

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 15/02/2016

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/37777-avvalimento-obbligo-impresa-ausilaria-dettaglio-fattori-produttivi-economico-finanziari-e-tecnico-organizzativi>

Autore: Lazzini Sonia

Avvalimento obbligo impresa ausilaria dettaglio fattori produttivi economico-finanziari e tecnico-organizzativi

Nelle gare pubbliche elemento essenziale dell'istituto dell'avvalimento, è la reale messa a disposizione delle risorse umane e dei beni strumentali occorrenti per la realizzazione dei lavori o dei servizi oggetto di gara,

sonia lazzini

con conseguente obbligo per l'impresa ausiliata di presentare alla stazione appaltante l'elencazione dettagliata dei fattori produttivi, in modo da consentirle di conoscere la consistenza del complesso economico-finanziario e tecnico-organizzativo offerti in prestito dall'ausiliaria e di valutare la loro idoneità all'esecuzione dell'opera (Cons. St., sez. V, 28.9.2015, n. 4507).

Orbene, tutto ciò considerando, la conclusione del T.A.R. ligure in ordine alla indeterminatezza del contratto di avvalimento va immune da censura.

Il contratto di avvalimento (doc. 11 fasc. parte appellante), infatti, prevede espressamente ed esclusivamente che «in relazione alla gara per l'affidamento di "Procedura aperta per la fornitura in service di trattamenti depurativi extra-corporei per la cura dell'uremia" bandita da ARS Centro Regionale di Acquisto di Genova, la società F_ Medical Care Italia s.p.a., nella sua qualità di impresa ausiliaria, si impegna a mettere a disposizione di ricorrente, ai fini della partecipazione alla gara nonché per l'esecuzione della stessa in caso di aggiudicazione, i requisiti economici finanziari e tecnico professionali in suo possesso di cui alla lettera b) delle premesse».

La lettera b) delle premesse, a sua volta, si limita a ricordare che «la

gara in questione prevede che il concorrente sua in possesso dei requisiti economico finanziari indicati a pag. 4 rif. a disciplinare di gara (punti 8 dell'istanza di partecipazione Allegato F1) nonché dei requisiti tecnico professionali (punto 9 dell'istanza di partecipazione Allegato F1) ».

È evidente che una simile formulazione del contratto non sfugge alla censura di indeterminatezza, nell'oggetto, che contrasta con la finalità del medesimo contratto, come sopra ricordata, poiché dalla sua lettura non è dato comprendere, nemmeno adottando un'interpretazione improntata ai più latenti criteri sostanzialistici di cui si è fatto cenno, quali siano in concreto le risorse, i mezzi e l'apparato organizzativo che F_ Medical Care Italia s.p.a. mette a disposizione di ricorrente s.r.l.

Né giova a quest'ultima richiamare il contratto di distribuzione esclusiva stipulato con F_ Medical Care Italia s.p.a., non menzionato, nemmeno per relationem, nel contratto di avvalimento, poiché in assenza di ulteriori determinazioni, in quest'ultimo, circa i concreti rapporti esistenti tra le parti e il loro assetto organizzativo vano è ora invocare tardivamente, in questa sede, un non meglio precisato «contesto dei rapporti che integra fisiologicamente il contratto di avvalimento e delinea il quadro complessivo delle relazioni esistente tra ausiliaria e concorrente» (p. 16 del ricorso).

Tale contesto non può integrare "fisiologicamente" il contenuto dell'avvalimento non solo perché esso è un elemento esterno al contratto, ma perché di esso non vi è traccia nel contratto stesso, che nemmeno lo richiama per relationem, sicché attraverso l'invocata interpretazione sostanzialistica si perverrebbe, surrettiziamente, ad una eterointegrazione dello stesso, che ne conferma una volta di più, anziché sanarne, la irrimediabile lacunosità.

La delibazione effettuata del primo giudice, pertanto, non è in alcun

modo atomistica né formalistica, ma anzi, nel prendere in esame persino il contratto di distribuzione esclusiva, nemmeno menzionato nel contratto di avvalimento, si è fatta carico di una interpretazione sostanzialistica dell'offerta, nel suo significato economico, al fine di valutarne, secondo un criterio di sostanza, la concretezza, ed è stata ampia, precisa e rigorosa, giungendo alla irrimediabile, e condivisibile, conclusione che il contenuto del contratto di avvalimento è e rimane, nonostante tutto e ad onta di ogni più elastica valutazione, generico, in violazione sia dell'art. 1346 c.c. che dell'art. 49 del d. lgs. 163/2006 (e dell'art. 88 del d.P.R. 207/2010).

