

TAR Lazio, sez. II, 8/5/2014 n. 4810

Sulla ratio dell'art. 38, c. 1, lett. m-quater D.Lgs. n. 163/2006.

Sull'istituto dell'avvalimento.

L'eliminazione a seguito dell'introduzione, nel Codice dei Contratti (D.Lgs. n. 163 del 2006), della lett. m quater dell'art. 38, della causa automatica di esclusione dalla procedura di gara dei soggetti che si trovino tra loro in situazione di controllo e la sua sostituzione con la previsione della necessità di procedere al controllo, caso per caso ed in concreto, attraverso la verifica dell'imputabilità delle offerte ad un unico centro decisionale, dell'effettività della lesione dei fini che si intendono tutelare, ovvero la garanzia della concorrenza e della leale competizione, pone in evidenza la stretta finalizzazione della previsione dell'esclusione del concorrente con l'effettività della lesione del bene tutelato. Tale stretta interrelazione tra fattispecie escludente e lesione del principio della libera concorrenza, consente di valorizzare il riferimento, nel caso di specie, contenuto nella citata norma, alla 'medesima procedura di affidamento'. Ed invero, se la ratio della norma in esame risiede nell'esigenza di garantire un'effettiva e leale competizione tra gli operatori economici attraverso l'imposizione di un limite alla partecipazione alle gare a tutte quelle imprese le cui offerte si rivelino in concreto espressione di un unico centro decisionale, e quindi, come tali, idonee a condizionare il confronto concorrenziale, è evidente che la mancanza di autonomia nella formulazione delle offerte può assumere rilievo, ai fini concorrenziali al cui presidio la norma è rivolta, unicamente nelle ipotesi in cui le offerte, provenienti da un unico centro decisionale, siano volte ad ottenere l'aggiudicazione della medesima gara, essendo solo in tali casi le offerte non formulate in modo autonomo e indipendente idonee a falsificare il confronto concorrenziale. La ratio della norma esclude, quindi, che possa assumere rilievo la riconducibilità ad un unico centro decisionale delle offerte presentate da imprese collegate o controllate laddove le stesse partecipino a gare distinte.

In coerenza con la disciplina comunitaria secondo cui il sistema delle gare pubbliche può funzionare solo se le imprese partecipanti si trovano in posizione di reciproca ed effettiva concorrenza, che deve essere riferita alla medesima gara, la quale ha avuto riconoscimento normativo attraverso l'introduzione, nel Codice degli appalti, dell'art. 38, c. 1, lett. m-quater, il quale, in presenza di una delle due fattispecie ivi considerate - situazione di controllo o relazione di fatto di collegamento sostanziale - prevede l'esclusione dalla gara dell'impresa previa verifica in concreto dell'effettiva incidenza causale di tali situazioni sull'autonomia decisionale dei soggetti interessati, autonomia decisionale che, può assumere rilievo solo con riferimento alla medesima procedura di gara, potendo solo in tali casi essere alterata la concorrenza.

La disciplina in materia di avvalimento essendo rivolta a permettere la più ampia partecipazione alle gare, temperando l'esigenza che la massima concorrenza sia al contempo condizione per una efficiente e sicura esecuzione degli appalti, consentendo quindi a soggetti che ne siano privi di partecipare ricorrendo ai requisiti di altri soggetti, essendo indispensabile unicamente che il primo dimostri di poter disporre dei mezzi del secondo - il contratto di avvalimento deve rispettare la disciplina civilistica in tema di contenuto del contratto, con particolare riferimento all'esistenza e alla determinatezza dell'oggetto, con la conseguenza che occorre verificare, in conformità alle indicazioni desumibili dall'art. 49, c. 2, lett. f), del D.Lgs. n. 163 del 2006, se il contratto individui in modo chiaro ed esaustivo la volontà dell'impresa ausiliaria di impegnarsi, la natura dell'impegno assunto per tutta la durata dell'appalto e la concreta ed effettiva disponibilità di porre a disposizione della concorrente i requisiti considerati. Nella disciplina dell'avvalimento assume, difatti, valore decisivo la dimostrazione dell'effettiva disponibilità da parte della concorrente dei mezzi e dei requisiti offerti da altra impresa e a tal fine l'art. 49 del D.Lgs. n. 163 del 2006 richiede che il concorrente produca: a) una sua dichiarazione verificabile ai sensi dell'art. 48, attestante l'avvalimento dei requisiti necessari per la

partecipazione alla gara, con specifica indicazione dei requisiti stessi e dell'impresa ausiliaria, b) una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente, c) il contratto di avvalimento, in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto.

Essendo l'istituto dell'avvalimento, sul piano delle finalità, inteso a promuovere la concorrenza, ampliando la platea dei possibili partecipanti alle gare indette dalle Amministrazioni pubbliche, consentendo a imprese, di per sé sprovviste di determinati requisiti, di fare propri quelli ad esse prestati da altri operatori economici, il limite di operatività dell'istituto, di per sé suscettibile di un amplissimo campo operativo, è dato dal fatto che la messa a disposizione del requisito mancante non deve risolversi nel prestito di un valore puramente cartolare e astratto, essendo invece necessario che dal contratto risulti chiaramente l'impegno dell'impresa ausiliaria a prestare 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). Deve pertanto ritenersi insufficiente la sola e tautologica riproduzione, nel testo dei contratti di avvalimento, della formula legislativa della messa a disposizione delle risorse necessarie di cui è carente il concorrente, o espressioni equivalenti.

Materia: appalti / disciplina

N. 04810/2014 REG.PROV.COLL.

N. 01406/2014 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda)
ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1406 del 2014, proposto da:
SOC BIORISTORO ITALIA S.R.L., SOC PASTORE S.R.L., SOC LADISA S.P.A., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, in proprio e nelle rispettive qualità di mandataria e mandanti del costituendo Raggruppamento Temporaneo di Imprese Bioristoro Italia s.r.l. - Pastore s.r.l. - Ladisa s.p.a., rappresentati e difesi dall' Avv. Francesco Paolo Bello, con domicilio eletto presso lo Studio dell'Avv. Arnaldo Del Vecchio sito in Roma, Viale Mazzini, 73 Sc B Int 2;

contro

ROMA CAPITALE, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa per legge dall' Avv. Luigi D'Ottavi, domiciliata in Roma, via Tempio di Giove, 21;

nei confronti di

- SOC VIVENDA S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall' Avv. Massimiliano Brugnoletti, con domicilio eletto presso lo Studio dell'Avv. Massimiliano Brugnoletti sito in Roma, via Antonio Bertoloni, 26/B;
- SOC LA CASCINA GLOBAL SERVICE S.R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall' Avv. Vito Avv. Pagliarulo, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi Dott. in Roma, via Cosseria, 2;

- SOCIETA' COOPERATIVA C.N.S. - CONSORZIO NAZIONALE SERVIZI, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avv. Angelo Annibaldi, con domicilio eletto presso lo Studio dell'Avv. Angelo Annibaldi sito in Roma, via Antonio Bertoloni, 26/B;
- SOCIETA' COOPERATIVA ITALIANA DI RISTORAZIONE - CIR FOOD S.C., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. Eugenio Dalli Cardillo, con domicilio eletto presso Arturo Cancrini in Roma, via G. Mercalli, 13;
- SOC DUSSMANN SERVICE SRL, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli Avv. Ulisse Corea, Filippo Martinez, Davide Moscuza, con domicilio eletto presso Ulisse Corea in Roma, via dei Monti Parioli, 48;
- Soc Serenissima Ristorazione Spa;
- Soc Coop Solidarieta' e Lavoro;
- Soc Coop Camst S.r.l.;

per l'annullamento

- della determinazione di Roma Capitale n. 2783 in data 27.12.2013 nella parte in cui dispone l'aggiudicazione definitiva del lotto di gara n. 5 della procedura recante l'affidamento del servizio di ristorazione scolastica nelle scuole d'infanzia statali e comunali, comprese le sezioni ponte e primavera, le scuole primarie e secondarie di primo grado di Roma Capitale a favore di Vivenda S.p.A.;
 - di tutti i verbali di gara afferenti il lotto n. 5;
 - di tutti gli atti del procedimento di verifica e in particolare del verbale di contraddittorio del 19 dicembre 2013;
 - della determinazione dirigenziale n. 2783 del 27 dicembre 2013 nella parte in cui dispone l'aggiudicazione definitiva del lotto di gara n. 7 a favore di Vivenda S.p.A.;
 - delle determinazioni dirigenziali nn. 2779, 2780, 2781, 2782, 2784 in data 27.12.2013 con cui sono stati aggiudicati definitivamente i lotti n. 2, 1, 8, 3, 9, 4, 6, 10, 11;
 - dei verbali di gara di tutti i lotti;
 - del verbale rep. 12521 in data 07-08.11.2012 nella parte in cui ammette alla gara il Consorzio Nazionale Servizi, la Cascina Global Service s.r.l. e la Vivenda S.p.A.;
 - del silenzio serbato dalla stazione appaltante in ordine al preavviso di ricorso;
 - di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale;
- Visti il ricorso e i relativi allegati;
- Visti gli atti di costituzione in giudizio di Roma Capitale, di Soc Vivenda S.p.a., di Soc Coop Italiana di Ristorazione - CIR Food S.C., di Soc La Cascina Global Service S.r.l., di Soc Coop CNS - Consorzio Nazionale Servizi e di Soc Dussmann Service S.r.l.;
- Viste le memorie difensive;
- Visti i ricorsi incidentali proposti da Vivenda S.p.a., La Cascina Global Service S.r.l. e CNS - Consorzio Nazionale Servizi;
- Visti tutti gli atti della causa;
- Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 aprile 2014 il consigliere Elena Stanizzi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
- Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Espongono in fatto le società odierne ricorrenti - che agiscono sia in proprio che nella qualità di mandatarie e mandanti di costituendo raggruppamento temporaneo di imprese - di aver partecipato alla gara, indetta con bando pubblicato in data 28 agosto 2012, avente ad oggetto la "procedura aperta per l'affidamento del servizio di ristorazione scolastica nelle scuole dell'infanzia statali e comunali, comprese le sezioni ponte e primavera, le scuole primarie e secondarie di I grado di Roma Capitale", suddivisa in 11 lotti, da aggiudicare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con possibilità di aggiudicazione di un massimo di due lotti a favore di ciascuna delle imprese partecipanti

singolarmente, in raggruppamento temporaneo di imprese o in forma consortile, classificatesi prime in graduatoria, secondo l'ordine di attribuzione dei lotti stabilito in base alla loro estrazione.

In esito all'espletamento della gara sono stati aggiudicati i lotti 5 e 7 alla Vivenda S.p.A., il lotto 2 alla società La Cascina Global Service a r.l., i lotti 3 e 9 al Consorzio Nazionale Servizi - CNS.

In relazione all'aggiudicazione di tali lotti afferma parte ricorrente che la società Vivenda S.p.A. e la società La Cascina Global Service a r.l. avrebbero dovuto essere escluse dalla gara per aver presentato offerte riconducibili ad un unico centro decisionale, in tal modo eludendo la previsione relativa all'aggiudicazione massima di 2 lotti per ciascun concorrente, così come avrebbe dovuto essere escluso dalla gara - sostiene in via subordinata parte ricorrente - il Consorzio Nazionale Servizi stante l'inefficacia del ce ricorrente i seguenti elementi:

A - L'identità ovvero la sostanziale sovrapposibilità del progetto tecnico presentato dalla Vivenda S.p.A. per il lotto di gara n. 5 e quello presentato dalla società La Cascina Global Service s.r.l. per il lotto n. 2.

Evidenzia parte ricorrente le parti dei progetti tecnici presentati dalle due società che risultano identiche e sovrapposibili - e segnatamente l'incipit dei due progetti, le proposte migliorative e le schede tecniche allegate - sulla cui base afferma come gli stessi siano stati redatti dal medesimo soggetto.

B - La produzione su supporto informatico da parte della Vivenda S.p.A. del progetto tecnico della società La Cascina Global Service r.l.

Evidenzia parte ricorrente come la Vivenda S.p.A. abbia depositato per il lotto 5 un cd con firma digitale del proprio rappresentante legale contenente il file del progetto tecnico presentato dalla società La Cascina Global Service s.r.l. per il lotto 2, il che costituisce causa di esclusione anche in quanto sintomatico della conoscibilità delle reciproche proposte e del comune intento di partecipare alla procedura di gara al fine di conseguire più di 2 lotti in denunciata violazione delle previsioni dettate dalla lex specialis.

C - Sulla compilazione da parte di un unico soggetto dei modelli A contenenti l'offerta economica presentata per il lotto 2 dalla Cascina e per il lotto 5 dalla Vivenda S.p.A.

Afferma parte ricorrente, anche sulla scorta delle risultanze emergenti dalla perizia calligrafica, che i modelli contenenti le offerte economiche delle società Vivenda e La Cascina Global Service sarebbero stati redatti dal medesimo soggetto, il che attesterebbe la conoscenza reciproca dei ribassi offerti.

D - Sulla corrispondenza tra gli oneri della sicurezza aziendale indicati.

