

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 04/07/2016

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/38422-no-soccorso-istruttorio-sanzionato-ma-esclusione-l-invalidit-del-contratto-di-avvalimento-carenza-sostanziale>

Autore: Lazzini Sonia

NO soccorso istruttorio sanzionato ma esclusione l'invalidità del contratto di avvalimento carenza sostanziale

Tar Campania, Napoli sentenza numero 1044 del 25 febbraio 2016

SOCCORSO ISTRUTTORIO SANZIONATO: la novella ha voluto ampliare al massimo lo spettro delle difformità sanabili, con o senza sanzione (cfr. l'estensione, in sede di conversione, agli "elementi" dell'offerta), tuttavia l'invalidità del contratto di avvalimento, nel caso di specie, si traduce in una carenza sostanziale del requisito richiesto dalla gara;

SONIA LAZZINI

diversamente opinando, si consentirebbe la partecipazione di imprese sfornite dei necessari requisiti di qualificazione all'atto della presentazione dell'offerta, consentendo poi loro di integrare ex post, in sede di scrutinio dell'offerta o di esecuzione del contratto, i predetti requisiti non posseduti: ciò che, con ogni evidenza, comporterebbe una grave e ingiustificata violazione della par condicio tra i concorrenti.

occorre a questo punto verificare se la violazione riscontrata rappresenti una causa di esclusione del raggruppamento ricorrente, alla luce del nuovo quadro normativo introdotto per effetto degli artt. 38, comma 2 bis e 46, comma 1 ter del d.lg. n. 163/2006 per effetto del decreto legge 24 giugno 2014 n. 90, convertito dalla legge 11 agosto 2014, n. 114 (applicabili *ratione temporis* alla fattispecie in quanto la procedura di affidamento di cui si controverte è stata indetta successivamente alla data di entrata in vigore del citato decreto legge – cfr. art. 39, comma 3).

In particolare, il comma 2 bis dell'art. 38 stabilisce che "La mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2 obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 50.000 euro, il cui versamento è garantito dalla cauzione provvisoria. In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i

soggetti che le devono rendere. Nei casi di irregolarità non essenziali, ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, la stazione appaltante non ne richiede la regolarizzazione, né applica alcuna sanzione. In caso di inutile decorso del termine di cui al secondo periodo il concorrente è escluso dalla gara. Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte”.

A sua volta il comma 1 ter dell'art. 46 prevede che: “Le disposizioni di cui all'articolo 38, comma 2-bis, si applicano a ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara”.

Premesso che la novella ha voluto ampliare al massimo lo spettro delle difformità sanabili, con o senza sanzione (cfr. l'estensione, in sede di conversione, agli “elementi” dell'offerta), tuttavia l'invalidità del contratto di avvalimento, nel caso di specie, si traduce in una carenza sostanziale del requisito richiesto dalla gara; diversamente opinando, si consentirebbe la partecipazione di imprese sfornite dei necessari requisiti di qualificazione all'atto della presentazione dell'offerta, consentendo poi loro di integrare ex post, in sede di scrutinio dell'offerta o di esecuzione del contratto, i predetti requisiti non posseduti: ciò che, con ogni evidenza, comporterebbe una grave e ingiustificata violazione della par condicio tra i concorrenti.

Vale infatti ribadire che, nell'accezione “sostanzialistica” fatta propria dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (cfr. sent. 7 giugno 2012, nr. 21), il principio di tassatività va inteso nel senso che l'esclusione dalle gare possa essere disposta non nei soli casi in cui disposizioni del Codice dei contratti pubblici o del regolamento attuativo la prevedano espressamente, ma anche in ogni altro caso in cui dette disposizioni impongano adempimenti doverosi ai concorrenti o candidati, pur senza prevedere una espressa sanzione di esclusione (in tal modo restando irrilevante la mancata previsione esplicita di una comminatoria di esclusione, in quanto si realizza una eterointegrazione legale della *lex specialis*).

Vale appena soggiungere che il contratto di avvalimento non è né mancante né incompleto, sul piano materiale, ma generico e inidoneo dal punto di vista contenutistico, quanto ad uno dei requisiti del contratto richiesti a pena di nullità e, cioè, l'oggetto, tale ai sensi dell'art. 1346 e dell'art. 1418, comma secondo, c.c., sicché a siffatta indeterminatezza dell'oggetto, con conseguente genericità dell'offerta, non può ovviarsi con il soccorso istruttorio, in adesione alle indicazioni provenienti dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sentenza n. 9 del

25.2.2014): «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».