Ne segue, quindi, la reiezione del primo motivo di appello qui proposto.

Anche il secondo motivo di gravame (pp. 18-24 del ricorso) è infondato.

Con esso l'appellante, denunciando la violazione dell'art. 112 c.p.c., tenta di sostenere che la presunta insufficienza del contratto poteva e doveva essere sanata dal T.A.R., che non si è pronunciato sulla relativa questione postagli da ricorrente s.r.l., tramite il c.d. soccorso istruttorio, di cui all'art. 46, comma 1, del d. lgs. 163/2006, richiamato dal paragrafo 4, p. 6, del disciplinare di gara o, comunque, con l'applicazione degli artt. 46, comma 1-ter, e 38, comma 2-bis, del d. lgs. 163/2006, come modificati dal d.l. 90/2014 e vigenti dal 24.6.2014 e, quindi, applicabili *ratione temporis* alla gara in oggetto, siccome da ultimo pubblicata in G.U.U.E. del 26.7.2014 e in G.U.R.I. del 25.7.2014 (docc. 2 e 3 fasc. parte ricorrente in primo grado).

Il motivo, in entrambi i profili qui prospettati, non merita condivisione.

Quanto al primo profilo, infatti, l'appellante trascura che il documento non era né mancante né incompleto, sul piano materiale, ma generico e inidoneo dal punto di vista contenutistico, quanto, cioè, ad uno dei

requisiti del contratto richiesti a pena di nullità e, cioè, l'oggetto, ai sensi dell'art. 1346 e dell'art. 1418, comma secondo, c.c., sicché a tale indeterminatezza dell'oggetto, con conseguente genericità dell'offerta, non può avviarsi con il soccorso istruttorio.

Tanto ha autorevolmente insegnato, con funzione nomofilattica, l'Adunanza Plenaria di questo Consiglio nella sentenza n. 9 del 25.2.2014, laddove ha chiarito che esso «non può essere mai utilizzato per supplire a carenze dell'offerta sicché non può essere consentita al concorrente negligente la possibilità di completare l'offerta successivamente al termine finale stabilito dal bando, salva la rettifica di errori materiali o refusi».

In questo senso, conforme all'insegnamento dell'Adunanza Plenaria, si è del resto espressa anche questa Sezione in numerosi precedenti proprio relativi al contratto di avvalimento indeterminato, rispetto al quale essa ha più volte, e sotto diversi profili, negato la legittimità del soccorso istruttorio (v., ex plurimis, Cons. St., sez. III, 22.1.2014, n. 294 nonché, più di recente, Cons. St., sez. III, 17.12.2015, n. 5703).

Quanto al secondo profilo dedotto nel motivo è sufficiente rilevare che la disciplina recata dal d.l. n. 90 del 2014 è inapplicabile *ratione temporis* in quanto il bando è stato pubblicato per la prima volta nel maggio del 2015 (2014 n.d.r.), risultando irrilevanti, in parte qua, le integrazioni alla legge di gara successive all'entrata in vigore del menzionato d.l. n. 90

il testo integrale di Consiglio di Stato Consiglio di Stato decisione numero 346 del 29 gennaio 2016

N. 00346/2016REG.PROV.COLL.

N. 07039/2015 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

(...)

FATTO e DIRITTO

1. Con determinazione n. 86 del 28.4.2014 il Direttore dell'Area Centrale Regionale di Acquisto dell'ARS – Agenzia Regionale Sanitaria Liguria (di qui in avanti, per brevità, ARS Liguria) ha indetto un **gara** a procedura aperta, ai sensi dell'art. 55 del d. lgs. 163/2006, per l'affidamento della fornitura in service dei trattamenti depurativi extra-corporei per la cura dell'uremia occorrenti alle AA.SS.LL. e IRCCS della Regione Liguria per un periodo di tre anni.