Evidenzia parte ricorrente come le società Vivenda e La Cascina Global Service, sebbene abbiano partecipato a lotti diversi, abbiano indicato la stessa percentuale di oneri della sicurezza aziendale, quantificata nello 0,40% del valore contrattuale, il che testimonierebbe la sussistenza della causa di esclusione di cui all'art. 38, comma 1, lettera m quater del D.Lgg. n. 163 del 2006.

§ - Alla luce degli indicati elementi gravi, univoci e concordanti, che acclarerebbero la riconducibilità delle offerte delle società Vivenda e La Cascina Global Service ad un unico centro decisionale, denuncia parte ricorrente l'illegittimità, in particolare, del sub-procedimento di verifica condotto dall'Amministrazione, affermando come la conseguenza di tale verifica avrebbe dovuto essere l'esclusione della Vivenda dal lotto 5- stante la mancata formulazione delle offerte in modo autonomo e

la conseguente violazione dei principi di segretezza e serietà delle offerte e della par condicio - il quale avrebbe dovuto essere aggiudicato a favore di parte ricorrente.

Inoltre, le società Vivenda e La Cascina Global Service avrebbero dovuto essere escluse, ai sensi dell'art. 38, comma 1, lettera m quater del D.Lgg. n. 163 del 2006, anche per omessa dichiarazione del collegamento con la Cooperativa Solidarietà e Lavoro, che risulta essere tra le imprese designate dal Consorzio Nazionale Servizi - che ha tra i propri fondatori la Vivenda S.p.A. - essendo la Cooperativa di Lavoro La Cascina - socio unico di La Cascina Global Service e proprietaria del 70% del capitale sociale di Vivenda S.p.A. - consorziata con la Cooperativa Solidarietà e Lavoro.

III - Violazione di legge. Violazione e falsa applicazione dell'art. 46, comma 1 bis, del D.Lgs. n. 163 del 2006. Violazione della lex specialis. Violazione dell'art. 5.7.1 del disciplinare di gara. Eccesso di potere. Difetto di istruttoria.

Quale ulteriore motivo di esclusione della Vivenda S.p.A. indica parte ricorrente la mancata produzione, da parte della stessa, del proprio progetto tecnico su supporto informatico, come richiesto dal disciplinare di gara, avendo la stessa prodotto il progetto tecnico della società La Cascina relativo al lotto 2.

Trattasi di circostanza che, secondo parte ricorrente, avrebbe dovuto comportare l'esclusione della Vivenda S.p.A. anche ai sensi dell'art. 46, comma 1 bis, del D.Lgs. n. 163 del 2006 stante l'incertezza assoluta sul contenuto e provenienza dell'offerta.

Sostiene, quindi, parte ricorrente che, in ragione del principio di cristallizzazione delle offerte, dall'esclusione della società Vivenda S.p.A. dal lotto di gara n. 5 discenderebbe l'aggiudicazione dello stesso a proprio favore.

Per l'ipotesi in cui dovesse invece ritenersi necessaria la rielaborazione di tutte le graduatorie, afferma parte ricorrente di avere interesse all'esclusione dalla gara delle società Vivenda S.p.A. e La Cascina Global Service a r.l. nonché del Consorzio Nazionale Servizi, da cui discenderebbe l'aggiudicazione a proprio favore del lotto 9.

IV - Violazione di legge. Violazione dell'art. 48 della Direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004. Violazione dell'art. 49 del D.Lgs. n. 163 del 2006 e dell'art. 88 del D.P.R. n. 207 del 2010. Violazione della lex specialis. Violazione del punto III.2.3 del bando di gara e del punto 1.3 del disciplinare di gara. Eccesso di potere. Erroneo presupposto di fatto. Illogicità e irragionevolezza.

Denuncia parte ricorrente che il contratto di avalimento sottoscritto tra il Consorzio Nazionale Servizi e la CAMST Società Cooperativa sia carente dell'indicazione delle risorse e dei mezzi prestati, nonché della puntuale indicazione del requisito oggetto di avalimento, con conseguente sua inefficacia in quanto generico ed indeterminato, il che integrerebbe una causa di esclusione del CNS dalla gara in quanto privo dei requisiti di partecipazione.

V - Violazione di legge. Violazione dell'art. 38, comma 1, lettera m quater del D.Lgg. n. 163 del 2006. Omessa indicazione dell'esistenza di un collegamento formale e sostanziale tra la Cooperativa Solidarietà e Lavoro Società Cooperativa, Vivenda S.p.A. e La Cascina Global Service s.r.l. Eccesso di potere. Difetto di istruttoria.

Il Consorzio Nazionale Servizi, sostiene parte ricorrente, avrebbe dovuto essere escluso, ai sensi dell'art. 38, comma 1, lettera m quater del D.Lgg. n. 163 del 2006, in ragione della non veritiera dichiarazione resa dalla Cooperativa Solidarietà e Lavoro, designata dal Consorzio per l'esecuzione del

servizio, essendo la stessa consorziata con la Cooperativa di Lavoro La Cascina - socio unico di La Cascina Global Service e proprietaria del 70% del capitale sociale di Vivenda S.p.A.

Il collegamento tra il CNS - che ha, inoltre, tra i propri fondatori, la Vivenda S.p.A.- la Vivenda S.p.A. e La Cascina Global Service s.r.l. emergerebbe anche alla luce del contratto di fornitura che le stesse e le società consorziate hanno stipulato con la Marr s.p.a. al fine del raggiungimento di obiettivi di fatturato, il che proverebbe il collegamento formale e sostanziale tra le stesse, il quale avrebbe dovuto determinare la loro esclusione dalla gara.

Si è costituita in resistenza Roma Capitale, sostenendo, anche con successiva memoria, l'infondatezza del ricorso nella considerazione che le imprese di cui si afferma la riconducibilità ad un unico centro decisionale hanno partecipato a lotti diversi e sostenendo la correttezza del procedimento di verifica condotto in ordine al collegamento tra le imprese e la conformità ai previsti requisiti del contratto di avvalimento prodotto dal CNS.

Si è costituita in giudizio la società Vivenda S.p.A. eccependo, in via preliminare, l'inammissibilità del ricorso per alternatività delle censure con lo stesso proposte. Inammissibili sarebbero inoltre le censure proposte avverso le valutazioni effettuate dalla stazione appaltante in ordine alla riconducibilità delle offerte ad un unico centro decisionale, trattandosi di discrezionalità tecnica sindacabile unicamente per illogicità o irragionevolezza, nella specie non evidenziate, eccependo altresì la carenza di interesse alle censure volte ad ottenere l'esclusione della Vivenda dal lotto 5, conseguendo dalla stessa la necessità di rielaborare tutte le graduatorie per i vari lotti, precisando come in caso di esclusione dalla gara anche del CNS e di La Cascina Global Service non potrebbe conseguire per la ricorrente l'aggiudicazione di alcun lotto.

Sotto altro profilo, deduce la società Vivenda S.p.A. l'inammissibilità del ricorso in quanto rivolto avverso due distinti provvedimenti privi di connessione oggettiva e soggettiva, gravati sulla base di petitum e causa petendi diversi.

Nel merito del ricorso, con articolate controdeduzioni, sostiene la controinteressata l'infondatezza delle censure proposte, affermando l'irrelevanza dell'eventuale imputabilità delle offerte ad un unico centro decisionale in quanto presentate per lotti diversi, nel dettaglio contestando le argomentazioni di parte ricorrente circa la non autonomia nella formulazione delle offerte.

Con riferimento alla denunciata omessa dichiarazione del collegamento con la Cooperativa Solidarietà e Lavoro, precisa come la stessa non sia una concorrente ma una mera esecutrice del servizio, e come non vi fosse più alcun rapporto di collegamento alla data di pubblicazione del bando.

Si è costituita in giudizio anche la controinteressata La Cascina Global Service s.r.l. eccependo in via preliminare l'inammissibilità del ricorso per difetto di interesse stante la mancata impugnazione del bando e del disciplinare di gara nella parte in cui prevedono la possibilità per le imprese collegate di partecipazione alla gara e di aggiudicazione ciascuna di massimo due lotti, precisando come dall'invocata esclusione della Vivenda S.p.a., di La cascina Global Service s.r.l e del CNS non deriverebbe alla parte ricorrente alcun vantaggio, non potendo conseguire l'aggiudicazione di alcun lotto.

Sostiene, inoltre, la controinteressata, con articolate controdeduzioni, l'infondatezza delle censure ricorsuali chiedendo il rigetto del ricorso.

Si è costituito in giudizio anche il Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa, eccependo l'inammissibilità del ricorso sia per alternatività delle censure che per carenza di interesse, e

sostenendone nel merito l'infondatezza con riferimento alle censure rivolte avverso la propria ammissione alla gara, con richiesta di corrispondente pronuncia.

Si è costituita in giudizio la Società Cooperativa CIR FOOD s.c. sostenendo la carenza di interesse all'impugnazione dell'aggiudicazione a proprio favore dei lotti n. 1 e 8, chiedendo l'estromissione dal giudizio.

Si è costituita in giudizio anche la Dussmann Service s.r.l. con formula di stile.

Parte ricorrente ha puntualmente controdedotto a quanto argomentato dalle parti costituite in giudizio, contestando in particolare i rilievi di inammissibilità del ricorso, ulteriormente argomentando a sostegno della proposta azione ed insistendo nelle proprie richieste.

La controinteressata Vivenda S.p.A. ha proposto ricorso incidentale avverso l'ammissione alla gara di parte ricorrente affidandolo ai seguenti motivi di censura:

1 - Violazione dell'art. 37 del D.Lgs. n. 163 del 2006. Violazione dell'art. 1.2 lettera H) e dell'art. 1.4 del disciplinare. Violazione del principio di imparzialità e buon andamento. Violazione della par condicio competitorum. Eccesso di potere per irragionevolezza e travisamento dei presupposti. Carenza di istruttoria.

Afferma la ricorrente incidentale che il costituendo raggruppamento ricorrente avrebbe dovuto essere escluso dalla gara in quanto la mandataria Bioristoro non concorre in misura maggioritaria rispetto alle mandanti, per come previsto dalla disciplina di gara, non possedendo il requisito del fatturato in misura maggioritaria rispetto alle stesse, e ciò sull'assunto che la capogruppo debba possedere tale requisito in misura complessivamente superiore rispetto alle imprese raggruppate.

2 - Violazione e falsa applicazione dell'art. 49 del D.Lgs. n. 163 del 2006. Violazione e falsa applicazione dell'art. 1.5, terzo capoverso, del Regolamento di gara. Carenza dei requisiti di fatturato globale. Eccesso di potere per carenza di istruttoria.

Sostiene la ricorrente incidentale che il RTI Bioristoro avrebbe dovuto essere escluso dalla gara per l'assenza del requisito relativo al numero dei pasti erogati nei confronti di un solo committente nel triennio precedente, dovendo ritenersi inefficace il contratto di avvalimento delle risorse stipulato a favore delle mandanti Pastore e Ladisa, la cui decorrenza è prevista dalla data della sottoscrizione del contratto, risultando pertanto sottoposto alla condizione sospensiva dell'aggiudicazione.

3 - Violazione dell'art. 75 del D.Lgs. n. 163 del 2006. Violazione della Sezione 2 del Regolamento di gara. Difetto di istruttoria e travisamento dei fatti.

Contesta la ricorrente incidentale la cauzione provvisoria prodotta da RTI Bioristoro, in quanto contenente una clausola - rubricata sotto 'Rilievo del fideiussore' - che farebbe venir meno la tutela della stazione appaltante.

4 - Violazione dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163 del 2006. Violazione del punto III.2.1) del bando. Violazione dell'art. 1.1 lettera B) e dell'art. 3.2 del regolamento di gara. Violazione e falsa applicazione degli artt. 46 e 76 del D.P.R. n. 445 del 2000.

Afferma la ricorrente incidentale che parte ricorrente avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in quanto la dichiarazione resa dal preposto alla gestione tecnica della mandante Ladisa, Sig.ra Filomena Ladisa, è stata sottoscritta da Floriana Ladisa.

5 - Violazione dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163 del 2006. Violazione del punto III.2.1) del bando. Violazione dell'art. 1.1 lettera B) e dell'art. 3.2 del regolamento di gara. Violazione e falsa applicazione degli artt. 46 e 76 del D.P.R. n. 445 del 2000.

Ritiene la ricorrente incidentale la non conformità alla realtà della dichiarazione resa con riferimento alla inesistenza di soggetti cessati dalla carica nell'anno precedente la pubblicazione del bando, significando l'intervenuta acquisizione da parte della mandante Pastore di due rami di azienda e dell'acquisizione da parte della mandante Ladisa di una impresa individuale, con la conseguenza che gli amministratori delle aziende cedute avrebbero dovuto rendere la dichiarazione di insussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38 comma 1, lettera c, del D.Lgs. n. 163 del 2006. Chiede quindi la Vivenda S.p.A. l'accoglimento del ricorso incidentale ed il rigetto di quello principale in quanto inammissibile e infondato.

