettere alla Corte di Giustizia questione pregiudiziale nei casi in cui la p.a. con la quale è stato concluso un accordo di collaborazione – un'Università – rivesta al tempo stesso la qualità di 'operatore economico'). Infatti, in base alla normativa (italiana) vigente ed al suo statuto (così come interpretati dalla giurisprudenza amministrativa), la Croce Rossa Italiana è un ente dotato di personalità giuridica di diritto pubblico (ed è quindi un'amministrazione aggiudicatrice, poiché soddisfa una funzione di interesse generale, dal carattere non industriale o commerciale; la trasformazione della Croce Rossa Italiana in soggetto di diritto privato ai sensi del d.lgs. 28 settembre 2012 n. 178 si avrà solo a decorrere dal 1 gennaio 2014), che non esercita, a titolo principale, un'attività lucrativa sul mercato. Non potendo, dunque, la Croce Rossa Italiana offrire sul mercato i servizi oggetto della sua attività istituzionale (e non potendo, pertanto, partecipare a gare pubbliche indette per l'aggiudicazione di tali appalti-servizi a titolo oneroso) e prevedendo la normativa ad essa relativa lo svolgimento di attività o servizi attinenti alle sue finalità istituzionali per conto dello Stato, delle Regioni e degli altri Enti pubblici mediante lo strumento della convenzione, la convenzione ex art. 15 l. n. 241/1990 impugnata da parte ricorrente è pienamente legittima (in forza dell'art. 15 l. n. 241/1990, gli enti pubblici possono 'sempre' utilizzare lo strumento convenzionale per concludere tra loro accordi organizzativi volti a disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune, in particolare al fine di programmare e realizzare, per quanto concerne in specie l'ambito di attività proprio della Croce Rossa Italiana, servizi sanitari e socio-assistenziali).

Il diritto e la giurisprudenza europei sono perfettamente rispettati perché, se è vero che – in base alla giurisprudenza della Corte di Giustizia – la partecipazione alle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici non può dirsi riservata ai soli prestatori che offrano servizi sul mercato in modo sistematico ed a titolo professionale, con esclusione dei soggetti, anche pubblici, che non perseguono un preminente scopo di lucro, è vero pure – tanto si legge, per esempio, nella sentenza del Consiglio di Stato, sez. III, 9 agosto

2011, n. 4720 – che, in base all’art. 4, n. 1, della direttiva 2004/18, gli Stati membri hanno il potere di autorizzare o non talune categorie di operatori a fornire determinati tipi di prestazioni (ed è questo il caso della Croce Rossa Italiana, che, in base alla normativa vigente, non è autorizzata ad offrire i suoi servizi sul mercato).

Infine, elemento rilevante a riprova della legittimità del *modus operandi* dell’Ares 118 della Regione Lazio è la circostanza che la Croce Rossa Italiana non ricava alcun guadagno dallo svolgimento del servizio in questione, ma, con il corrispettivo che riceve, copre le sole spese vive sostenute e debitamente documentate.

AMMISSIBILITÀ DELL'AVVALIMENTO OPERATIVO E DIVIETO DI ESCLUSIONE IN CASO DI OMISSIONI NELLA MODULISTICA

Consiglio di Stato, sez. V, 8 novembre 2012 n. 5692 - Pres. FF Saltelli, Est. Amicuzzi

Appalto di servizi - 1. Avvalimento - Requisiti rilevanti sulla capacità tecnico-organizzativa - Messa a disposizione del personale dell'ausiliaria - Avvalimento operativo - Ammissibilità - 2. Dichiarazioni rese sulla modulistica predisposta dalla PA - Lacune modulistica - Tutela dell'affidamento - Favor participationis

Avendo l'ausiliaria messo a disposizione il requisito di capacità tecnico-organizzativa del numero medio di personale tecnico utilizzato nel triennio precedente per il raggiungimento dei requisiti richiesti dalla "lex specialis" e per tutta la durata dell'appalto, ben poteva porre a disposizione non solo i propri requisiti sulla carta, ma anche le effettive prestazioni dei propri dipendenti tecnici, avendo essa specificato i requisiti e le risorse oggetto di avvalimento (come prescritto dall'art. 49, comma 2, lettera d), del d. lgs. n. 163/2006) e dichiarato di mettere a disposizione anche "le risorse necessarie di cui è carente il concorrente.