1.1. Secondo quanto disposto dall'art. 9 del capitolato tecnico, l'aggiudicazione del lotto 1, avente ad oggetto la fornitura di trattamenti di "Tecniche diffusive" e "Tecniche convettive miste" per un importo annuale – IVA esclusa – di € 4.200.000,00, sarebbe avvenuta in base ai principî dell'accordo quadro, ai sensi dell'art. 59 del d. lgs. 163/2006, con aggiudicazione, rispettivamente, del 70% al primo classificato e del 30% al secondo classificato.

1.2. L'esito della **gara**, per il lotto 1, vedeva quale prima classificata ricorrente s.r.l., quale seconda classificata*** s.r.l. e, infine, al terzo posto controinteressata Hosal s.p.a., sicché ARS Liguria, con provvedimento n. 112 dell'11.5.2015, ha aggiudicato la fornitura, nella misura prevista del 70%, alla prima classificata ricorrente s.r.l.

2. Quest'ultima, odierna appellata, assumendo l'illegittimità degli atti con i quali ARS Liguria ha disposto l'ammissione di ricorrente s.r.l. alla **gara** e, poi, le ha aggiudicato il primo posto nel lotto 1 della fornitura, ha impugnato avanti al T.A.R. Liguria tali atti, chiedendone, previa sospensione, l'annullamento, l'aggiudicazione nella quota di fornitura già assegnata a ricorrente s.r.l. o, in subordine, il risarcimento del danno in forma equivalente.

2.1. Si sono costituite in primo grado ARS Liguria e ricorrente s.r.l., controinteressata, per resistere al ricorso.

2.2. Il T.A.R. Liguria, con la sentenza n. 621 del 3.7.2015 resa in forma semplificata ai sensi dell'art. 60 c.p.a., ha accolto il primo motivo di ricorso, relativo all'accertata indeterminatezza del contratto di avvalimento tra ricorrente s.r.l. e F_Medical Care Italia s.p.a., annullando gli atti di **gara**, nella parte concernente l'ammissione di ricorrente s.r.l. alla **gara** e l'aggiudicazione definitiva della fornitura disposta in suo favore, e ha condannato ARS Liguria e ricorrente s.r.l., in solido, alla rifusione delle spese di lite in favore della ricorrente.

3. Contro tale sentenza propone appello ricorrente s.r.l., assumendone l'erroneità per tre distinti motivi che saranno di seguito esaminati, e ne chiede, previa sospensione, la riforma, con

conseguente reiezione del ricorso proposto in primo grado da controinteressata Hosal s.p.a.

3.1. Si è costituita l'ARS Liguria, aderendo al gravame proposto da ricorrente s.r.l., e si è costituita altresì controinteressata Hosal s.p.a., per resistere, invece, ad esso e per riproporre, ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a., i motivi (implicitamente) assorbiti o, comunque, non esaminati dal primo giudice.

3.2. Nella camera di consiglio del 10.9.2015, fissata per l'esame della domanda cautelare di cui all'art. 98 c.p.a., il Collegio, ritenuto di dover decidere con sollecitudine la controversia nel merito, l'ha rinviata per la discussione alla pubblica udienza del 21.1.2016.

3.3. Nella pubblica udienza del 21.1.2016 il Collegio, uditi i difensori delle parti, ha trattenuto la causa in decisione.

4. Preliminarmente deve essere esaminata l'eccezione di inammissibilità della costituzione di ARS Liguria, sollevata dall'appellata controinteressata Hosal s.p.a., la quale assume che l'Amministrazione, soccombente in primo grado e costituitasi nel presente grado di giudizio incardinato da altra soccombente (ricorrente s.r.l.), avrebbe dovuto proporre rituale appello, principale o incidentale, non essendole consentito di proporre, attraverso la costituzione nel presente giudizio, censure che avrebbe dovuto dedurre e introdurre attraverso la proposizione del necessario gravame.

4.1. L'eccezione, così formulata e intesa, non merita accoglimento.

4.2. Questo Consiglio ha di recente chiarito, infatti, che l'Amministrazione resistente in prime cure che non intenda appellare la sentenza che l'ha vista soccombente né proporre proprie censure specifiche e diverse da quelle proposte da un'altra parte soccombente che invece tale sentenza impugni, *«ben può limitarsi a costituirsi in secondo grado aderendo all'iniziativa giurisdizionale proposta dall'originario controinteressato, non essendo obbligata a proporre appello incidentale o autonomo per prendere parte al processo d'appello»* (v., ex plurimis, Cons. St., sez. V, 23.3.2015, n. 1559) se, come nel caso di specie, essa è stata evocata in giudizio e non ha proposto intervento adesivo in elusione dell'onere di utilizzare quale strumento di impugnazione il rimedio appellatorio sancito dall'art. 102, co. 1, c.p.a.