Anche la controinteressata La Cascina Global Service a r.l. ha proposto ricorso incidentale rivolto avverso l'ammissione alla gara del RTI Bioristoro articolando i seguenti motivi di censura:

I - . Violazione di legge. Violazione dell'art. 38, comma 1, lettera c) D.Lgs. n. 163 del 2006. Eccesso di potere.

Sostiene la ricorrente incidentale che il RTI Bioristoro avrebbe dovuto essere escluso dalla gara per la mancata produzione delle dichiarazioni ai sensi dell'art. 38, comma 1 lettera c) del D.Lgs. n. 163 del 2006 riferite all'impresa individuale acquistata dalla mandante Ladisa e all'azienda affittata dalla mandante Pastore.

II - Violazione di legge. Violazione dell'art. 38, comma 1, lettera c) D.Lgs. n. 163 del 2006. Eccesso di potere.

Rileva la ricorrente incidentale l'irregolarità della dichiarazione sui requisiti di ordine generale resa dalla preposta alla gestione tecnica della mandante Ladisa, intestata alla Sig.ra Filomena Ladisa e firmata da Floriana Ladisa, con conseguente sua inesistenza ed invalidità.

III - Violazione e falsa applicazione delle disposizioni di cui all'art. 37 del D.Lgs. n. 163 del 2006 e degli artt. 75 e 275 del DPR 207 del 2010 nonché del paragrafo 1.4 del disciplinare di gara.

Nell'evidenziare le quote di partecipazione dichiarate dal RTI ricorrente, sostiene la ricorrente incidentale che la mandataria dello stesso non partecipi in misura maggioritaria rispetto alle mandanti, conseguendo da ciò la necessità della sua esclusione.

IN VIA SUBORDINATA

IV - Violazione degli artt. 34 e 38, lettera m quater), del D.Lgs. n. 163 del 2006. Violazione della libertà di impresa come sancito dall'art. 41 della Costituzione. Violazione dell'art. 46, comma i bis, del d.lgs. n. 163 del 2006. Violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione.

Nel sostenere la ricorrente incidentale che sulla base della disciplina di gara era consentito ad imprese collegate partecipare anche per i medesimi lotti, purchè le offerte fossero state formulate autonomamente, o in lotti diversi, senza necessità, in tale ultimo caso, che le offerte fossero autonome, per l'ipotesi in cui dovesse ritenersi che tale disciplina contenga un divieto di partecipazione di imprese collegate a lotti diversi e di aggiudicazione di più di due lotti a favore del medesimo centro di interessi, afferma l'illegittimità di tali divieti e limiti di aggiudicazione, riportandosi alla autonomia ed

indipendenza dell'aggiudicazione di ciascun lotto, costituente una gara autonoma, ed al principio di non discriminazione.

Anche il Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa ha proposto ricorso incidentale avverso gli atti di gara nella parte in cui non hanno disposto l'esclusione del RTI Bioristoro, riproponendo le censure già articolate nel ricorso incidentale di Vivenda S.p.A. così sintetizzabili:

1 - Violazione dell'art. 37 del D.Lgs. n. 163 del 2006. Violazione dell'art. 1.2 lettera H e dell'art. 1.4 del disciplinare. Violazione del principio di imparzialità e buon andamento. Violazione della par condicio competitorum. Eccesso di potere per irragionevolezza e travisamento dei presupposti. Carenza di istruttoria.

Il costituendo raggruppamento ricorrente avrebbe dovuto essere escluso dalla gara in quanto la mandataria Bioristoro non possiede il requisito del fatturato in misura maggioritaria rispetto alle mandanti e non concorre, quindi, in misura maggioritaria rispetto alle mandanti, per come previsto dalla disciplina di gara.

2 - Violazione e falsa applicazione dell'art. 49 del D.Lgs. n. 163 del 2006. Violazione e falsa applicazione dell'art. 1.5, terzo capoverso del Regolamento di gara. Carenza dei requisiti di fatturato globale. Eccesso di potere per carenza di istruttoria.

Il RTI Bioristoro avrebbe dovuto essere escluso dalla gara per l'assenza del requisito relativo al numero dei pasti erogati nei confronti di un solo committente nel triennio precedente, dovendo ritenersi inefficace il contratto di avalimento delle risorse stipulato a favore delle mandanti Pastore e Ladisa, la cui decorrenza è prevista dalla data della sottoscrizione del contratto, risultando pertanto sottoposto alla condizione sospensiva dell'aggiudicazione.

3 - Violazione dell'art. 75 del D.Lgs. n. 163 del 2006. Violazione della Sezione 2 del Regolamento di gara. Difetto di istruttoria e travisamento dei fatti.

Contesta la ricorrente incidentale la cauzione provvisoria prodotta da RTI Bioristoro, in quanto contenente una clausola - rubricata sotto 'Rilievo del fideiussore' - che farebbe venir meno la tutela della stazione appaltante.

4 - Violazione dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163 del 2006. Violazione del punto III.2.1) del bando. Violazione dell'art. 1.1 lettera B) e dell'art. 3.2 del regolamento di gara. Violazione e falsa applicazione degli artt. 46 e 76 del D.P.R. n. 445 del 2000.

Afferma la ricorrente incidentale che parte ricorrente avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in quanto la dichiarazione resa dal preposto alla gestione tecnica della mandante Ladisa, Sig.ra Filomena Ladisa, è stata sottoscritta da Floriana Ladisa.

Chiede, quindi, il Consorzio ricorrente in via incidentale l'accoglimento del ricorso incidentale ed il rigetto di quello principale in quanto inammissibile e infondato.

Parte ricorrente, con memoria successivamente depositata, ha puntualmente controdedotto alle censure sollevate dai ricorrenti incidentali, eccependo la tardività dell'impugnazione proposta dalla società La Cascina Global Service avverso la disciplina di gara per l'ipotesi in cui la stessa dovesse contenere il divieto di aggiudicazione di più di due lotti a favore di imprese appartenenti ad un unico centro di interessi, sostenendone, con articolate controdeduzioni, l'infondatezza con richiesta di corrispondente pronuncia.

I ricorrenti incidentali hanno depositato al fascicolo di causa memorie di replica alle controdeduzioni di parte ricorrente, insistendo nelle proprie deduzioni.

Anche parte ricorrente ha depositato ulteriore memoria di replica contestando le deduzioni avverse.

Alla Pubblica Udienza del 16 aprile 2014 la causa è stata chiamata e, sentiti i difensori delle parti presenti, trattenuta per la decisione, come da verbale.

DIRITTO

1 - Con il ricorso in esame le imprese del costituendo Raggruppamento Temporaneo di Imprese con capogruppo Bioristoro Italia s.r.l., in proprio e nella qualità di mandataria e mandanti dello stesso, propongono azione impugnatoria avverso le determinazioni dirigenziali - meglio indicate in epigrafe nei loro estremi - adottate in esito all'espletamento della gara, indetta con bando pubblicato in data 28 agosto 2012, avente ad oggetto la "procedura aperta per l'affidamento del servizio di ristorazione scolastica nelle scuole dell'infanzia statali e comunali, comprese le sezioni ponte e primavera, le scuole primarie e secondarie di I grado di Roma Capitale", suddivisa in 11 lotti, da aggiudicarsi con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con cui è stata disposta l'aggiudicazione definitiva dei lotti n. 5 e n. 7 a favore della società Vivenda S.p.A. e del lotto n. 2 a favore della società La Cascina Global Service, estendendo genericamente l'impugnazione anche all'aggiudicazione dei restanti lotti. Impugna, altresì, parte ricorrente gli atti di gara nella parte in cui non hanno disposto l'esclusione dalla procedura di gara delle società Vivenda S.p.A. e La Cascina Global Service s.r.l., ivi compresi quelli inerenti il sub-procedimento di verifica dell'imputabilità delle offerte dalle stesse presentate ad un unico centro decisionale, nonchè gli atti di gara che hanno ammesso alla procedura il Consorzio Nazionale Servizi, risultato aggiudicatario dei lotti 3 e 9.

Riconduce parte ricorrente l'interesse all'impugnazione alla pretesa ad aggiudicarsi il lotto 5 previa esclusione dalla gara della società Vivenda S.p.A. sulla base della cristallizzazione delle graduatorie. Per l'ipotesi, invece, in cui debba procedersi alla rielaborazione di tutte le graduatorie, l'interesse all'impugnazione di parte ricorrente si radicherebbe nell'aspirazione all'aggiudicazione del lotto n. 9 previa esclusione dalla gara delle società Vivenda S.p.A., La Cascina Global Service s.r.l. e il Consorzio Nazionale Servizi, in accoglimento delle censure proposte in via graduata.

2 - Le imprese di cui con il ricorso introduttivo del giudizio viene chiesta, sulla base di plurimi motivi di censura, l'esclusione dalla gara - e segnatamente le società Vivenda S.p.A., La Cascina Global Service s.r.l. e il Consorzio Nazionale Servizi - hanno proposto ricorsi incidentali volti a censurare l'ammissione alla gara del costituendo Raggruppamento ricorrente in via principale.

3 - In via preliminare, essendo il Collegio investito sia della delibazione del ricorso principale che della proposizione di ricorsi incidentali, occorre stabilire l'ordine di trattazione dei ricorsi, essendo i ricorsi incidentali - proposti dai controinteressati a favore dei quali è stata disposta la contestata aggiudicazione di lotti che parte ricorrente aspira a conseguire - volti a censurare l'ammissione alla gara del costituendo raggruppamento ricorrente, il quale avrebbe dovuto asseritamente essere escluso sulla base di plurimi profili di censura, introducendo quindi questioni incidentali sulla sussistenza delle condizioni dell'azione in capo al ricorrente principale.

La rilevanza della questione inerente l'ordine da seguire nella trattazione del ricorso principale, proposto da chi aspira ad ottenere l'aggiudicazione non conseguita in esito all'espletamento della gara, e di quelli incidentali, proposti dai soggetti aggiudicatari di cui viene chiesta l'estromissione dalla gara al fine di consentire al ricorrente principale di ottenere l'aggiudicazione, va ricondotta alla sua incidenza sui principi di parità delle parti e di imparzialità del giudice, quest'ultimo, in particolare, assicurato dall'osservanza dei fondamentali canoni processuali che governano l'ordine logico di esame delle questioni introdotte nel giudizio, attraverso la predeterminazione, in astratto e in via generale, delle

modalità di esercizio del potere giurisdizionale, ordine che non rientra nella disponibilità delle parti e che impone la necessità di assicurare prioritaria definizione alle questioni processuali, tra cui l'accertamento della sussistenza delle condizioni dell'azione, che possono venire poste in discussione attraverso la proposizione di ricorsi incidentali che contestano la legittima partecipazione alla gara del ricorrente principale.

Se la sussistenza delle condizioni dell'azione, in assenza di proposizione di ricorsi incidentali, deve essere verificata in astratto unicamente sulla base della prospettazione di parte ricorrente, con riferimento alla causa petendi ed al petitum della domanda, e degli atti di causa, tale esame subisce inevitabili condizionamenti ed interferenze, nella graduale delibazione della controversia, per effetto della proposizione di ricorsi incidentali volti a contestare l'ammissione alla gara del ricorrente principale, e ciò sulla base del principio della domanda e della connotazione della giurisdizione innanzi al giudice amministrativo basata sull'interesse all'azione, che sfugge quindi ad una qualificazione di tipo oggettivo del giudizio, contraria all'ordinamento ed al principio di legalità.

Laddove, difatti, il ricorso incidentale sia volto a contestare l'ammissione alla gara del ricorrente principale, le relative questioni si risolvono nella contestazione della stessa legittimazione ad agire di quest'ultimo, e ciò nella considerazione che la situazione legittimante all'impugnazione, costituita dalla partecipazione del ricorrente principale nella procedura di gara, deriva da una qualificazione di carattere normativo, che postula il positivo esito del sindacato - veicolato dal ricorso incidentale - sulla ritualità dell'ammissione del soggetto ricorrente in via principale alla procedura selettiva, con la conseguenza che, per come affermato dalle sentenze del Consiglio di Stato, rese in Adunanza Plenaria, n. 4 del 2011 e n. 9 del 2014, la definitiva esclusione o l'accertamento retroattivo della illegittimità della partecipazione alla gara impedisce di assegnare al concorrente la titolarità di una situazione sostanziale che lo abilita ad impugnare gli esiti della procedura selettiva.

Nel giudizio amministrativo, difatti, l'azione di annullamento è soggetta - sulla falsariga del processo civile - a tre condizioni fondamentali che devono sussistere al momento della proposizione della domanda e permanere fino al momento della decisione.

Tale condizioni consistono nella legittimazione a ricorrere discendente dalla speciale posizione qualificata del soggetto che lo distingue dal *quisque de populo* rispetto all'esercizio del potere amministrativo, l'interesse ad agire ex art. 100 c.p.c. e la *legitimatio ad causam*, ovvero la titolarità del rapporto controverso.