La successiva giurisprudenza del Consiglio di Stato, conformandosi all'insegnamento dell'Adunanza Plenaria, si è espressa in relazione proprio al contratto di avvalimento indeterminato, rispetto al quale ha più volte, e sotto diversi profili, negato la legittimità del soccorso istruttorio (v., ex plurimis, C.d.S., sez. III, n. 346 del 29 gennaio 2016; C.d.S., sez. III, 17.12.2015, n. 5703; C.d.S., sez. III, 22.1.2014, n. 294).

Ne consegue che la società ausiliata non ha dato valida dimostrazione in gara del possesso del requisito del fatturato richiesto dalla lex specialis di gara e dunque andava esclusa dalla procedura.

riportiamo qui di seguito il testo integrale di Tar Campania, Napoli sentenza numero 1044 del 25 febbraio 2016

N. 01044/2016 REG.PROV.COLL.

N. 02707/2015 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

(...)

DIRITTO

1. Il ricorso ed i connessi motivi aggiunti sono inammissibili in ragione della fondatezza del ricorso incidentale.

La decisione è redatta in forma sintetica in conformità alla tecnica redazionale delle sentenze prevista per le controversie in materia di appalti pubblici dal combinato disposto degli artt. 120, comma 10, e 74 cod. proc. amm., mediante l'esposizione delle questioni essenziali.

2. In via preliminare va osservato che la presentazione della querela di falso, in relazione ad atti e verbali delle operazioni di gara, non impone la sospensione del presente giudizio.

Ed invero la sospensione del giudizio per effetto della proposizione in sede civile della querela di falso non è una conseguenza automatica ed indefettibile prevista dalla legge, bensì presuppone una valutazione della rilevanza dei documenti ai fini del giudizio e sempre che non appaia manifestamente infondata o dilatoria (cfr. C.d.S., sez. V, n. 221 del 25 gennaio 2016).

Nel caso di specie la rilevanza del ricorso incidentale, nella parte in cui si duole dell'illegittima ammissione dell'a.t.i. ricorrente (e dunque in relazione ad una fase logicamente e temporalmente antecedente lo svolgimento delle operazioni di gara), interrompe il nesso di pregiudizialità fra le questioni di falso e l'esito della controversia.

2.1. Ancora preliminarmente deve essere scrutinata la duplice eccezione di tardività del ricorso introduttivo (spedito per la notifica in data 11 maggio 2015) e dei motivi aggiunti sollevata dal consorzio aggiudicatario, sul rilievo dell'accesso agli atti di gara avvenuto in data 3 aprile 2015 (all. 7 alla produzione della stazione appaltante).

L'eccezione non merita favorevole apprezzamento.

Quanto al ricorso introduttivo, in sede di primo accesso agli atti, la società ricorrente ha avuto copia della documentazione amministrativa e dell'offerta economica presentata dalla prima e dalla seconda classificata, nonché dei verbali di gara, fra cui il n. 8 del 12 marzo 2015, di aggiudicazione provvisoria. L'aggiudicazione definitiva, invece, è stata assunta il 1° aprile 2015 e comunicata, ex art. 79 Codice contratti pubblici, in data 10 aprile 2015.

Ciò premesso in fatto, vale osservare che ai fini dell'impugnazione degli atti di gara, la presenza di un delegato di un'impresa concorrente alle operazioni di gara (di apertura delle offerte tecniche e di quelle economiche) e la conoscenza dell'aggiudicazione provvisoria non determinano per la suddetta impresa la decorrenza del "dies a quo" per la proposizione del ricorso, atteso che solo l'aggiudicazione definitiva produce, nei confronti dei partecipanti alla gara diversi dall'aggiudicatario, un effetto lesivo (consistente nella privazione definitiva, salvo interventi in autotutela della stazione appaltante od altre vicende comunque non prevedibili né controllabili, del "bene della vita" rappresentato dall'aggiudicazione della gara). Posto che l'aggiudicazione provvisoria ha natura di atto endoprocedimentale, la cui autonoma impugnazione costituisce una mera facoltà, l'onere di tempestiva impugnazione da parte dei concorrenti non aggiudicatari scatta solo a partire dalla piena conoscenza della aggiudicazione definitiva (in quanto unico atto conclusivo della procedura selettiva, in relazione al quale sorge) e di tutti gli elementi di cui al comma 2, lett. c), dell'art. 79 del codice appalti pubblici (cfr. C.d.S., III, n. 25 del 2015).