Né si realizza, ammettendo tale costituzione, alcun aggiramento del termine impugnatorio a carico della parte soccombente, poiché quest'ultima non introduce nel giudizio di appello alcun thema decidendum diverso da quello ritualmente devoluto alla cognizione del secondo giudice da parte di altra parte soccombente, dovendosi altrimenti ammettere che essa sia tenuta, per interloquire in secondo grado, a "duplicare" l'impugnazione già proposta da altra parte, in modo del tutto irragionevole.

4.3. Diversa, invece, e non assimilabile al caso di specie è l'ipotesi del controinteressato o dell'Amministrazione soccombenti nel giudizio di primo grado, che abbiano interesse all'annullamento della relativa sentenza, per quanto attiene, sul piano soggettivo, alla propria specifica posizione (scindibile dalle altre), o intendano proporre, sul piano oggettivo (e, quindi, anche in caso di rapporti inscindibili), proprie specifiche censure, poiché essi devono in tali ipotesi impugnare la sentenza ritualmente, in via autonoma od in via incidentale dopo l'altrui impugnazione proposta per prima, non potendo eludere tale onere mediante la mera costituzione nel giudizio promosso da un altro soccombente e con il successivo deposito di una memoria, peraltro non notificata e dunque inammissibile (v., inter multas, Cons. St., sez. III, 28.10.2013, n. 5174).

4.4. Di qui, per le ragioni e secondo i limiti appena precisati, la validità della costituzione effettuata dall'Amministrazione appellata nel presente grado di giudizio, nella misura in cui essa non introduce, né intenda introdurre, censure nuove rispetto a quelle sollevate dall'appellante, salva naturalmente ogni conseguenza processuale, anche in ordine alla rifusione delle spese (come si dirà), dell'atteggiamento difensivo assunto nel costituirsi nel giudizio di gravame da altri incardinato.

5. L'appello nel merito non può trovare accoglimento.

6. Con un primo motivo (pp. 10-18 del ricorso) l'appellante deduce l'erroneità della sentenza resa in forma semplificata dal T.A.R., quanto alla declaratoria di manifesta fondatezza del ricorso proposto da controinteressata Hospal s.p.a., per error in iudicando, carenza di motivazione, violazione e/o falsa applicazione dell'art. 49 del d. lgs. 163/2006 e dell'art. 88 del d.P.R. 207/2010.

6.1. ricorrente s.r.l., in sintesi, deduce che il contratto di avvalimento, oggetto del giudizio, non sarebbe affatto generico, come invece ha ritenuto il primo giudice, perché tale contratto conterrebbe l'esatta indicazione dei requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali, dei quali l'ausiliata interebbe valersi, senza considerare che, peraltro, F_ Medical Care s.p.a. ha offerto a ricorrente s.r.l. un supporto concreto e sostanziale, avendo messo a disposizione i propri mezzi, le proprie prassi produttive e i propri elementi aziendali qualificanti, tanto che ricorrente s.r.l., in virtù del contratto di distribuzione esclusiva stipulato con F_ Medical Care Italia s.p.a., ha offerto in **gara** prodotti fabbricati dalla stessa F_ Medical Care Italia s.p.a. nonché il servizio di assistenza tecnico e manutentivo tramite personale addestrato da F_ Medical Care Italia s.p.a. nell'ambito di un rapporto di collaborazione costante e durevole nel tempo.

6.2. Il primo giudice non avrebbe così compreso che null'altro F_ Medical Care Italia s.p.a. avrebbe potuto trasferire a ricorrente s.p.a., in termini di risorse e mezzi, oltre ai prodotti oggetto di fornitura, nonché alla formazione, all'addestramento, alle procedure operative e alla collaborazione per la correlata assistenza.