Riflettendosi le condizioni dell'azione sull'ordine di esame delle questioni introdotte con il ricorso principale e con il ricorso incidentale in relazione al loro oggettivo contenuto, ne discende che, qualora il ricorso incidentale abbia la finalità di contestare la legittimazione al ricorso principale, il suo esame assume carattere necessariamente pregiudiziale e la sua accertata fondatezza preclude al giudice l'esame del merito delle domande proposte dal ricorrente principale in quanto l'accoglimento delle censure proposte con il ricorso incidentale si risolve nell'accertamento negativo della ricorrenza dei presupposti processuali rispetto alle condizioni dell'azione.

Si pone, quindi, nelle ipotesi in cui dalla soluzione delle questioni dedotte con il ricorso incidentale della parte controinteressata discendano conseguenze negative in ordine alla situazione legittimante la proposizione del ricorso da parte del soggetto non risultato aggiudicatario, in quanto incidenti sulla sua ammissione alla gara, che tali questioni devono essere decise con precedenza rispetto ad ogni altra questione sollevata con il ricorso principale, risolvendosi in profili preclusivi dell'esame delle ragioni dedotte con quest'ultimo, coerentemente con l'ordine logico che, di regola, impone la priorità della definizione delle questioni di rito rispetto alle questioni di merito, e fra le prime la priorità dell'accertamento della ricorrenza dei presupposti processuali e delle condizioni dell'azione.

La priorità dell'esame del ricorso incidentale si radica unicamente, come affermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza n. 9 del 2014, laddove lo stesso produca la conseguenza dell'accertamento della illegittima ammissione alla gara del ricorrente in via principale attraverso la proposizione di censure che ne contestino il possesso dei prescritti requisiti oggettivi e soggettivi e l'ammissibilità dell'offerta, in quanto incidenti sulla ricorrenza della condizione dell'azione costituita dalla legittimazione del ricorrente, in quanto soggetto che avrebbe dovuto essere escluso dalla gara,

come avviene nella fattispecie in esame, in cui attraverso la proposizione dei ricorsi incidentali da parte dei soggetti a cui favore sono state disposte le aggiudicazioni dei lotti cui aspira il ricorrente principale, viene contestata l'ammissione alla gara di quest'ultimo.

Ed infatti, nel processo amministrativo l'impugnazione deve essere assistita dalla ricorrenza delle condizioni dell'azione sino al momento della decisione finale, con la conseguenza che laddove, a seguito della disamina delle censure proposte con il ricorso incidentale, si accerti che il ricorrente in via principale non avrebbe dovuto essere ammesso alla procedura di gara, il ricorso dallo stesso proposto deve essere dichiarato inammissibile, in quanto non sorretto dalle necessarie condizioni dell'azione, la cui assenza, laddove non fosse stato proposto ricorso incidentale, non sarebbe stata tuttavia riscontrabile per essere il giudizio amministrativo dominato dal principio della domanda, privo quindi di connotazione di carattere oggettivo, ed essendo pertanto dette condizioni riscontrabili, in caso di mancata proposizione di ricorso incidentale che incida sulla loro esistenza, sulla sola base del petitum e della causa petendi introdotte con il ricorso principale.

Il delineato quadro dei principi che presiedono all'ordine logico e giuridico della trattazione delle questioni sollevate con il ricorso principale e con il ricorso incidentale, per le ipotesi in cui quest'ultimo - come avviene nella fattispecie in esame - introduca censure aventi portata escludente dalla gara del ricorrente in via principale e, quindi, come tale, incida sulla stessa legittimazione alla proposizione del ricorso principale, deve essere coniugato e completato con il principio di economia processuale, in base al quale - per come affermato da ultimo nella sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 9 del 2014 - il giudice può, in concreto, esaminare "prioritariamente il ricorso principale, quanto meno nei casi in cui esso sia palesemente infondato, irricevibile, inammissibile o improcedibile, sulla scorta del paradigma sancito dagli artt. 49, comma 2, e 74 c.p.a.; questa facoltà non deve essere negata, a priori, sempre che il suo esercizio non incida sul diritto di difesa del controinteressato e consenta un'effettiva accelerazione della definizione della controversia; in linea di principio resta ferma la priorità logica della questione pregiudiziale, ma eccezionali esigenze di semplificazione possono giustificare l'esame prioritario di altri aspetti della lite."

Sebbene i presupposti che consentono di derogare alla regola del prioritario esame del ricorso incidentale escludente - ovvero di quello che sollevi una questione di carenza di legittimazione del ricorrente principale in quanto lo stesso avrebbe dovuto essere escluso dalla gara - sono dall'Adunanza Plenaria ricondotti alle sole ipotesi in cui il ricorso principale sia palesemente infondato, irricevibile, inammissibile o improcedibile, come enunciate dagli artt. 49, comma 2, e 74 c.p.a. che, rispettivamente, consentono, in tali casi, di prescindere dal disporre l'integrazione del contraddittorio e di decidere con sentenze in forma semplificata, ritiene tuttavia il Collegio che le medesime ragioni di economia processuale invocate a giustificazione di tale deroga consentano di ampliarne la portata oltre le ipotesi indicate, sino ad abbracciare tutte le ipotesi in cui il ricorso principale risulti essere infondato, anche se non con quel carattere manifesto che le richiamate norme prescrivono.

Le medesime ragioni di economia processuale suggeriscono, invero, di prescindere dall'esame del ricorso incidentale laddove il ricorso principale risulti comunque infondato, e ciò anche nei casi in cui l'eventuale accoglimento del ricorso incidentale avrebbe l'effetto di paralizzare il ricorso principale in quanto, come avviene nel caso in esame, attraverso la contestazione dell'ammissione alla gara del costituendo raggruppamento ricorrente si determinerebbe in capo allo stesso la carenza di legittimazione all'impugnazione in quanto soggetto che avrebbe dovuto essere escluso dalla gara, privandolo quindi della possibilità di aggiudicazione della gara che ne sostanzia l'interesse al ricorso.

Precisato come nella fattispecie in esame non si versi nell'ipotesi con riferimento alla quale si è pronunciata la Corte di Giustizia con la sentenza 4 luglio 2013, C-100/12 Fastweb - la quale, in applicazione dei principi di parità di trattamento, non discriminazione, libera concorrenza e tutela giurisdizionale effettiva, ha affermato che, laddove vi siano solo due concorrenti, ciascuno dei quali portatore di un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta dell'altro, devono essere esaminati sia il ricorso principale che quello incidentale, con l'effetto che, in caso di accoglimento di ambedue, non resta all'Amministrazione aggiudicatrice che constatare l'impossibilità di procedere alla scelta di

un'offerta regolare e la necessità di indire una nuova gara - ritiene il Collegio che il prioritario esame del ricorso principale, laddove lo stesso sia infondato, e la conseguente pronuncia di improcedibilità dei ricorsi incidentali - che peraltro non rivelano anch'essi profili di fondatezza - non si ponga in contrasto con i principi di parità delle armi e di non discriminazione.

Al riguardo, è utile ricordare che la Corte di Giustizia, nella citata sentenza, ha affermato che la titolarità della posizione giuridica qualificata e differenziata che legittima al ricorso non può dipendere dal "positivo esito del sindacato sulla ritualità dell'ammissione del soggetto ricorrente alla procedura selettiva", trattandosi di un interesse sostanziale che riceve la sua qualificazione normativa direttamente dalla legge, non dal provvedimento.

Sulla base del principio di diritto affermato dalla Corte di Giustizia, derivante dall'applicazione delle regole della direttiva 89/665 CEE, si è ribadito che l'esigenza di giustizia si sostanzia in una effettiva parità delle parti nel processo e che l'interesse che qualifica la posizione di chi partecipa ad una gara è che l'attività amministrativa si svolga nel rispetto delle regole della concorrenza e del procedimento, dovendo riconoscersi in capo allo stesso una posizione differenziata rispetto a tutti gli altri operatori dal settore.

Su tale scia, osserva il Collegio che l'aver il ricorrente principale partecipato alla gara ed azionato il proprio interesse ad ottenere l'aggiudicazione di taluni lotti, ne consente il positivo riscontro, sulla base del petitum e della causa petendi, della legittimazione all'azione, mentre l'infondatezza del ricorso dallo stesso proposto solleva il Collegio dall'onere di esaminare preliminarmente i ricorsi incidentali c.d. escludenti, la cui previa deliberazione si risolverebbe in un inutile aggravamento della decisione, in contrasto con il principio di economia processuale e senza che ciò trovi giustificazione nella garanzia del rispetto del principio di parità delle parti del processo.

Ritiene pertanto il Collegio, per ragioni di economia processuale, di potere esaminare con priorità il ricorso principale, stante la sua infondatezza, il che comporta l'improcedibilità dei ricorsi incidentali proposti dalle controinteressate di cui viene contestata l'illegittima ammissione alla gara e la conseguente aggiudicazione dei lotti, tenuto conto che l'infondatezza del ricorso principale rende i ricorsi incidentali delle parti controinteressate, introdotti per il soddisfacimento di un interesse sorto soltanto a seguito dell'impugnazione principale e da questa dipendenti, sguarniti di alcun interesse concreto alla relativa deliberazione.

4 - Sebbene l'anticipato esito di infondatezza del ricorso principale consentirebbe al Collegio di prescindere dalla disamina delle eccezioni sollevate dalle controinteressate costituite in giudizio, ritiene tuttavia il Collegio di dover deliberare in ordine alle stesse, rilevando, con riferimento alla eccepita inammissibilità delle censure proposte dal RTI ricorrente in quanto asseritamente alternative tra loro, che l'eccezione poggia su una erronea qualificazione della prospettazione di parte ricorrente, la quale ha formulato le proprie doglianze in via gradata e subordinata tra loro, chiedendo in via principale l'annullamento degli atti di gara nella parte in cui non è stata disposta l'esclusione dalla stessa delle società Vivenda S.p.A. e La Cascina Global Service a r.l. al fine di ottenere l'aggiudicazione a proprio favore del lotto n. 5, aggiudicato a Vivenda S.p.A., alla luce dell'invocato principio di cristallizzazione delle graduatorie stilate per i singoli lotti.

Per l'ipotesi in cui tale risultato non fosse conseguibile in ragione della non condivisione del principio di cristallizzazione delle graduatorie, chiede parte ricorrente, in via gradata e subordinata, l'esclusione dalla gara delle società Vivenda S.p.A., La Cascina Global Service ed il Consorzio Nazionale Servizi al fine di conseguire l'aggiudicazione del lotto n. 9, aggiudicato a favore di quest'ultimo.

Solo per il caso in cui il Collegio dovesse ritenere che a seguito dell'esclusione dalla gara delle società Vivenda S.P.A. e La Cascina Global Service a r.l., tenuto conto della modalità di aggiudicazione dei lotti prescelta dalla stazione appaltante - in base alla quale ciascuna impresa può aggiudicarsi un massimo di due lotti secondo la collocazione in graduatoria e sulla base dell'ordine di aggiudicazione dei lotti stabilito da apposito sorteggio, con esclusione per i successivi lotti dei concorrenti che, seppure primi in graduatoria, risultino già aggiudicatari di due lotti - venendo meno la possibilità per il RTI di conseguire l'aggiudicazione del lotto 5, sorge quindi l'interesse dello stesso a dolersi dell'ammissione alla gara del CNS al fine di conseguire l'aggiudicazione del lotto n. 9.

Trattasi, quindi, di modalità di prospettazione delle censure pienamente ammissibile, in quanto formulate gradatim in relazione all'interesse dichiarato e sotteso alle proposte doglianze, volte a conseguire la concreta utilità dell'aggiudicazione di determinati lotti, spettando il governo dei motivi alla parte ricorrente, la quale può graduare le proprie censure in applicazione del principio della domanda e del principio dispositivo che ispira il processo amministrativo.

Né le censure proposte dal ricorrente principale risultano in conflitto tra loro, ma sono piuttosto subordinate al conseguimento di un risultato favorevole all'interesse azionato dal ricorrente, tenuto peraltro conto che l'aggiudicazione del lotto n. 9 a favore del RTI ricorrente potrebbe discendere, in esito alla rielaborazione delle graduatorie, unicamente dall'accoglimento di tutte le censure proposte avverso l'ammissione alla gara sia di Vivenda S.p.A. e di La Cascina Global Service - dalla cui esclusione la ricorrente potrebbe conseguire l'aggiudicazione del lotto 5 solo in caso di cristallizzazione delle graduatorie - che del Consorzio Nazionale Servizi, risultato quest'ultimo conseguibile in esito alla rielaborazione delle graduatorie, laddove dovesse ritenersi che non vi sia, nella fattispecie in esame, la possibilità di accedere alla tesi della cristallizzazione delle graduatorie.