Parimenti la proposizione dei motivi aggiunti, relativi alla contestazione dei punteggi, è stata tempestivamente effettuata nei trenta giorni dalla conoscenza delle offerte tecniche, avvenuta in data 30 aprile 2015, a nulla valendo che fosse successiva al termine di dieci giorni dalla comunicazione ex art. 79 citato. Ed invero lo spirare del termine di 10 giorni ha efficacia preclusiva allorché la stazione appaltante abbia messo a disposizione dei concorrenti gli atti di gara, mentre nel caso di specie, come si evince dalla richiesta di accesso e dai relativi verbali, l'amministrazione ha sottratto all'ostensione tali documenti fino al 30 aprile 2015, momento che costituisce il dies a quo ai fini dello scrutinio di ricevibilità dell'impugnazione aggiuntiva.

3. In ordine alla trattazione delle impugnazioni incrociate, vale rammentare che l'Adunanza Plenaria, con la decisione del 25 febbraio 2014 n. 9, in adesione alle conclusioni del giudice comunitario ipotizza la possibilità di un esame cd. incrociato del ricorso incidentale e principale alle stringenti condizioni che: i) si versi all'interno del medesimo procedimento; ii) gli operatori rimasti

in gara siano solo due; iii) il vizio che affligge le offerte sia identico per entrambe.

Qualora non vi sia comunanza del motivo escludente, viene meno l'interesse del ricorrente principale ad ottenere tutela, con conseguente irrilevanza di eventuali vizi dell'aggiudicazione o della intera procedura selettiva, alla quale il ricorrente non aveva titolo a partecipare.

L'esame incrociato - e l'eventuale accoglimento di entrambi i ricorsi (principale ed incidentale), con la consequenziale esclusione dalla gara degli unici due contendenti - è possibile solo per i vizi che afferiscono alla medesima categoria e, sono, quindi, simmetrici tra loro.

3.1. Discende da quanto sopra detto che l'esame incrociato reciprocamente escludente, se è giustificato tutte le volte in cui le imprese rimaste in gara sono due, perché consentirebbe la riedizione di una gara alla quale nessuna delle due imprese ha titolo a partecipare, non può essere utilizzabile quando di tale esito si avvantaggiasse una terza impresa concorrente, utilmente classificata, alla quale spetterebbe l'aggiudicazione, perché in tal caso la pronuncia finirebbe per avvantaggiare un soggetto terzo che non ha sollevato censure avverso la procedura di gara e che quindi, pur avendo un potenziale interesse al ricorso contro l'aggiudicazione alla prima classificata (o, eventualmente, in caso di pluralità di concorrenti, contro la graduatoria così come definita dalla stazione appaltante), non ha manifestato tale interesse nel processo secondo le forme tipiche del giudizio impugnatorio (cfr. Tar Napoli, IV, n. 2456 del 2015).

3.2. Nel caso oggetto di esame, la seconda classificata, r.t.i. controinteressata 2 s.p.a., non ha spiegato autonomo ricorso contro l'aggiudicazione definitiva al Consorzio controinteressata .

È evidente che tale condotta processuale è di per sé inidonea a qualificare come rilevante, su un piano formale, l'interesse dell'impresa ad ottenere l'annullamento del provvedimento impugnato dalla ricorrente principale, posto che avrebbe dovuto proporre, nei termini, azione autonoma e in contraddittorio con le restanti parti in causa.

3.3. Ne discende che l'esame incrociato del ricorso principale e incidentale reciprocamente escludenti non può avvenire proprio perché consentirebbe alla impresa estranea al giudizio di giovare, in caso di accoglimento di entrambi, di un risultato (aggiudicazione) che essa stessa non ha più diritto ad ottenere, non avendo spiegato autonoma azione giudiziale nei termini decadenziali imposti dal Codice del processo.