6.3. Così ragionando, pertanto, il T.A.R. avrebbe offerto del contratto e, più, in generale dell'offerta, una lettura astratta e formalistica, decontestualizzata dal caso di specie, senza considerare appunto, nel suo sostanziale significato economico, la complessiva offerta presentata in **gara** dal concorrente.

6.4. Il tema di decisione centrale del presente giudizio, che ancora una volta torna all'attenzione di questo Consiglio, è la vexata quaestio della validità o meno, sotto il profilo della determinatezza, del contratto di avvalimento.

6.5. Senza qui di nuovo ripetere e ripercorrere, per obbligo di sintesi (art. 3, comma 2, c.p.a.), tutto il percorso interpretativo che ha caratterizzato la complessa materia, valga qui ricordare l'approdo ermeneutico al quale è pervenuta, talvolta non senza interni contrasti, la giurisprudenza di questo Consiglio.

6.6. Benché il contratto di avvalimento non possa essere ricondotto ad alcuna specifica tipologia, tanto che ne è stata più volte ribadita la sua atipicità lasciata all'autonomia negoziale delle parti, la prova dell'effettiva disponibilità delle risorse dell'ausiliario da parte dell'ausiliato comporta, però, la necessità che il contrasto si sostanzi in relazione alla natura ed alle caratteristiche del singolo requisito, e ciò soprattutto nei settori dei servizi e delle forniture, dove non esiste un sistema di qualificazione a carattere unico ed obbligatorio, come accade per gli appalti di lavori, ed i requisiti richiesti vengono fissati di volta in volta dal bando di **gara**.

6.7. Le regole dettate dall'art. 49 del d. lgs. 163/2006 e dall'art. 88 del d.P.R. 207/2010 in materia di

avvalimento, pur finalizzate a garantire la serietà, la concretezza e la determinatezza di questo, non devono, quindi, essere interpretate meccanicamente né secondo aprioristici schematismi concettuali, che non tengano conto del singolo appalto e, soprattutto, frustrando la sostanziale disciplina dettata dalla *lex specialis* (v., ex plurimis, Cons. St., sez. III, 4.12.2014, n. 5978; Cons. St., sez. III, 2.3.2015, n. 1020).

6.8. Poste queste fondamentali premesse, che si ispirano ad un criterio sostanzialistico di recente recepito anche dal d.l. 90/2014, come si accennerà esaminando, infra, il secondo motivo di appello, deve pur rammentarsi che, per altrettanto consolidata giurisprudenza di questo Consiglio, è insufficiente allo scopo assegnato all'avvalimento la sola e tautologica riproduzione, nel testo dei relativi contratti, della formula legislativa della messa a disposizione delle "risorse necessarie di cui è carente il concorrente" o espressioni equivalenti, con la conseguenza che è legittima l'esclusione dalla **gara** pubblica dell'impresa che abbia fatto ricorso all'avvalimento producendo un contratto che non contiene alcuna analitica e specifica elencazione o indicazione delle risorse e dei mezzi in concreto prestati.

6.9. L'esigenza di una puntuale analitica individuazione dell'oggetto del contratto di avvalimento, oltre ad avere un sicuro ancoraggio sul terreno civilistico nella generale previsione codicistica che configura quale causa di nullità di ogni contratto l'indeterminatezza (e l'indeterminabilità) del relativo oggetto, trova la propria essenziale giustificazione funzionale, inscindibilmente connessa alle procedure contrattuali pubbliche, nella necessità di non consentire facili e strumentali aggiramenti del sistema dei requisiti di partecipazione alle gare (Cons. St., sez. V, 30.11.2005, n. 5396).

6.10. Nelle gare pubbliche elemento essenziale dell'istituto dell'avvalimento, infatti, è la reale messa a disposizione delle risorse umane e dei beni strumentali occorrenti per la realizzazione dei lavori o dei servizi oggetto di **gara**, con conseguente obbligo per l'impresa ausiliata di presentare alla stazione appaltante l'elencazione dettagliata dei fattori produttivi, in modo da consentirle di conoscere la consistenza del complesso economico-finanziario e tecnico-organizzativo offerti in prestito dall'ausiliaria e di valutare la loro idoneità all'esecuzione dell'opera (Cons. St., sez. V, 28.9.2015, n. 4507).

6.11. Orbene, tutto ciò considerando, la conclusione del T.A.R. ligure in ordine alla indeterminatezza del contratto di avvalimento va immune da censura.