5 - Avuto riguardo all'eccezione, sollevata dai controinteressati costituitisi in giudizio, risultati aggiudicatari dei lotti nn. 5 e 7 (Vivenda S.p.A.), 2 (La Cascina Global Service a r.l.), 3 e 9 (Consorzio Nazionale Servizi), di carenza di interesse all'impugnazione in capo al RTI ricorrente - articolata sulla base di presupposti tra loro invero confliggenti, sostenendo la società Vivenda la necessità di rielaborazione di tutte le graduatorie ed affermando, invece, il CNS come dall'esclusione di un concorrente non discenda la necessità di procedere ad una nuova formulazione di tutte le graduatorie - la stessa impone la previa delibazione in ordine alle conseguenze che, sulle aggiudicazioni dei vari lotti, spiegherebbe l'eventuale accoglimento delle censure volte ad affermare l'illegittima ammissione alla gara dei controinteressati risultati aggiudicatari, potendosi accedere alla tesi della cristallizzazione delle graduatorie - da cui potrebbe derivare l'aggiudicazione del lotto n. 5 a favore del RTI ricorrente in caso di accoglimento delle censure proposte avverso l'ammissione alla gara di Vivenda S.p.A. - solo in caso di accertata indifferenza delle aggiudicazioni dei lotti successivamente disposte rispetto alla modifica della graduatoria discendente dall'esclusione di taluno degli aggiudicatari.

Tale questione deve essere esaminata e decisa alla luce della disciplina di gara che stabilisce le modalità di aggiudicazione dei lotti in cui è suddivisa la procedura.

Viene in rilievo, al riguardo, il punto II.1.8 del bando di gara, il quale prevede che le imprese, pur potendo presentare offerte per tutti i lotti, possono risultare aggiudicatrici di un massimo di due lotti sia se partecipano singolarmente, sia in raggruppamento temporaneo di imprese sia in forma consortile. In relazione alla previsione, di cui al bando di gara, della possibilità, per ciascuna impresa, di aggiudicarsi un massimo di due lotti, il disciplinare di gara, alla sezione 'Informazioni Complementari', stabilisce che si procederà all'aggiudicazione dei lotti a favore dei concorrenti risultati primi in graduatoria, escludendo per i successivi lotti i concorrenti che, seppure primi in graduatoria, risultino aggiudicatari di due lotti, seguendo, quanto all'ordine dell'aggiudicazione dei singoli lotti, quello determinato dall'estrazione degli stessi.

Sulla base di tali regole di aggiudicazione dei lotti, la posizione del concorrente nelle graduatorie dei singoli lotti va quindi coniugata, al fine di determinare quali di essi sarà aggiudicato, con l'ordine stabilito in base all'estrazione dei lotti. Sulla base di tale ordine, infatti, vengono aggiudicati i lotti ai primi in graduatoria i quali, raggiunto il massimo di due lotti aggiudicabili, non possono essere presi in

considerazione per l'aggiudicazione dei lotti che seguono nell'ordine pur se collocatisi primi nelle relative graduatorie.

In ragione delle descritte modalità di aggiudicazione, è evidente come l'esclusione dalla gara di un soggetto che è risultato aggiudicatario di un lotto - lotto che non risulti l'ultimo in ordine di estrazione, l'unico ad essere impermeabile a variazioni nelle aggiudicazioni in esito all'esclusione di un concorrente aggiudicatario - si ripercuote inevitabilmente sulle aggiudicazioni dei successivi lotti, con conseguente necessità di procedere ad una nuova determinazione dell'attribuzione degli stessi sulla base delle graduatorie formulate per ciascun lotto e dell'ordine di aggiudicazione dei lotti come derivante dalla relativa estrazione, con pretermissione dall'aggiudicazione dei soggetti già assegnatari del numero massimo di lotti.

Non può, quindi, accedersi alla tesi di parte ricorrente - e ribadita dal Consorzio Nazionale Servizi - secondo cui vi sarebbe una sorta di cristallizzazione delle graduatorie e delle relative aggiudicazioni, con la conseguenza, auspicata dal RTI ricorrente, che dall'esclusione dalla gara della Vivenda S.p.A. - cui è stato aggiudicato, unitamente al lotto n. 7, anche il lotto n. 5 - lo stesso otterrebbe l'aggiudicazione del lotto n. 5 posto che i concorrenti che precedono il RTI ricorrente, ovvero Serenissima Ristorazione e Dusmann Service s.r.l., hanno ottenuto già due lotti.

Ed invero, Serenissima Ristorazione è risultata aggiudicataria dei lotti n. 10 e n. 11, mentre la Dusmann Service s.r.l. è aggiudicataria dei lotti n. 6 e n. 4, i quali tutti seguono, sulla base dell'ordine di estrazione sorteggiato, l'aggiudicazione del lotto n. 5.

Tenuto conto che i singoli lotti non sono tra loro equivalenti, differenziandosi per i relativi importi, numero dei pasti da somministrare, municipi da servire e cauzione da prestare, e coniugando tale rilievo con le regole di gara che presiedono all'ordine di aggiudicazione dei lotti, stabilite sulla base di apposita estrazione con esclusione progressiva dalle successive aggiudicazioni dei lotti di quei concorrenti che hanno ottenuto il numero massimo di lotti conseguibili, ne discende che dall'esclusione dalla gara di uno dei soggetti aggiudicatari di un lotto deve necessariamente procedersi alla rielaborazione delle aggiudicazioni dei lotti che, nell'ordine, risultano estratti successivamente.

Con la conseguenza che, in caso di esclusione dalla gara della società Vivenda S.p.A., il lotto n. 5 andrebbe aggiudicato non già al RTI ricorrente, ma a Serenissima Ristorazione, alla quale andrebbe tuttavia revocata l'aggiudicazione del lotto n. 11, avendo la stessa conseguito il numero massimo di due lotti conseguibile attraverso l'aggiudicazione del lotto 10, che precede nell'ordine il lotto n. 11, con le conseguenti ricadute sulle successive aggiudicazioni effettuate.

Deve, quindi, disattendersi la tesi di parte ricorrente circa la cristallizzazione delle graduatorie, dovendo invece ritenersi, sulla base delle regole dettate dalla disciplina di gara, che l'esclusione di un soggetto risultato aggiudicatario di un lotto implichi la necessità di rideterminare le aggiudicazioni dei lotti che seguono secondo l'ordine di estrazione, con attribuzione, nel numero massimo di due, dei lotti ai primi in graduatoria che non abbiano raggiunto tale limite.

Discende, dalle superiori considerazioni, che l'interesse all'impugnazione del RTI ricorrente va riconosciuto con riferimento alla possibilità di aggiudicazione del lotto n. 9, conseguibile previo accoglimento delle censure proposte avverso l'ammissione alla gara delle società Vivenda S.p.A., La Cascina Global Service a r.l. e del Consorzio Nazionale Servizi.

Dall'esclusione di tali soggetti dalla gara, in esito alla riformulazione delle graduatorie dei singoli lotti, il RTI ricorrente conseguirebbe, sulla base della simulazione effettuabile alla luce delle graduatorie stilate per i singoli lotti e dell'ordine di attribuzione degli stessi, l'aggiudicazione del lotto n. 9, dovendo

ai soggetti che lo precedono in graduatoria assegnarsi i seguenti lotti (considerato che CIR Food è assegnatario dei lotti 9 e 1 che non vengono intaccati dalla rielaborazione delle aggiudicazioni): Serenissima Ristorazione, lotti 5 e 10, Dusmann Service, lotti 6 e 11, Compass Group Italia, lotti 4 e 3.

Il positivo riscontro della sussistenza, in capo al RTI ricorrente, della condizione dell'azione costituita dall'interesse all'impugnazione, derivando dall'eventuale accoglimento delle censure proposte avverso l'ammissione alla gara delle società Vivenda S.p.A., La Cascina Global Service r.l. e del Consorzio Nazionale Servizi la possibilità di ottenere l'aggiudicazione del lotto n. 9, non subisce incrinazioni alla luce delle argomentazioni spese dalla controinteressata La Cascina Global Service a sostegno dell'eccezione di difetto di interesse per non avere il RTI ricorrente impugnato la disciplina di gara nella parte in cui prevede la possibilità per le imprese collegate di aggiudicarsi ciascuna due lotti.

Parte ricorrente affida, invero, la trama difensiva sottesa alle censure proposte avverso l'ammissione alla gara delle società collegate Vivenda S.p.A. e La Cascina Global Service proprio all'assunto che la disciplina di gara non consentisse ad imprese collegate di aggiudicarsi ciascuna due lotti, cosicché le argomentazioni spese dalla controinteressata La Cascina Global Service a sostegno dell'eccezione di inammissibilità del ricorso per difetto di interesse afferiscono in realtà a questioni di merito, non incidenti sull'accertamento dei presupposti dell'azione.

Tenuto conto, inoltre, che, alla luce di quanto sopra illustrato in ordine alla impossibilità di accedere alla tesi della cristallizzazione delle graduatorie, l'interesse del RTI ricorrente va riferito alla possibilità di aggiudicazione del lotto n. 9, è irrilevante la circostanza, addotta da La Cascina Global Service, che lo stesso non potrebbe aggiudicarsi il lotto n. 2 di cui essa è aggiudicataria, dovendo il vantaggio concreto derivante dall'esclusione di La Cascina Global Service essere ricondotto alla possibilità di aggiudicazione del lotto 9 previa esclusione dalla gara anche di Vivenda S.p.A. e del Consorzio Nazionale Servizi, e ciò sulla base delle riformulazioni delle graduatorie e dell'assegnazione dei lotti secondo il loro ordine di estrazione.

6 - Esaurita la disamina delle questioni preliminari e pregiudiziali inerenti la presente controversia, il cui esito consente al Collegio di accedere all'esame del merito del ricorso, viene in rilievo, nella gradata elaborazione logica delle censure sollevate, la verifica in ordine alla contestata legittimità dell'ammissione alla gara delle società Vivenda S.p.A. - aggiudicataria dei lotti 5 e 7 - e La Cascina Global Service - aggiudicataria del lotto 2 - le quali, secondo gli assunti ricorsuali, avrebbero dovuto essere escluse dalla procedura in quanto imprese collegate tra loro che non avrebbero formulato le proprie offerte in modo autonomo, in tal modo eludendo le prescrizioni di gara che, secondo parte ricorrente, sarebbero ostative alla possibilità per le imprese collegate di ottenere complessivamente l'aggiudicazione di più di due lotti.

La prospettazione di parte ricorrente, posta a sostegno della censura volta a denunciare l'illegittima ammissione alla gara delle società Vivenda S.p.A. e La Cascina Global Service r.l., deve essere disattesa.

In punto di fatto, va preliminarmente evidenziato che le società Vivenda S.p.A. e La Cascina Global Service hanno espressamente dichiarato, in sede di gara, di essere a conoscenza della partecipazione di soggetti che si trovano in situazione di controllo di cui all'art. 2359 c.c. e di aver formulato l'offerta autonomamente, precisando la sussistenza di una situazione di collegamento tra le stesse per essere uno dei soci di Vivenda S.p.A., la Cooperativa La Cascina, anche socio di La Cascina Global Service.

Il disciplinare di gara, alla sezione 'Informazioni Complementari' dispone che "Nel caso in cui ricorra la fattispecie di cui all'art. 38, comma 1, lettera m quater, del D.Lgs. 163/2006 e s.m.i., la verifica in ordine all'imputabilità delle offerte ad un unico centro decisionale e l'eventuale esclusione, da effettuarsi a cura della Stazione Appaltante, verrà disposta dopo l'apertura delle offerte tecniche".

In relazione alla dichiarazione resa dalle società Vivenda e La Cascina Global Service, l'Amministrazione ha avviato un sub-procedimento di verifica in ordine all'imputabilità delle offerte presentate dalle società Vivenda S.p.A. e La Cascina Global Service ad un unico centro decisionale ai sensi dell'art. 38, comma 1, lettera m quater, del D.Lgs. n. 163 del 2006, in esito al quale ha ritenuto - con verbale del 19 dicembre 2013, contestato da parte ricorrente - soddisfattivi i chiarimenti offerti dai citati concorrenti, come resi anche in sede di contraddittorio orale, i quali hanno quindi ottenuto l'aggiudicazione di complessivamente tre lotti.

Giova, ancora, precisare, in punto di fatto, che le due società in dichiarata situazione di collegamento non hanno partecipato contestualmente ai medesimi lotti, avendo la Vivenda S.p.A. presentato offerte per i lotti nn. 4, 5, 6, 7, 8 e 11 e la società La Cascina presentato offerta solo per il lotto n. 2.

Tanto premesso, ritiene il Collegio, ai fini della delibazione in ordine alle censure volte ad affermare l'illegittima ammissione alla gara delle società Vivenda S.p.A. e La Cascina Global Service, di dover preliminarmente verificare se, alla luce della disciplina di gara, fosse precluso, per come affermato da parte ricorrente, procedere all'aggiudicazione di più di due lotti a favore di imprese collegate, per poi stabilire se l'eventuale imputabilità delle offerte presentate da imprese, che si trovano tra loro in posizione di collegamento, ad un unico centro decisionale, sia rilevante o meno, ai fini dell'applicazione della causa di esclusione di cui all'art. 38, comma 1, lettera m-quater, del D.Lgs. n. 163 del 2006, nelle ipotesi in cui tali imprese abbiano partecipato a lotti diversi, risultando tale ultima questione preliminare, in via logica ancor prima che giuridica, rispetto alla verifica della reale imputabilità delle offerte ad un unico centro decisionale sulla scorta degli indizi invocati in tal senso da parte ricorrente.