La circostanza che un concorrente abbia puntualmente seguito le indicazioni fornite dalla stazione appaltante nella "lex specialis" e nella modulistica ufficiale non può andare in danno del medesimo, dovendo prevalere, a fonte di un'oggettiva incertezza ingenerata dagli atti predisposti dalla stazione appaltante e della buona fede che va riconosciuta al concorrente, il principio del "favor participationis"; anche se tale principio ha di norma carattere recessivo rispetto al principio della "par condicio", tuttavia l'esigenza di apprestare tutela all'affidamento inibisce alla stazione appaltante di escludere dalla gara pubblica un'impresa che abbia compilato l'offerta in conformità alle prescrizioni della legge di gara o al facsimile di offerta da essa stessa approntato, potendo eventuali parziali difformità costituire oggetto di richiesta di integrazione.

* * *

Un Comune indiceva una gara per affidare servizi di ingegneria che veniva aggiudicata ad un raggruppamento di imprese. Altro concorrente lamentava una violazione sia dell'art. 49, sia dell'art. 38 del codice dei contratti pubblici.

L'ausiliaria dell'aggiudicataria aveva infatti reso una mera dichiarazione dalla quale non si evinceva la disponibilità ad adibire propri dipendenti alla prestazione dei servizi oggetto di affidamento, mentre dall'offerta risultava che l'ausiliata aveva previsto la partecipazione individuale di dipendenti di detta società ausiliaria all'esecuzione del contratto. I legali rappresentanti dell'aggiudicataria non avevano reso le dichiarazioni previste dalla lettera m ter dell'art. 38 del codice dei contratti pubblici.

Il TAR respingeva il ricorso e il Consiglio di Stato ne confermava la decisione.

La doglianza in materia di avvalimento non era meritevole di accoglimento poiché non è previsto da alcuna disposizione di legge o di gara l'indicazione di un elenco specifico delle risorse messe a disposizione. Detti servizi potevano essere svolti mediante professionisti dell'ausiliaria e non era necessaria una ulteriore dichiarazione con la quale tanto venisse esplicitato, avendo l'ausiliaria messo a disposizione dell'ausiliata il requisito di capacità tecnico - organizzativa del numero medio di personale tecnico utilizzato nel triennio precedente.

Anche la censura in materia di omessa dichiarazione sostitutiva non poteva essere accolta. Nell'omettere la dichiarazione ex art. 38 lett. m-ter l'aggiudicataria era infatti stata indotta in errore dalla modulistica della Stazione Appaltante e pertanto un'esclusione dell'aggiudicataria sarebbe stata in contrasto con il *favor participationis*, nonché con i principi del legittimo affidamento, di certezza del diritto, di buona fede e lealtà e collaborazione tra pubblico e privato.

* * *

CONFORMI: Consiglio di Stato, sez. V, 5 luglio 2012 n. 4029

SERVIZI DI SORVEGLIANZA: LA LOCALIZZAZIONE DELLA CENTRALE OPERATIVA ATTIENE LA FASE DELL'ESECUZIONE

Consiglio di Stato, sez. IV, 28 novembre 2012 n. 6026 - Pres. Giaccardi, Est. Greco

Appalto di servizi - Servizi di sorveglianza - 1. Sede della "centrale operativa" - Condizione attinente la fase di esecuzione e non requisito di partecipazione - Disapplicazione - 2. Bando di gara - Lettera d'invito - Contraddizioni - Prevalenza del bando

Nelle gare per l'affidamento dei servizi di sorveglianza la disponibilità di una "centrale operativa" nell'ambito del territorio della stessa provincia in cui deve essere prestato il servizio è condizione contrattuale, che deve essere rispettata nella fase di esecuzione del contratto e non anche requisito di partecipazione richiesto a pena di esclusione. Ne consegue la legittimità della scelta di non attivare una apposita "centrale operativa" e, dunque, sia della dichiarazione in tal senso esplicitata nell'offerta dell'aggiudicatario - che ha ritenuto, dando prevalenza alla normativa europea, che la prescrizione del bando sarebbe risultata illegittima, laddove intesa nel senso di imporre l'apertura di un'autonoma sede operativa, in violazione dei principi della libera concorrenza -, che della conforme interpretazione della commissione di gara che ha escluso un'arbitraria disapplicazione della lex specialis.

La lettera di invito non può, in un sistema dominato dal principio della tassatività delle clausole di esclusione, introdurre ulteriori restrizioni che possano condurre all'esclusione delle imprese partecipanti nel caso del mancato possesso del requisito richiesto.