6.12. Il contratto di avvalimento (doc. 11 fasc. parte appellante), infatti, prevede espressamente ed esclusivamente che «in relazione alla **gara** per l'affidamento di "Procedura aperta per la fornitura in service di trattamenti depurativi extra-corporei per la cura dell'uremia" bandita da ARS Centro Regionale di Acquisto di Genova, la società F_Medical Care Italia s.p.a., nella sua qualità di impresa ausiliaria, si impegna a mettere a disposizione di concorrente, ai fini della partecipazione alla **gara** nonché per l'esecuzione della stessa in caso di aggiudicazione, i requisiti economici finanziari e tecnico professionali in suo possesso di cui alla lettera b) delle premesse».

6.13. La lettera b) delle premesse, a sua volta, si limita a ricordare che «la **gara** in questione prevede che il concorrente sua in possesso dei requisiti economico finanziari indicati a pag. 4 rif. a disciplinare di **gara** (punti 8 dell'istanza di partecipazione Allegato F1) nonché dei requisiti tecnico professionali (punto 9 dell'istanza di partecipazione Allegato F1) ».

6.14. È evidente che una simile formulazione del contratto non sfugge alla censura di indeterminatezza, nell'oggetto, che contrasta con la finalità del medesimo contratto, come sopra

ricordata, poiché dalla sua lettura non è dato comprendere, nemmeno adottando un'interpretazione improntata ai più latenti criteri sostanzialistici di cui si è fatto cenno, quali siano in concreto le risorse, i mezzi e l'apparato organizzativo che F_ Medical Care Italia s.p.a. mette a disposizione di ricorrente s.r.l.

6.15. Né giova a quest'ultima richiamare il contratto di distribuzione esclusiva stipulato con F_ Medical Care Italia s.p.a., non menzionato, nemmeno per relationem, nel contratto di avvalimento, poiché in assenza di ulteriori determinazioni, in quest'ultimo, circa i concreti rapporti esistenti tra le parti e il loro assetto organizzativo vano è ora invocare tardivamente, in questa sede, un non meglio precisato «contesto dei rapporti che integra fisiologicamente il contratto di avvalimento e delinea il quadro complessivo delle relazioni esistente tra ausiliaria e concorrente» (p. 16 del ricorso).

6.16. Tale contesto non può integrare “fisiologicamente” il contenuto dell'avvalimento non solo perché esso è un elemento esterno al contratto, ma perché di esso non vi è traccia nel contratto stesso, che nemmeno lo richiama per relationem, sicché attraverso l'invocata interpretazione sostanzialistica si perverrebbe, surrettiziamente, ad una eterointegrazione dello stesso, che ne conferma una volta di più, anziché sanarne, la irrimediabile lacunosità.

6.17. La delibazione effettuata del primo giudice, pertanto, non è in alcun modo atomistica né formalistica, ma anzi, nel prendere in esame persino il contratto di distribuzione esclusiva, nemmeno menzionato nel contratto di avvalimento, si è fatta carico di una interpretazione sostanzialistica dell'offerta, nel suo significato economico, al fine di valutarne, secondo un criterio di sostanza, la concretezza, ed è stata ampia, precisa e rigorosa, giungendo alla irrimediabile, e condivisibile, conclusione che il contenuto del contratto di avvalimento è e rimane, nonostante tutto e ad onta di ogni più elastica valutazione, generico, in violazione sia dell'art. 1346 c.c. che dell'art. 49 del d. lgs. 163/2006 (e dell'art. 88 del d.P.R. 207/2010).

6.18. Ne segue, quindi, la reiezione del primo motivo di appello qui proposto.

7. Anche il secondo motivo di gravame (pp. 18-24 del ricorso) è infondato.

7.1. Con esso l'appellante, denunciando la violazione dell'art. 112 c.p.c., tenta di sostenere che la presunta insufficienza del contratto poteva e doveva essere sanata dal T.A.R., che non si è pronunciato sulla relativa questione postagli da ricorrente s.r.l., tramite il c.d. soccorso istruttorio, di cui all'art. 46, comma 1, del d. lgs. 163/2006, richiamato dal paragrafo 4, p. 6, del disciplinare di **gara** o, comunque, con l'applicazione degli artt. 46, comma 1-ter, e 38, comma 2-bis, del d. lgs. 163/2006, come modificati dal d.l. 90/2014 e vigenti dal 24.6.2014 e, quindi, applicabili ratione temporis alla **gara** in oggetto, siccome da ultimo pubblicata in G.U.U.E. del 26.7.2014 e in G.U.R.I. del 25.7.2014 (docc. 2 e 3 fasc. parte ricorrente in primo grado).