Con riferimento al primo profilo, osserva il Collegio che la disciplina di gara, contrariamente a quanto affermato da parte ricorrente, non preclude la possibilità per le imprese, che si trovino tra loro in una situazione di collegamento, di aggiudicarsi, ciascuna, un massimo di due lotti.

Per il caso di controllo tra imprese il disciplinare prevede unicamente la loro esclusione, ai sensi dell'art. 38, comma 1, lettera m-quater, del D.Lgs. n. 163 del 2006, laddove le offerte dalle stesse presentate siano imputabili ad un unico centro decisionale.

Quanto al limite dei lotti aggiudicabili, viene in rilievo la previsione recata dal bando di gara, in precedenza già richiamata, in base alla quale le imprese, pur potendo presentare offerte per tutti i lotti, possono risultare aggiudicatrici di un massimo di due lotti sia se partecipano singolarmente, sia in raggruppamento temporaneo di imprese sia in forma consortile (punto II.1.8 del bando di gara).

Nessuna ulteriore specificazione, in ordine ai limiti dei lotti aggiudicabili - da cui trarre precisi elementi interpretativi circa la preclusione per le imprese in situazione di collegamento tra loro alla possibilità di aggiudicarsi ciascuna due lotti - è contenuta nel disciplinare, il quale si limita a stabilire che si procederà all'aggiudicazione dei lotti a favore dei concorrenti risultati primi in graduatoria, escludendo per i successivi lotti i concorrenti che, seppure primi in graduatoria, risultino aggiudicatari di due lotti, seguendo, quanto all'ordine dell'aggiudicazione dei singoli lotti, quello determinato dall'estrazione degli stessi.

Le richiamate previsioni di gara - inequivoche, nel loro tenore letterale, nel senso di non precludere l'aggiudicazione di massimo due lotti a ciascuna impresa in situazione di collegamento con altre ugualmente aggiudicatrici - vanno inoltre interpretate, al fine di ricostruirne la concreta portata, anche alla luce delle vicende pregresse l'indizione della gara di cui è causa.

Al riguardo, deve rilevarsi che con precedente bando, riferito al medesimo oggetto, era espressamente previsto che le imprese, pur potendo presentare offerte per tutti i lotti, non avrebbero potuto essere aggiudicatrici di più di due lotti nelle ipotesi in cui si trovassero in rapporto di controllo o di collegamento diretto o indiretto.

Tale bando è stato revocato dalla resistente Amministrazione sulla scorta del parere di precontenzioso n. 69 del 3 maggio 2012 reso dall'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici, ai sensi del quale è stato ritenuto in contrasto con le prescrizioni del D.Lgs. n. 163 del 2006, ivi compreso l'art. 38, comma 1, lettera m quater, con i principi di ragionevolezza e parità di trattamento, il previsto limite massimo di lotti aggiudicabili alle imprese collegate, affermando che le imprese controllate o collegate ex art. 2359 c.c., dotate di propria personalità giuridica ed in possesso di adeguata capacità tecnica, economica e patrimoniale, se partecipano a lotti distinti e, quindi, concorrono all'affidamento di contratti diversi, possano aggiudicarsi ciascuna due lotti.

E' stata quindi censurata la previsione del bando di gara nella parte in cui precludeva ai soggetti collegati, che concorrono all'affidamento di distinti lotti, la possibilità di essere dichiarati aggiudicatari di più di un lotto, in virtù del mero collegamento fra gli stessi, così trasformando il rapporto di collegamento in un limite automatico all'aggiudicazione, a fronte dell'eliminazione, con la novella dell'art. 38, comma 1, lettera m-quater del Codice dei Contratti Pubblici, di qualsiasi forma di automatismo tra l'esclusione dalla gara e il collegamento tra le imprese.

Revocato il bando di gara che conteneva il predetto limite di aggiudicazione, nel massimo di due lotti complessivamente a favore di imprese collegate tra loro, il nuovo bando di gara, cui si riferisce la procedura in questa sede contestata, non contiene alcuna prescrizione che consenta di ritenere la persistenza di tale limite nel numero di lotti aggiudicabili a favore di imprese collegate, dovendo pertanto ritenersi - disattendendo sul punto le diverse argomentazioni spese da parte ricorrente - che ciascuna impresa, la quale versi in situazione di collegamento con altre imprese che partecipano alla gara, può essere aggiudicataria, singolarmente, di due lotti, purchè abbia formulato la propria offerta in modo autonomo rispetto alle imprese collegate che partecipano al medesimo lotto, dovendo al riguardo ritenersi, per quanto di seguito si andrà meglio ad esporre, che l'imputabilità delle offerte ad un unico centro decisionale possa assumere rilievo, quale causa escludente, unicamente con riferimento alla partecipazione di imprese collegate al medesimo lotto laddove lo stesso sia qualificabile quale gara autonoma.

Non essendo quindi previsto, sulla base della disciplina di gara, alcun limite di partecipazione alle imprese tra loro collegate, deve verificarsi se possa ritenersi applicabile la causa di esclusione, di cui all'art. 38, comma 1, lettera m-quater, del D.Lgs. n. 163 del 2006, ai casi in cui imprese tra loro collegate e le cui offerte siano in ipotesi riconducibili ad un unico centro decisionale, abbiano partecipato a lotti distinti.

Nell'affermare, difatti, parte ricorrente che le offerte presentate da Vivenda S.p.A. e dalla società La Cascina non siano state formulate in maniera autonoma - adducendo a sostegno di tale assunto vari elementi che dimostrerebbero la riconducibilità di tali offerte al medesimo centro decisionale - contesta l'ammissione di tali società alla procedura di gara, invocando quale parametro normativo di riferimento l'art. 38, comma 1, lettera m-quater, del D.Lgs. n. 163 del 2006 e deducendo l'intervenuta violazione della disciplina di gara nella parte in cui prevede l'aggiudicazione di massimo due lotti per ciascun concorrente.

La richiamata norma, dettata dall'art. 38, comma 1, lettera m-quater, del D.Lgs. n. 163 del 2006, dispone che sono esclusi dalle procedure di gara i soggetti che "si trovino, rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'articolo

2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale”.

Tale norma è stata inserita nel Codice dei Contratti Pubblici - con l'art. 3, comma 1, D.L. 25 settembre 2009, n. 135, convertito, con modificazioni, dalla L. 20 novembre 2009, n. 166 - al fine di adeguare la normativa nazionale ai principi comunitari, avendo la Corte di Giustizia, Sez. IV, 19 maggio 2009 in causa C-538/07, Assitur, ritenuto che il diritto comunitario osta a disposizioni nazionali le quali, pur perseguendo gli obiettivi legittimi di parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, stabiliscano un divieto assoluto ed automatico, a carico di imprese tra le quali sussista un rapporto di controllo o che siano tra loro collegate, di partecipare in modo simultaneo e concorrente ad una medesima gara d'appalto.

In particolare, la Corte ha ritenuto non conforme al diritto comunitario il previgente art. 34, comma 2, D.Lgs. n. 163 del 2006, il quale prevedeva l'esclusione dalle gare dei concorrenti che si fossero trovati fra di loro in una delle situazioni di controllo di cui all'art. 2359 c.c., senza possibilità per gli stessi di dimostrare che tale rapporto non aveva influenzato il loro comportamento nella procedura di gara, affermando che se, in linea generale, l'esclusione dei soggetti che si trovano in una situazione tale da alterare la concorrenza non è contraria al diritto comunitario, tuttavia la sanzione dell'esclusione automatica non è proporzionata allo scopo.

Ha rilevato, in particolare, la Corte di Giustizia che l'estensione del divieto di partecipazione a una medesima procedura di aggiudicazione alle situazioni in cui il rapporto di controllo tra le imprese interessate rimane ininfluenza sul comportamento di queste ultime nell'ambito di siffatte procedure, eccede quanto necessario per conseguire l'obiettivo di garantire l'applicazione dei principi di parità di trattamento e di trasparenza e si pone in contrasto con il principio di proporzionalità nella parte in cui non consente alle imprese in posizione di controllo la possibilità di dimostrare l'assenza, in concreto, di pratiche idonee a minacciare la trasparenza e a falsare la concorrenza tra gli offerenti.

A seguito dell'introduzione, nel Codice dei Contratti, della lettera m quater dell'art. 38, nelle ipotesi di controllo o di collegamento ex art. 2359 c.c., non è quindi più prevista l'esclusione automatica delle imprese che concorrono al medesimo affidamento e la stazione appaltante è tenuta a verificare se in concreto sussista un condizionamento di un'impresa su un'altra nella formulazione dell'offerta, attivando, a tal fine, un apposito subprocedimento di verifica in contraddittorio con le concorrenti interessate.

Tanto premesso sotto il profilo sistematico, deve evidenziarsi come l'eliminazione della causa automatica di esclusione dalla procedura di gara dei soggetti che si trovino tra loro in situazione di controllo e la sua sostituzione con la previsione della necessità di procedere al controllo, caso per caso ed in concreto, attraverso la verifica dell'imputabilità delle offerte ad un unico centro decisionale, dell'effettività della lesione dei fini che si intendono tutelare, ovvero la garanzia della concorrenza e della leale competizione, pone in evidenza la stretta finalizzazione della previsione dell'esclusione del concorrente con l'effettività della lesione del bene tutelato.

Tale stretta interrelazione tra fattispecie escludente e lesione del principio della libera concorrenza, consente di valorizzare, ai fini che qui interessano, il riferimento, contenuto nella citata norma, alla 'medesima procedura di affidamento'.

Ed invero, se la ratio della norma in esame risiede nell'esigenza di garantire un'effettiva e leale competizione tra gli operatori economici attraverso l'imposizione di un limite alla partecipazione alle gare a tutte quelle imprese le cui offerte si rivelino in concreto espressione di un unico centro decisionale, e quindi, come tali, idonee a condizionare il confronto concorrenziale, è evidente che la

manca di autonomia nella formulazione delle offerte può assumere rilievo, ai fini concorrenziali al cui presidio la norma è rivolta, unicamente nelle ipotesi in cui le offerte, provenienti da un unico centro decisionale, siano volte ad ottenere l'aggiudicazione della medesima gara, essendo solo in tali casi le offerte non formulate in modo autonomo e indipendente idonee a falsificare il confronto concorrenziale.

La ratio della norma esclude, quindi, che possa assumere rilievo la riconducibilità ad un unico centro decisionale delle offerte presentate da imprese collegate o controllate laddove le stesse partecipino a gare distinte.

Tali considerazioni, che delimitano l'ambito di applicabilità e di rilevanza della causa di esclusione prevista dalla norma in questione, vanno coniugate con il rilievo che le società Vivenda S.p.A. e La Cascina Global Service hanno presentato offerte, per come dianzi illustrato, per lotti diversi, non essendovi per nessun lotto la partecipazione simultanea delle due società in rapporto di collegamento, dovendo conseguentemente giungersi alla conclusione della non applicabilità della indicata fattispecie escludente laddove dovesse ritenersi che ogni lotto costituisca in realtà una gara autonoma.

A sostegno della qualificazione di ciascun lotto quale gara autonoma depongono, invero, vari indici che inducono a far ritenere ogni lotto una procedura di affidamento a sé stante.

Dalla lettura del bando e del disciplinare di gara emerge come le imprese, pur potendo partecipare a tutti i lotti, avrebbero dovuto presentare per ciascun lotto offerte economiche e tecniche differenziate, nonché prestare distinte cauzioni per ciascun lotto. Ancora, per ciascuno dei lotti in cui è suddivisa la gara sono previsti diversi requisiti di capacità economico finanziaria e la formazione di distinte graduatorie, sulla cui base procedere all'aggiudicazione con distinte determinazioni.

Ad avvalorare il carattere autonomo di ciascun lotto sotto il profilo strutturale e procedurale interviene, inoltre, la previsione contenuta nel bando di gara al punto II.1.8, laddove il divieto per le imprese di partecipare singolarmente, in raggruppamento con altre o in forma consortile viene riferito ad uno stesso lotto, per l'effetto non vigendo tale divieto in caso di simultanea partecipazione di un'impresa, nelle predette forme alternative, in lotti distinti, con ciò lasciando trasparire come anche per l'Amministrazione procedente ciascun lotto costituisca una procedura autonoma.

Peraltro, sotto un profilo ricostruttivo di ordine generale, deve ritenersi che laddove una gara abbia ad oggetto l'aggiudicazione di più lotti, ciascuno dei quali assuma veste autonoma sia per il profilo procedurale che ai fini della partecipazione da parte di concorrenti, ogni lotto costituisce una procedura di gara autonoma ed indipendente, che non subisce interferenze per effetto dello svolgimento della gara per gli altri lotti.

Pur essendo quindi la procedura disciplinata dal medesimo bando e dal medesimo disciplinare, a ciascun lotto corrisponde una distinta gara, potendo i concorrenti partecipare a tutti o a uno solo o ad alcuni dei lotti, con conseguente distinta aggiudicabilità degli stessi previa autonoma procedura valutativa delle offerte presentate per ciascuno di essi.