* * *

La SOGIN S.p.a. ha dato corso ad una procedura ristretta per l'affidamento del servizio di vigilanza armata ispettiva presso vari siti, tra cui quello di Vercelli, richiedendo, per quanto di interesse, che i concorrenti:

1. si impegnassero ad avere una "centrale operativa" in provincia di Vercelli;
2. avessero svolto già un servizio analogo a quello oggetto della gara presso un unico sito con continuità operativa;

3. fossero in possesso di una licenza prefettizia per lo svolgimento di attività di vigilanza, ispettiva e fissa, nell'ambito territoriale del lotto di riferimento dell'offerta.

Secondo la ricorrente, tutti e tre questi requisiti sarebbero mancati in capo all'aggiudicataria, con la conseguenza che la sua ammissione alla gara integrerebbe un'inammissibile disapplicazione della *lex specialis*. In particolare, è incontestato che la stessa concorrente, poi risultata aggiudicataria, ha dichiarato di non intendere creare una "centrale operativa" in provincia di Vercelli e ciò, secondo la ricorrente, avrebbe dovuto condurre all'esclusione *tout court* della sua offerta.

Nel rigettare il ricorso in appello e, quindi, nell'affermare la legittimità dell'operato della stazione appaltante, il ragionamento logico seguito dal Consiglio di Stato prende le mosse dalla natura di detta clausola, la quale imponeva ai concorrenti l'impegno ad avere una "centrale operativa" in provincia di Vercelli. Attribuire alla stessa la qualifica di condizione contrattuale, rilevante nella sola fase di esecuzione contrattuale e non anche di clausola posta a pena di esclusione (anche in considerazione del fatto che né il bando, né la lettera di invito sanzionavano in tal modo la mancanza dell'impegno) e, quindi, escludere che l'offerta tecnica dovesse necessariamente prevedere, quale elemento costitutivo, il possesso di una sede operativa in Vercelli, ha consentito al Collegio di compiere un ulteriore passo verso l'affermazione della legittimità dell'operato della stazione appaltante. Quest'ultima, infatti, risulta aver condiviso la tesi dell'aggiudicataria, secondo cui l'imposizione di una sede nel territorio in cui il servizio deve essere prestato integrerebbe la violazione dei principi comunitari posti a tutela della libera concorrenza. Ciò ha legittimato sia la concorrente, che la commissione di gara a disapplicare la *lex specialis* in contrasto con i suddetti principi, ponendo in essere un *modus operandi* ritenuto conforme alla legge da parte del giudice di secondo grado.

La stessa *lex specialis* prevedeva, peraltro, che i concorrenti dimostrassero il possesso del requisito dell'avvenuto, regolare, svolgimento, nel triennio precedente, di almeno un servizio analogo a quello oggetto di gara (c.d. contratto di punta), svolto "in un unico sito con continuità operativa". Rispetto a tale requisito il Consiglio di Stato ha ritenuto che, al fine di integrare il requisito richiesto, potesse essere preso in considerazione anche il servizio analogo prestato nell'ambito di un'obbligazione più ampia, relativa a "servizi misti" (nella fattispecie l'aggiudicataria aveva eseguito, presso il Comune di Milano, il servizio di "sorveglianza armata di varia tipologia – accoglienza/reception diurna – manutenzione di impianti di segnalazione incendio, sicurezza furto e TVCC – fornitura e posa in opera di tornelli presso gli edifici comunali"). Inoltre, è stato ritenuto che il requisito dell' "unico sito" fosse integrato anche nel caso in cui il servizio fosse

stato svolto su più sedi, ma nell'ambito della medesima località (nel caso di specie si trattava di più sedi del Comune di Milano).

Infine, nella fattispecie, la lettera d'invito richiedeva la presentazione di "...copia semplice della licenza prefettizia, in corso di validità, rilasciata all'istituto per lo svolgimento di attività di vigilanza, ispettiva e fissa, nell'ambito territoriale del lotto per il quale presenta offerta".

Il giudice amministrativo ha ritenuto - premesso che la lettera d'invito non può derogare al bando di gara, che non prevedeva tale obbligo a pena di esclusione -, che il richiedere, già in sede di partecipazione alla gara, l'avvenuto rilascio dell'estensione dell'autorizzazione prefettizia al territorio in cui il servizio deve essere svolto si porrebbe in contrasto con i principi comunitari della libera concorrenza. Ai fini della partecipazione alla gara, dunque, deve ritenersi sufficiente, come è stato nella fattispecie, la produzione dell'istanza volta ad ottenere l'estensione dell'ambito territoriale di efficacia dell'autorizzazione di polizia.