7.2. Il motivo, in entrambi i profili qui prospettati, non merita condivisione.

7.3. Quanto al primo profilo, infatti, l'appellante trascura che il documento non era né mancante né incompleto, sul piano materiale, ma generico e inadatto dal punto di vista contenutistico, quanto, cioè, ad uno dei requisiti del contratto richiesti a pena di nullità e, cioè, l'oggetto, ai sensi dell'art. 1346 e dell'art. 1418, comma secondo, c.c., sicché a tale indeterminatezza dell'oggetto, con conseguente genericità dell'offerta, non può avviarsi con il soccorso istruttorio.

7.4. Tanto ha autorevolmente insegnato, con funzione nomofilattica, l'Adunanza Plenaria di questo Consiglio nella sentenza n. 9 del 25.2.2014, laddove ha chiarito che esso «non può essere mai *utilizzato per supplire a carenze dell'offerta sicché non può essere consentita al concorrente*

negligente la possibilità di completare l'offerta successivamente al termine finale stabilito dal bando, salva la rettifica di errori materiali o refusi».

7.5. In questo senso, conforme all'insegnamento dell'Adunanza Plenaria, si è del resto espressa anche questa Sezione in numerosi precedenti proprio relativi al contratto di avvalimento indeterminato, rispetto al quale essa ha più volte, e sotto diversi profili, negato la legittimità del soccorso istruttorio (v., ex plurimis, Cons. St., sez. III, 22.1.2014, n. 294 nonché, più di recente, Cons. St., sez. III, 17.12.2015, n. 5703).

7.6. Quanto al secondo profilo dedotto nel motivo è sufficiente rilevare che la disciplina recata dal d.l. n. 90 del 2014 è inapplicabile *ratione temporis* in quanto il bando è stato pubblicato per la prima volta nel maggio del 2015, risultando irrilevanti, in parte qua, le integrazioni alla legge di **gara** successive all'entrata in vigore del menzionato d.l. n. 90

7.7. Ne segue, quindi, anche l'infondatezza del secondo motivo.

8. Deve essere respinto anche il terzo motivo (pp. 24-26 del ricorso), con il quale l'appellante lamenta la violazione dell'art. 60 c.p.a. da parte del T.A.R. per aver esso assunto la causa in decisione in difetto di uno dei presupposti previsti da tale disposizione e, cioè, la «completezza dell'istruttoria», poiché il primo giudice, attivando i propri poteri officiosi di acquisizione documentale, avrebbe potuto e dovuto acquisire gli elementi utili a dimostrare che il contratto di avvalimento non era affatto generico, tenuto conto dell'offerta presentata da ricorrente s.r.l. e di tutte le allegazioni e le produzioni effettuate da essa in primo grado.

8.1. Il motivo è anch'esso destituito di fondamento.

8.2. Anche prescindendo infatti dal rilievo, decisivo, che la difesa di ricorrente s.r.l., ritualmente avvertita ai sensi dell'art. 60 c.p.a., nulla ha opposto circa la decisione in forma semplificata da parte del T.A.R. né ha rappresentato alcuna necessità istruttoria al Collegio, valga qui rilevare che ciò che non è consentito in sede procedimentale, attraverso l'illegittimo utilizzo del soccorso istruttorio, per le ragioni vedute, a maggior ragione non lo è in sede processuale, poiché i poteri officiosi del giudice non possono certo supplire alle insanabili lacune dell'offerta presentata da ricorrente s.r.l., venendo altrimenti essi a concretizzare una forma di soccorso istruttorio, da parte del giudice, non solo illegittima sul piano sostanziale, dacché altera la par condicio dei concorrenti, ma anche sul piano processuale, poiché vulnera il principio di parità delle armi tra le parti.