Inoltre, la suddivisione di una gara in lotti, secondo la giurisprudenza di questo Tribunale (Sez. I, 14 settembre 2011, n. 7286; Sez. III quater, 28 ottobre 2013 n. 9198; Sez. II, 20 novembre 2012 n. 9551; Sez. I ter, n. 35960 del 2010), con possibilità per le imprese interessate di partecipare ad un solo di essi e connessa autonoma aggiudicabilità degli stessi, consente di configurare gare autonome e distinte, atteggiandosi il bando quale atto ad oggetto plurimo disciplinante un numero di gare corrispondente al numero dei lotti da aggiudicare.

Venendo in rilievo, quindi, lotti distinti ed autonomi, che rappresentano gare autonome, e non avendo le società Vivenda S.p.A. e La Cascina Global Service - le cui offerte sarebbero riconducibili, secondo parte ricorrente, ad un unico centro decisionale - partecipato contestualmente ai medesimi lotti, deve ritenersi che non può trovare applicazione, nei confronti di tali società, la causa di esclusione di cui all'art. 38, comma 1, lettera m quater, del D.Lgs. n. 163 del 2006, mancandone il relativo presupposto, come costituito dalla contemporanea partecipazione di imprese in situazione di controllo o di collegamento alla medesima procedura di affidamento.

Il presupposto applicativo di tale norma escludente, difatti, è costituito dalla circostanza che le offerte, in ipotesi imputabili ad un medesimo centro decisionale, siano state presentate nell'ambito della stessa procedura di gara, in quanto solo in tale ipotesi può verificarsi la lesione o la messa in pericolo del corretto confronto concorrenziale, che tale norma intende tutelare, non potendo farsi questione di garanzia della concorrenza nei casi in cui imprese controllate o collegate, che abbiano formulato le proprie offerte in modo non autonomo, partecipino a procedure selettive differenti.

In tale ultimo caso, difatti, non concorrendo le imprese per l'aggiudicazione della medesima gara, le stesse non possono interferire, attraverso la concordata formulazione delle proprie offerte, sull'andamento della gara e sul relativo esito, inidonea essendo l'eventuale intesa nella formulazione delle rispettive offerte a ledere il bene protetto dalla norma.

L'aver, quindi, le società Vivenda S.p.A e La Cascina Global Service presentato offerte per lotti distinti, ciascuno integrante una gara autonoma, ha in sostanza impedito in radice e a priori che si potesse creare una concorrenza fittizia tra le due in violazione dei principi che governano le gare pubbliche, risultando pertanto non configurabile alcuna minaccia o turbativa alla regolarità della procedura di gara che può derivare dal vantaggio di conoscere le offerte l'una dell'altra o dalla comune e concordata formulazione delle stesse.

Se lo scopo della previsione contenuta nell'art. 38, comma 1, lettera m quater, del D.Lgs. n. 163 del 2006, è quello di garantire l'indipendenza e l'autonomia delle offerte nell'ambito della medesima procedura di affidamento, la partecipazione delle citate società a lotti diversi, ciascuno costituente autonoma gara, nel privare di contestualità e possibilità di interazione o interferenza le rispettive offerte, sfugge alla possibilità di applicazione della norma escludente, essendo in tal caso irrilevante, ai fini del rispetto delle regole che presiedono alle gare pubbliche, l'eventuale imputabilità delle offerte ad un medesimo centro decisionale e del condizionamento che la stessa presuppone.

Ad avvalorare tale conclusione deve rilevarsi come l'incidenza della situazione di controllo tra imprese venga dalla stessa Corte di Giustizia, nella citata sentenza 19 maggio 2009 in causa C-538/07, Assitur, ricondotta all'ipotesi della loro partecipazione in modo simultaneo e concorrente ad una medesima gara d'appalto, nel cui ambito deve essere assicurato il più ampio e trasparente confronto concorrenziale.

Ciò in coerenza con la disciplina comunitaria, secondo cui il sistema delle gare pubbliche può funzionare solo se le imprese partecipanti si trovano in posizione di reciproca ed effettiva concorrenza, che deve essere riferita alla medesima gara, la quale ha avuto riconoscimento normativo attraverso l'introduzione, nel Codice degli appalti, dell'art. 38, comma 1, lett. m-quater, il quale, in presenza di una delle due fattispecie ivi considerate - situazione di controllo o relazione di fatto di collegamento sostanziale - prevede l' esclusione dalla gara dell'impresa previa verifica in concreto dell'effettiva incidenza causale di tali situazioni sull'autonomia decisionale dei soggetti interessati, autonomia decisionale che, in ragione di quanto sopra illustrato, può assumere rilievo solo con riferimento alla medesima procedura di gara, potendo solo in tali casi essere alterata la concorrenza.

Non avendo, quindi, le società Vivenda S.p.A. e La Cascina Global Service concorso per il medesimo lotto, risulta in radice assente il profilo di concorrenza che l'art. 38, comma 1, lettera m-quater, intende salvaguardare nel suo libero dispiegarsi, con la conseguenza che sfugge all'ambito di applicazione della citata norma la situazione di collegamento in cui le stesse versano e l'eventuale imputabilità delle loro offerte ad un unico centro decisionale, in quanto ininfluenti rispetto al regolare andamento della procedura di gara ed idonee a falsare il corretto confronto concorrenziale.

Le illustrate coordinate interpretative, nell'escludere la possibilità di applicazione della previsione escludente dettata dal citato art. 38 ai casi in cui imprese collegate, le cui offerte non siano state formulate in modo autonomo, abbiano partecipato a lotti distinti in cui è suddivisa la gara, costituenti ciascuno un'autonoma procedura di affidamento, conducono a ritenere irrilevante l'accertamento della riconducibilità delle offerte presentate da Vivenda S.p.A. e La Cascina Global Service ad un unico centro decisionale, mancando il presupposto applicativo di tale norma, costituito dalla partecipazione di tali soggetti in rapporto di collegamento alla medesima gara e dalla presentazione di offerte in concorrenza tra loro.

Peraltro, la stessa Stazione appaltante, nel procedere alla verifica della riconducibilità delle offerte presentate da Vivenda S.p.A. e La Cascina Global Service, ha correttamente finalizzato tale accertamento non già allo scopo di disporre eventualmente l'esclusione di tali società dalla gara, ma alla verifica che le stesse non potessero essere considerate quale un'unica impresa, dovendo in tale ipotesi limitarsi l'aggiudicazione a soli due lotti, nel complesso, a favore delle stesse.

7 - Sotto altro profilo, sostiene parte ricorrente che Vivenda S.p.A. avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per non aver presentato, per il lotto n. 5, il proprio progetto tecnico su supporto informatico, come richiesto dal disciplinare di gara, avendo la stessa prodotto il progetto tecnico della società La Cascina relativo al lotto 2, il che costituirebbe causa di esclusione anche ai sensi dell'art. 46, comma 1 bis, del D.Lgs. n. 163 del 2006, stante l'incertezza assoluta sul contenuto e provenienza dell'offerta.

Al riguardo, osserva in via preliminare il Collegio che la negativa delibazione, alla luce delle superiori considerazioni, delle censure proposte avverso l'ammissione alla gara di La Cascina Global Service non incide sulla permanenza dell'interesse in capo al RTI ricorrente al conseguimento dell'aggiudicazione del lotto n. 9, dal momento che, a seguito della rielaborazione delle graduatorie che dovrebbe intervenire in caso di esclusione dal lotto 5 della Vivenda S.p.A., ferma l'aggiudicazione del lotto n. 2 a favore di La Cascina Global Service - essendo risultate infondate le censure proposte avverso l'ammissione della stessa alla gara - ed assegnati i lotti, nel massimo di due, secondo l'ordine di estrazione, ai concorrenti che precedono in graduatoria parte ricorrente, quest'ultima risulterebbe, previa esclusione dei concorrenti che la precedono e che hanno conseguito due lotti, la prima concorrente nella graduatoria del lotto n. 9 cui affidare il servizio.

Tanto precisato, ritiene il Collegio l'infondatezza della proposta censura.

Parte ricorrente valorizza, al fine di invocare l'esclusione della concorrente Vivenda S.p.A., la circostanza che il progetto dalla stessa presentato su supporto informatico contenga delle schede tecniche dei prodotti ecolabel che risultano essere sottoscritte da La Cascina Global Service.

Al riguardo, rileva il Collegio come tale circostanza sia riconducibile, per come nel dettaglio illustrato negli scritti difensivi prodotti dalla contointeressata, al fatto che tali schede sono state fornite a Vivenda S.p.A. da La Cascina Global Service in quanto fornitore della prima, con la conseguenza che nessuna incidenza in ordine alla provenienza dell'offerta tecnica, pregiudicandone il carattere di certezza, può essere fatto discendere dalla presenza, nelle schede tecniche allegate al progetto di Vivenda S.p.A., della sigla del rappresentante legale di La Cascina Global Service, né può ritenersi che

Vivenda S.p.A. non abbia correttamente ottemperato alla richiesta di cui alla disciplina di gara - peraltro non prevista a pena di esclusione, tenuto altresì conto della tassatività della cause di esclusione - che impone la presentazione dell'offerta tecnica sia in formato cartaceo che su supporto informatico.

8 - Quale ulteriore motivo che avrebbe dovuto comportare l'esclusione della Vivenda S.p.A. dal lotto di gara n. 5 - nonché della società La Cascina Global Service - ai sensi dell'art. 38, comma 1, lettera m-quater del D.Lgg. n. 163 del 2006, indica parte ricorrente l'omessa dichiarazione del loro collegamento con la Cooperativa Solidarietà e Lavoro soc. coop., che risulta essere tra le imprese designate dal Consorzio Nazionale Servizi - che ha tra i propri fondatori la Vivenda S.p.A. - essendo la Cooperativa di Lavoro La Cascina - socio unico di La Cascina Global Service e proprietaria del 70% del capitale sociale di Vivenda S.p.A. - consorziata con la Cooperativa Solidarietà e Lavoro.

La censura non merita favorevole esame.

La Cooperativa Solidarietà e Lavoro è stata indicata dal Consorzio Nazionale Servizi quale mera esecutrice del servizio, con la conseguenza che, non assumendo essa la veste di concorrente, nessuna dichiarazione in ordine alla sussistenza di situazioni di controllo o di collegamento era prescritta.

Aggiungasi che l'assenza di un obbligo di rendere la dichiarazione in ordine al collegamento con detta Cooperativa discende altresì dalla circostanza che Vivenda S.p.A. e il Consorzio Nazionale Servizi hanno partecipato a lotti diversi, con la conseguente irrilevanza, per quanto dianzi illustrato, dell'esistenza di una eventuale situazione di collegamento, la quale può assumere rilievo solo laddove imprese controllate o collegate partecipino alla medesima procedura.

Inoltre, al momento della pubblicazione del bando di gara, la Cooperativa Solidarietà e Lavoro risultava già receduta dal Consorzio La Cascina, risultando pertanto la censura destituita di fondamento anche in punto di fatto.

Le superiori considerazioni consentono di superare le argomentazioni di parte ricorrente in ordine all'indice dell'affermato collegamento, come costituito dalla sottoscrizione da parte della Cooperativa Solidarietà e Lavoro, Vivenda S.p.A. e La Cascina Global Service di un medesimo contratto di fornitura con la Marr s.p.a.

9 - Nell'ottica del conseguimento dell'aggiudicazione del lotto n. 9, denuncia parte ricorrente l'illegittima ammissione alla gara del Consorzio Nazionale Servizi per carenza dei prescritti requisiti di partecipazione, nell'assunto che il contratto di avvalimento sottoscritto con la CAMST Società Cooperativa sia carente dell'indicazione delle risorse e dei mezzi prestati, nonché della puntuale indicazione del requisito oggetto di avvalimento, con conseguente sua inefficacia in quanto generico ed indeterminato.

I rilievi formulati da parte ricorrente in ordine alla genericità ed indeterminatezza del contratto di avvalimento intercorrente tra il CNS e la CAMST, tali da incidere sul possesso del prescritto requisito di partecipazione, risultano infondati alla luce dell'esame del contenuto concreto di tale contratto, il quale consente di ritenere che siano stati indicati, in modo sufficiente ed idoneo allo scopo, sia il requisito oggetto di avvalimento sia le risorse e i mezzi prestati.

In tale direzione deve osservarsi che il contratto di avvalimento sottoscritto tra il Consorzio Nazionale Servizi e la CAMST prevede l'obbligo per quest'ultima di fornire, a favore del primo, la parte del requisito relativo alla capacità tecnica di cui al punto I.3, lettera N, del disciplinare, riferito allo svolgimento negli ultimi tre anni di servizi di ristorazione collettiva non commerciale nei confronti di un

unico committente con un numero di pasti erogati non inferiore al 50% del numero dei pasti stimati per il lotto per cui si concorre.