Per contro, nel caso di specie, l'esame dell'impugnativa incidentale astrattamente escludente deve precedere quello del ricorso principale perché, qualunque ne sia l'esito, la ricorrente principale (terza graduata) non riceverebbe alcun indebito vantaggio. In questa logica, il Consiglio di Stato ha ritenuto che nelle controversie aventi ad oggetto procedimenti di aggiudicazione di appalti pubblici, il ricorso incidentale cd. escludente deve essere esaminato prima di quello principale e l'esame incrociato deve essere ammesso nella sola ipotesi in cui nella procedura sono state presentate solo due offerte ed i vizi reciprocamente dedotti nel ricorso principale ed in quello incidentale afferiscono alla stessa categoria (C.d.S., III, n. 57 del 2015).

4. Il ricorso incidentale merita favorevole apprezzamento.

In adesione agli insegnamenti della plenaria citata ed al criterio della ragione più liquida, può prediligersi l'esame della censura di invalidità del contratto di avvalimento stipulato da ricorrente e Tematizzazioni con l'olf_ s.p.a. per il prestito del requisito previsto dal punto 10.2 del disciplinare di gara, relativo al fatturato specifico per gli anni 2011-12- 13 per un importo di euro 554.096,54 oltre iva (corrispondente alla quota di esecuzione spettante alla società ricorrente e Tematizzazioni).

Il contratto, stipulato il 27 gennaio 2015, dopo avere indicato nelle premesse il requisito di cui si chiede l'avvalimento, ha per oggetto quello di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata i propri requisiti di capacità tecnica e tutte le risorse tecniche ed economiche che dovessero essere necessarie per l'effettiva esecuzione dei lavori.

4.1. Vale in linea generale osservare che il ricorso all'avvalimento è riconosciuto dalla giurisprudenza secondo uno spettro amplissimo, muovendo dalla ratio dello stesso, che è quella di consentire la massima partecipazione alle gare, permettendo ai concorrenti che siano privi dei requisiti richiesti dal bando, di ricorrere ai requisiti di altri soggetti, ed agevolare così l'ingresso sul mercato di nuovi operatori e quindi la concorrenza fra le imprese. Si è così pervenuti al riconoscimento della possibilità del ricorso all'avvalimento per requisiti che attengono anche a profili personali del concorrente quali il fatturato o l'esperienza pregressa, la certificazione di qualità e in generale i requisiti soggettivi di qualità. Si è ritenuto ammissibile anche il c.d. avvalimento di garanzia, con il quale l'impresa ausiliaria mette la propria solidità economica e finanziaria al servizio dell'ausiliata.

4.2. L'unico limite imposto dall'ordinamento è che l'avvalimento non si risolva nel prestito di una mera condizione soggettiva, del tutto disancorata dalla concreta messa a disposizione di risorse materiali, economiche o gestionali, dovendo l'impresa ausiliaria assumere l'obbligazione di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata, in relazione all'esecuzione dell'appalto, le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità e, quindi, a seconda dei casi, mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti, in relazione all'oggetto dell'appalto (in questo senso, T.A.R. Napoli (Campania) sez. IV, 27 novembre 2014 n. 6109; ex multis, Consiglio di Stato sez. III 17 giugno 2014 n. 3058, che ribadisce la portata generale dell'istituto).

Sempre questo Tar, con la sentenza numero 1589 del 4 aprile 2012, ha rilevato come, per condivisibile indirizzo giurisprudenziale, il requisito dell'esperienza pregressa rappresenta, nell'ambito dei servizi e delle forniture, quello che l'attestazione SOA è per gli appalti di lavori, vale a dire il principale elemento di qualificazione dell'impresa. Ne discende che, ai sensi dell'art. 88 del DPR 5 ottobre 2010, n. 207, il contratto (di cui all'articolo 49, comma 2, lettera f), del d.lgs. 163/06) per la qualificazione in gara deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente le risorse e i mezzi prestati, in modo determinato e specifico; atteso il predetto parallelismo, lo stesso principio non può che valere anche per la dimostrazione del possesso, mediante avvalimento, dei requisiti di capacità tecnica e professionale negli appalti di servizi (pregressa esperienza specifica nel settore dell'appalto per cui è causa).