8.3. Non vi è pertanto alcuna incompletezza dell'istruttoria, al contrario di quanto sostiene l'appellante, sicché la violazione, qui lamentata, dell'art. 60 c.p.a. è del tutto destituita di fondamento, non ravvisando il Collegio alcun error in procedendo qui denunziato.

8.4. Anche tale motivo, quindi, va disatteso.

9. L'infondatezza dell'appello, nei suoi tre motivi di doglianza, esime il Collegio dall'obbligo di scrutinare i due motivi non esaminati dal primo giudice (e, cioè, il secondo e il terzo motivo dell'originario ricorso) e qui riproposti, ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a., dall'appellata controinteressata Hosal s.p.a. nella propria memoria difensiva di costituzione (pp. 24-32).

9.1. L'indeterminatezza del contratto di avvalimento, ritenuta dal primo giudice, ragione fondante l'accoglimento del primo motivo ricorso, proposto in primo grado, e qui confermata, costituisce infatti motivo in sé convincente e pienamente autosufficiente a giustificare l'esclusione di ricorrente s.r.l. dalla **gara**, con conseguente irrilevanza, sul piano giuridico, degli ulteriori motivi qui riproposti dall'odierna appellata, alla luce del consolidato principio secondo cui, ove l'atto

impugnato (provvedimento o sentenza) sia legittimamente fondato su una ragione di per sé sufficiente a sorreggerlo, diventano irrilevanti, per difetto di interesse, le ulteriori censure dedotte dal ricorrente in primo grado (v., ex plurimis, Cons. St., sez. IV, 14.12.2015, n. 5663).

9.2. Nel processo amministrativo, infatti, la sentenza di primo grado fondata su una pluralità di ragioni tra loro autonome, ciascuna delle quali di per sé idonea a supportare la parte dispositiva del provvedimento, è legittima e non può essere annullata se anche solo una di esse resista all'impugnazione, atteso che l'accertata legittimità di un capo autonomo della decisione, come nel caso di specie, implica la perdita d'interesse del ricorrente all'esame delle altre doglianze (v., ex plurimis, Cons. St., sez. V, 1.8.2015, n. 3773).

10. In conclusione, per le ragioni esposte, l'appello di ricorrente s.r.l. deve essere respinto, con conseguente conferma della sentenza impugnata, rimanendo assorbite, per la loro irrilevanza, tutti i motivi di primo grado riproposti da controinteressata Hospal s.p.a. nella propria memoria difensiva.

11. Le spese del presente grado di giudizio, liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza dell'odierna appellante ricorrente s.r.l. e dell'ARS Liguria, costituitasi per sostenere la fondatezza dell'appello da questa proposto.

11.1. A carico di ricorrente s.r.l., sempre per il principio della soccombenza (codificato, per quanto qui rileva, dall'art. 13, comma 6-bis.1., del d.P.R. 115 del 30.5.2002), resta il contributo unificato corrisposto per la proposizione del gravame.

11.2. ricorrente s.r.l. e ARS Liguria sono tenute, altresì, in solido a rimborsare in favore di controinteressata Hospal s.p.a. il contributo unificato anticipato da questa per la proposizione del ricorso avanti al T.A.R., laddove già non restituito, all'esito del giudizio di primo grado – e siccome nel caso di specie disposto, peraltro, *expressis verbis* anche dalla sentenza impugnata nella parte dispositiva – in forza della loro obbligazione *ex lege* (v., *inter multas*, Cons. St., sez. V, 23.6.2014, n. 3153; Cons. St., sez. IV, 10.2.2014, n. 625; Cons. St., sez. III, 1.8.2011, n. 4596).

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna ricorrente s.r.l. e ARS – Agenzia Regionale Sanitaria Liguria, in solido fra loro, a rifondere in favore di controinteressata Hospal s.p.a. le spese del presente grado di giudizio, che liquida in € 6.000,00, oltre accessori come per legge (I.V.A., C.P.A. e 15% a titolo di rimborso di spese generali).

Condanna in solido ricorrente s.r.l. e ARS – Agenzia Regionale Sanitaria Liguria a rimborsare in favore di controinteressata Hospal s.p.a., laddove già non restituito, il contributo unificato anticipato da questa per la proposizione del ricorso in primo grado.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 gennaio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Vito Poli, Presidente

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere, Estensore

Alessandro Palanza, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/01/2016

IL SEGRETARIO

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