Viene espressamente specificato che la CAMST si obbliga a fornire, in particolare, "la parte del requisito relativo al numero complessivo dei pasti erogati necessario al raggiungimento del numero complessivo richiesto al suddetto punto di cui CNS risulta carente...e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto, nonché a fornire ogni e qualunque requisito, risorsa, capacità, bene (materiale e immateriale) mezzo e/o conoscenza (anche tecnico-gestionale) di ordine generale; nonché ogni e qualunque requisito, bene (materiale ed immateriale), risorsa e capacità tecnico-organizzativa e gestionale di ordine specifico - ivi compresi i requisiti e le risorse relativi all'esperienza maturata dalla medesima nell'erogazione di precedenti servizi che risultino in concreto necessari, o anche soltanto utili od opportuni per dotare e/o mettere a disposizione di CNS i requisiti di cui sopra necessari per la partecipazione alla procedura di gara".

Tale essendo il contenuto del contestato contratto di avalimento, la disamina in ordine alle censure sollevate avverso lo stesso deve essere condotta alla luce dello scopo cui tale strumento contrattuale risponde e dei principi giurisprudenziali elaborati in materia.

In tale direzione, va evidenziato che - essendo la disciplina in materia di avalimento rivolta a permettere la più ampia partecipazione alle gare, contemperando l'esigenza che la massima concorrenza sia al contempo condizione per una efficiente e sicura esecuzione degli appalti, consentendo quindi a soggetti che ne siano privi di partecipare ricorrendo ai requisiti di altri soggetti (Consiglio di Stato, Sez. III, 25 febbraio 2014 n. 887), essendo indispensabile unicamente che il primo dimostri di poter disporre dei mezzi del secondo - il contratto di avalimento deve rispettare la disciplina civilistica in tema di contenuto del contratto, con particolare riferimento all'esistenza e alla determinatezza dell'oggetto, con la conseguenza che occorre verificare, in conformità alle indicazioni desumibili dall'art. 49, comma 2, lett. f), del D.Lgs. n. 163 del 2006, se il contratto individui in modo chiaro ed esaustivo la volontà dell'impresa ausiliaria di impegnarsi, la natura dell'impegno assunto per tutta la durata dell'appalto e la concreta ed effettiva disponibilità di porre a disposizione della concorrente i requisiti considerati.

Nella disciplina dell'avalimento assume, difatti, valore decisivo la dimostrazione dell'effettiva disponibilità da parte della concorrente dei mezzi e dei requisiti offerti da altra impresa e a tal fine l'art. 49 del D.Lgs. n. 163 del 2006 richiede che il concorrente produca: a) una sua dichiarazione verificabile ai sensi dell'art. 48, attestante l'avalimento dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara, con specifica indicazione dei requisiti stessi e dell'impresa ausiliaria, b) una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente, c) il contratto di avalimento, in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto.

Essendo l'istituto dell'avalimento, sul piano delle finalità, inteso a promuovere la concorrenza, ampliando la platea dei possibili partecipanti alle gare indette dalle Amministrazioni pubbliche, consentendo a imprese, di per sé sprovviste di determinati requisiti, di fare propri quelli ad esse prestati da altri operatori economici, il limite di operatività dell'istituto, di per sé suscettibile di un amplissimo campo operativo, è dato dal fatto che la messa a disposizione del requisito mancante non deve risolversi nel prestito di un valore puramente cartolare e astratto, essendo invece necessario che dal contratto risulti chiaramente l'impegno dell'impresa ausiliaria a prestare 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). Deve pertanto

ritenersi insufficiente la sola e tautologica riproduzione, nel testo dei contratti di avalimento, della formula legislativa della messa a disposizione delle risorse necessarie di cui è carente il concorrente, o espressioni equivalenti (Consiglio di Stato, Sez. IV, 16 gennaio 2014 n. 135).

Applicando le indicate coordinate interpretative alla fattispecie in esame e sottoponendo il contratto di avalimento intercorrente tra il CNS e la CAMST alla verifica di osservanza del contenuto necessario che lo stesso deve rivestire, tenuto conto delle finalità dell'istituto, ritiene il Collegio che - escluso, per come affermato da parte ricorrente, che tale contratto contenga la mera riproduzione della formula legislativa - siano sufficientemente indicati sia il requisito oggetto di avalimento, che le risorse e i mezzi messi a disposizione, la cui indicazione assolve alla funzione di rendere effettiva e concreta la messa a disposizione del requisito mancante e, correlativamente, dei mezzi e risorse che ne giustificano l'attribuzione, in un rapporto di corrispondenza tra requisito prestato e contenuto oggettivo dello stesso.

L'indicazione del requisito è, difatti, puntualmente riportata nel contratto di avalimento e riferita allo svolgimento del servizio di ristorazione collettiva in relazione al numero di pasti richiesto al fine di dimostrare il possesso della capacità tecnica, ed il possesso di tale requisito da parte di CAMST è puntualmente dimostrato.

Quanto alle risorse e ai mezzi prestati, non ritiene il Collegio che sia necessaria l'indicazione analitica degli stessi, attraverso la loro fisica individuazione, dovendo il contenuto del contratto di avalimento essere modulato in relazione alla natura del requisito prestato e dell'oggetto dell'appalto, in relazione all'obbligo, civilisticamente vincolante, assunto dall'ausiliaria di mettere a disposizione tutte le risorse che giustificano l'attribuzione del requisito.

Venendo in rilievo, nella fattispecie in esame, il servizio di ristorazione collettiva, e riferendosi il requisito prestato alla capacità tecnica della somministrazione di un determinato numero di pasti, la messa a disposizione, da parte dell'impresa ausiliaria, di tutte le risorse e i mezzi - sia materiali che immateriali, per come indicato nel contratto di avalimento, implicanti quindi la messa a disposizione della capacità gestionale, dell'apparato organizzativo destinato all'esecuzione del servizio, dell'esperienza e delle capacità tecnico gestionali - l'oggetto del contratto di avalimento risulta quindi rispondente ai requisiti di concretezza e determinatezza, e sfugge, pertanto, alle censure avverso lo stesso proposte.

Ciò coerentemente con il rilievo che l'istituto dell'avalimento, con il quale l'impresa ausiliaria mette il proprio requisito al servizio dell'ausiliata, impone che il relativo contratto non rivesta carattere 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 frustare anche la funzione di garanzia.

Ed infatti, il contratto di avalimento, proprio in ragione della sua peculiare funzione, può spiegare lo scopo di assicurare alla stazione appaltante un partner commerciale con i prescritti requisiti, così garantendo l'affidabilità dei lavori, dei servizi o delle forniture appaltati, se rende palese la concreta disponibilità attuale di risorse e dotazioni aziendali di cui si dà mandato all'ausiliata di avvalersi, come avviene nella fattispecie in esame in cui viene indicato il requisito oggetto di avalimento e le risorse e i mezzi, che, in un'ottica finalistica, costituiscono il corrispondente contenuto del requisito stesso.

Ciò nel rispetto del contenuto che il contratto di avalimento deve rivestire, costituendo esso l'atto bilaterale di costituzione di un rapporto giuridico patrimoniale, stipulato tra l'impresa partecipante alla gara e l'impresa ausiliaria, di modo che in esso devono essere contemplate - nel rispetto dei requisiti

generali di cui all'art. 1325 c.c. e di quelli desumibili dall'art. 49, comma 2, lett. f), del D.Lgs. n. 163 del 2006 - le reciproche obbligazioni delle parti e le prestazioni da esse discendenti.

Applicando tali coordinate interpretative al caso in esame, deve ritenersi che il contratto di avvalimento intercorrente tra il CNS e la CAMST contenga quindi gli elementi essenziali prescritti dalla legge, attraverso l'indicazione sia della natura dei requisiti in concreto prestati, sia delle corrispondenti risorse e mezzi per tutta la durata del servizio.

Aggiungasi che il contratto di avvalimento che contiene la volontà seria dell'ausiliaria di mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto i mezzi e i requisiti di cui la ditta ausiliata è carente, non può essere ritenuto in contrasto con le esigenze di specificità previste dall'art. 49 comma 2, lett. f), D.Lg. n. 163 del 2006 e dall'art. 88, d.P.R. n. 207 del 2010 (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 30 dicembre 2013 n. 11177).

La mancata indicazione, nel contratto di avvalimento, attraverso la loro puntuale individuazione materiale, delle risorse e i mezzi da mettere a disposizione - quali i locali, i macchinari, il personale - non contrasta, invero con l'esigenza di una puntuale individuazione dell'oggetto del contratto di avvalimento, esigenza che oltre a discendere dalle norme generali in materia di invalidità contrattuale, per indeterminatezza (ed indeterminabilità) di un elemento essenziale dell'impegno negoziale (art. 1325 e 1418 c.c.), risulta, sul piano funzionale, inscindibilmente connessa, nell'ambito delle procedure contrattuali del settore pubblico, alla necessità di non permettere agevoli aggiramenti del sistema dei requisiti di ingresso alle gare pubbliche.

Per le medesime ragioni, l'esigenza di determinazione dell'oggetto si riflette nella dichiarazione unilaterale dell'ausiliaria la quale, nell'istituto dell'avvalimento, non è semplicemente un soggetto terzo rispetto alla gara, dovendosi essa impegnare non soltanto verso l'impresa concorrente ausiliata ma anche verso la stazione appaltante a mettere a disposizione del concorrente le risorse di cui questi sia carente, sicché l'ausiliario è tenuto a riprodurre il contenuto del contratto di avvalimento in una dichiarazione resa nei confronti della stazione appaltante; ciò in quanto occorre soddisfare esigenze di certezza dell'Amministrazione, essendo la dichiarazione dell'impresa ausiliaria volta a soddisfare l'interesse della stazione appaltante ad evitare, dopo l'aggiudicazione, l'insorgere di contestazioni sugli obblighi dell'ausiliario.

Anche sotto tale profilo la documentazione prodotta in sede di partecipazione alla gara dal CNS risulta pienamente rispettosa dei requisiti di ammissibilità e validità dell'avvalimento, avendo l'ausiliaria prodotto la dichiarazione con cui si obbliga a mettere a disposizione, a favore dell'ausiliata, il requisito di cui è in possesso - offrendo di ciò la dimostrazione - puntualmente indicato, nonchè delle risorse necessarie.

Se, dunque, con riferimento al contratto di avvalimento intercorrente tra il CNS e la CAMST non sono riscontrabili i denunciati caratteri di indeterminatezza e genericità, tali da far ritenere l'assenza, in capo al concorrente CNS del prescritto requisito di capacità tecnica, deve ulteriormente rilevarsi che la CAMST è una cooperativa socia dell'ausiliata, indicata quale consorziata esecutrice, con la conseguenza che il contratto di avvalimento, in ragione di tale rapporto, conosce un'attenuazione del requisito di specificità, e ciò in quanto il modulo del consorzio stabile, quale delineato dagli artt. 34 e 36, del D.Lgs. n. 163 del 2006, concretizza un'impresa operativa che fa leva sulla causa mutualistica e realizza, nella sostanza, una particolare forma di avvalimento che poggia direttamente sul patto consortile e sulla causa mutualistica, consentendo tali connotati al consorzio di avvalersi di qualsiasi contributo (in termini di requisito) dei consorziati, senza dover ricorrere allo strumento dell'avvalimento ex art. 49, del D.Lgs. n. 163 del 2006, fermo restando che, in alternativa, il consorzio può qualificarsi con requisiti posseduti in proprio e direttamente; pertanto, ove il consorzio stabile

decidesse di fare ricorso all'istituto dell'avvalimento, avvalendosi dei requisiti di una società del consorzio, la specificità del contratto di avvalimento è da intendersi attenuata (Consiglio di Stato, Sez. III, 25 febbraio 2014, n. 895).

10 - In conclusione, alla luce delle considerazioni sin qui illustrate, le quali danno conto dell'infondatezza delle censure proposte con il ricorso principale, lo stesso va rigettato, dovendo conseguentemente essere dichiarati improcedibili i ricorsi incidentali proposti dai contro interessati stante la carenza di interesse alla loro decisione per effetto dell'infondatezza del ricorso principale.

11 - Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo, tenendo conto dell'attività difensiva svolta dalle parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio Roma - Sezione Seconda definitivamente pronunciando sul ricorso N. 1406/2014 R.G., come in epigrafe proposto, così statuisce:

- rigetta il ricorso principale;
- dichiara improcedibili i ricorsi incidentali proposti da Vivenda S.p.A., La Cascina Global Service s.r.l. e Consorzio Nazionale Servizi;
- condanna parte ricorrente al pagamento delle spese di giudizio che liquida, a favore di Roma Capitale, Vivenda S.p.A., La Cascina Global Service s.r.l. e Consorzio Nazionale Servizi, in € 2.000 (duemila) ciascuna, e liquidate in € 500 (cinquecento) nei confronti di ciascuna delle altre parti costituite in giudizio.

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

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio dei giorni 16 aprile 2014 e 22 aprile 2014 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Tosti, Presidente

Elena Stanizzi, Consigliere, Estensore

Carlo Polidori, Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

II 08/05/2014

IL SEGRETARIO

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

(da www.dirittodeiservizipubblici.it)