4.3. Nel caso di specie risulta agli atti un accordo stipulato fra l'olf_ s.p.a. (ausiliaria) e ricorrente e Tematizzazioni s.r.l. (ausiliata) al fine di integrare i requisiti di partecipazione di ordine economico-finanziario e tecnico-organizzativo di cui al punto 10.2 del disciplinare di gara (conseguimento di un fatturato specifico per allestimenti nel triennio 2011-13 pari ad un milione di euro) nel quale la prima si impegna a mettere a disposizione i propri requisiti di capacità tecnica e tutte le risorse tecniche ed economiche necessarie, senza specificare quali essi siano. È evidente pertanto che il contratto di avvalimento in questione si è limitato ad una generica ed astratta disponibilità di risorse, mediante una formula di stile, onde si pone in contrasto con l'esigenza di determinatezza che presiede alla disposizione dell'art. 49 del codice dei contratti.

La parte principale e quella ausiliaria devono infatti impegnarsi a mettere a disposizione non il solo requisito soggettivo "quale mero valore astratto", dovendo invece risultare con chiarezza che

l'ausiliaria presti "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" (C.d.S., Sez. III, 17.6.2014 n. 3058; C.d.S., Sez. VI, 13.6.2013 n. 7755; C.d.S., Sez. III, 18.4.2011, n. 2344). L'esigenza di una puntuale 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 ed indeterminabilità del relativo oggetto, trova la propria essenziale giustificazione funzionale, inscindibilmente connessa alle procedure contrattuali del settore pubblico, nella necessità di non permettere agevoli aggiramenti del sistema dei requisiti di ingresso alle gare pubbliche, attentamente verificati nei confronti dei concorrenti che se ne dichiarino titolari in proprio" (C.S. Sez. VI, 8.5.2014, n. 2365).

Perfino il contratto di avvalimento cd. di garanzia "non deve rimanere astratto, cioè svincolato da qualsivoglia collegamento con risorse materiali o immateriali, che snaturerebbe l'istituto, in elusione dei requisiti stabiliti nel bando di gara, esibiti solo in modo formale, finendo col frustrare anche la funzione di garanzia" (Cons. St., III, 22 gennaio 2014 n. 294; in termini analoghi Cons. St., III, 17 giugno 2014 n. 3057).

Pertanto resta ineludibile la necessità che nel contratto siano adeguatamente indicati, a seconda dei casi, il fatturato globale e l'importo relativo ai servizi o forniture nel settore oggetto della gara nonché gli specifici fattori della produzione e tutte le risorse che hanno permesso all'ausiliaria di eseguire le prestazioni analoghe nel periodo richiesto dal bando.

In definitiva l'elemento essenziale dell'avvalimento consiste nella soddisfazione del fine "che costituisce la ratio della normativa in materia, ossia di rendere coercibile l'impegno formalmente assunto dall'ausiliaria", con la conseguenza che solo l'indicazione della messa a disposizione del personale ed attrezzature necessari per l'esecuzione dei lavori delle categorie in questione risulta idonea ad assicurare il perseguimento di detto fine, connotato dall'esigenza di concretizzare l'effettiva assunzione di un impegno che non può non rivelarsi connotato da elementi di certezza "circa la sussistenza dei mezzi e delle risorse in modo sufficiente a rendere coercibile l'impegno assunto.

Tale consolidato indirizzo giurisprudenziale si pone in perfetta consonanza con i principi dettati dalle nuove direttive europee in materia: l'art. 1, comma 1, lett. zz), della legge 28 gennaio 2016, n. 11 (delega per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali) autorizza la "revisione della disciplina vigente in materia di avvalimento, nel rispetto dei principi dell'Unione europea e di quelli desumibili dalla giurisprudenza amministrativa in materia, imponendo che il contratto di avvalimento indichi nel dettaglio le risorse e i mezzi prestati, con particolare riguardo ai casi in cui l'oggetto di avvalimento sia costituito da certificazioni di qualità o certificati attestanti il possesso di adeguata organizzazione imprenditoriale ai fini della partecipazione alla gara, e rafforzando gli strumenti di verifica circa l'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto di avvalimento da parte dell'impresa ausiliaria".

5. Ciò posto occorre a questo punto verificare se la violazione riscontrata rappresenti una causa di esclusione del raggruppamento ricorrente, alla luce del nuovo quadro normativo introdotto per effetto degli artt. 38, comma 2 bis e 46, comma 1 ter del d.lg. n. 163/2006 per effetto del decreto

legge 24 giugno 2014 n. 90, convertito dalla legge 11 agosto 2014, n. 114 (applicabili ratione temporis alla fattispecie in quanto la procedura di affidamento di cui si controverte è stata indetta successivamente alla data di entrata in vigore del citato decreto legge – cfr. art. 39, comma 3).

5.1. In particolare, il comma 2 bis dell'art. 38 stabilisce che “La mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2 obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 50.000 euro, il cui versamento è garantito dalla **cauzione** provvisoria. In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. Nei casi di irregolarità non essenziali, ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, la stazione appaltante non ne richiede la regolarizzazione, né applica alcuna sanzione. In caso di inutile decorso del termine di cui al secondo periodo il concorrente è escluso dalla gara. Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte”.

A sua volta il comma 1 ter dell'art. 46 prevede che: “Le disposizioni di cui all' articolo 38, comma 2-bis, si applicano a ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara”.

5.2. Premesso che la novella ha voluto ampliare al massimo lo spettro delle difformità sanabili, con o senza sanzione (cfr. l'estensione, in sede di conversione, agli “elementi” dell'offerta), tuttavia l'invalidità del contratto di avvalimento, nel caso di specie, si traduce in una carenza sostanziale del requisito richiesto dalla gara; diversamente opinando, si consentirebbe la partecipazione di imprese sformate dei necessari requisiti di qualificazione all'atto della presentazione dell'offerta, consentendo poi loro di integrare ex post, in sede di scrutinio dell'offerta o di esecuzione del contratto, i predetti requisiti non posseduti: ciò che, con ogni evidenza, comporterebbe una grave e ingiustificata violazione della par condicio tra i concorrenti.

Vale infatti ribadire che, nell'accezione “sostanzialistica” fatta propria dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (cfr. sent. 7 giugno 2012, nr. 21), il principio di tassatività va inteso nel senso che l'esclusione dalle gare possa essere disposta non nei soli casi in cui disposizioni del Codice dei contratti pubblici o del regolamento attuativo la prevedano espressamente, ma anche in ogni altro caso in cui dette disposizioni impongano adempimenti doverosi ai concorrenti o candidati, pur senza prevedere una espressa sanzione di esclusione (in tal modo restando irrilevante la mancata previsione esplicita di una comminatoria di esclusione, in quanto si realizza una eterointegrazione legale della lex specialis).

5.3. Vale appena soggiungere che il contratto di avvalimento non è né mancante né incompleto, sul piano materiale, ma generico e inidoneo dal punto di vista contenutistico, quanto ad uno dei requisiti del contratto richiesti a pena di nullità e, cioè, l'oggetto, tale ai sensi dell'art. 1346 e dell'art. 1418, comma secondo, c.c., sicché a siffatta indeterminatezza dell'oggetto, con conseguente genericità dell'offerta, non può avviarsi con il soccorso istruttorio, in adesione alle indicazioni provenienti dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sentenza n. 9 del 25.2.2014):

«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».

5.4. La successiva giurisprudenza del Consiglio di Stato, conformandosi all'insegnamento dell'Adunanza Plenaria, si è espressa in relazione proprio al contratto di avvalimento indeterminato, rispetto al quale ha più volte, e sotto diversi profili, negato la legittimità del soccorso istruttorio (v., ex plurimis, C.d.S., sez. III, n. 346 del 29 gennaio 2016; C.d.S., sez. III, 17.12.2015, n. 5703; C.d.S., sez. III, 22.1.2014, n. 294).

Ne consegue che la società ausiliata non ha dato valida dimostrazione in gara del possesso del requisito del fatturato richiesto dalla lex specialis di gara e dunque andava esclusa dalla procedura.

6. L'accoglimento del ricorso incidentale rende inammissibile il ricorso principale ed i motivi aggiunti per difetto di legittimazione e comporta il conseguente rigetto dell'annessa domanda risarcitoria.

7. La complessità e novità delle questioni e l'esito in parte in rito della controversia sterilizzano il principio della soccombenza e giustificano la compensazione delle spese di giudizio tra tutte le parti in causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Quarta), definitivamente pronunciandosi, accoglie il ricorso incidentale e, per l'effetto dichiara inammissibili il ricorso introduttivo ed i connessi motivi aggiunti. Compensa le spese di giudizio tra tutte le parti, salvo refusione del contributo unificato relativo al ricorso incidentale, da porre a carico della ricorrente come per legge.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 10 febbraio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Anna Pappalardo, Presidente FF

Michele Buonauro, Consigliere, Estensore

Luca Cestaro, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il **25/02/2016**

IL SEGRETARIO

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