

Pubblicato il 29/11/2021

**N. 12267/2021 REG.PROV.COLL.
N. 08165/2021 REG.RIC.**



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8165 del 2021, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Casa Luca s.r.l.s., in persona del legale rappresentante *p.t.*, rappresentata e difesa dagli avv.ti prof. Diego Vaiano e Francesco Cataldo, presso lo studio dei quali in Roma, Lungotevere Marzio, 3, ha eletto domicilio;

contro

Comune di Guidonia Montecelio, in persona del Sindaco *p.t.*, rappresentato e difeso dall'avv. Antonella Auciello, domiciliato *ex art.* 25 c.p.a. presso la Segreteria del T.a.r. Lazio in Roma, via Flaminia, 189;

Centrale unica di committenza IX^ Comunità montana del Lazio; Comunità montana dei Monti Sabini, Tiburtini, Cornicolani, Prenestini – IX^ Comunità montana del Lazio;

nei confronti

Centro cinofilo polifunzionale “La Fattoria di Tobia” s.r.l., in persona del legale rappresentante *p.t.*, rappresentata e difesa dall'avv. Oriana Cianca, presso il cui studio in Roma, via C. Rasponi, 40, ha eletto domicilio;

per l'annullamento

(ric. e mm.aa.)

- della determinazione della Centrale unica di committenza IX^ Comunità montana del Lazio prot. n. 174/CUC dell'8.7.2021, comunicata in pari data, con cui è stato aggiudicato alla controinteressata l'appalto relativo ai “*Servizi di ricovero, custodia e mantenimento dei cani randagi catturati sul territorio comunale - canile rifugio*” per il Comune di Guidonia Montecelio, CIG 8649711F4F;

- di tutti i verbali di gara e, nel dettaglio, del verbale del 14.5.2021, del verbale del 27.5.2021 nel quale la società Centro cinofilo polifunzionale “La Fattoria di Tobia” è stata ammessa all’apertura dell’offerta tecnica, nonché del verbale del 30.6.2021, con particolare riferimento alle valutazioni operate dalla commissione di gara rispetto all’offerta tecnica e all’offerta economica formulate dalla società controinteressata, all’indicazione del medesimo operatore economico come miglior offerente e alla conseguente proposta di aggiudicazione formulata in suo favore;

- del disciplinare di gara e dell’Allegato 1 al disciplinare di gara, in relazione all’illegittimità del subcriterio di valutazione delle offerte tecniche 1.3 “*Raggiungibilità della struttura*”;

- della determinazione della ridetta Centrale unica di committenza n. 165 del 13.5.2021, di nomina della commissione di gara;

nonché per la declaratoria di inefficacia

del contratto d’appalto, ove *medio tempore* stipulato;

e per il subentro

nello stesso, ricorrendone i presupposti di cui all’art. 122 c.p.a.;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti intimiate;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, c.p.a.;

Relatore nell'udienza pubblica del 16 novembre 2021 il cons. M.A. di Nezza e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato quanto segue in

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso notificato il 4.8.2021 (dep. il 6.8) la società Casa Luca, nel premettere di essersi classificata al 2° posto (con 73,81 punti, di cui 9,44 per offerta economica, corrispondenti a un ribasso del 5,95%), dopo la società Centro cinofilo polifunzionale “La Fattoria di Tobia” (100 punti, di cui 30 per offerta economica con ribasso del 18,92%), nella gara indetta dalla Centrale unica di committenza IX^ Comunità montana del Lazio per conto del Comune di Guidonia Montecelio avente a oggetto l'appalto relativo ai “Servizi di ricovero, custodia e mantenimento dei cani randagi catturati sul territorio comunale - canile rifugio” (per la durata di 4 anni e con un valore complessivo di euro 2.133.790), ha impugnato l'aggiudicazione in favore della prima classificata e gli altri atti indicati in epigrafe, deducendo:

I) violazione e falsa applicazione dell'art. 18.6 del disciplinare di gara; violazione del principio dell'autovincolo; violazione dell'art. 97, co. 6, d.lgs. n. 50/2016; eccesso di potere per difetto di istruttoria; sviamento: la stazione appaltante non avrebbe attivato il subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta della controinteressata nonostante l'assegnazione a quest'ultima di un punteggio superiore alle soglie previste (anche) dalla normativa di gara (art. 18.6 discipl.);

II) violazione degli artt. 30 e 95 d.lgs. n. 50/2016; violazione dell'art. 17.1 del disciplinare di gara; violazione dell'art. 56 TfUE; violazione dei principi di proporzionalità e parità di trattamento; eccesso di potere per irragionevolezza della lex specialis: il subcriterio di valutazione delle offerte tecniche n. 1.3, concernente la “raggiungibilità della struttura”, per il quale sarebbe stata prevista l'attribuzione di 20 punti su 70 totali, non sarebbe idoneo a differenziare le varie offerte sotto il profilo qualitativo in quanto la distanza dal Comune di Guidonia non sarebbe attinente al pregio tecnico del progetto;

III) violazione e falsa applicazione dell'art. 77 d.lgs. n. 50/2016; eccesso di potere per erroneità dei presupposti di fatto: due dei tre membri della commissione di gara (nominati dalla centrale di committenza) verserebbero in situazione di incompatibilità, ricoprendo nel Comune di Guidonia ruoli, rispettivamente, di dirigente dell'ufficio competente a gestire il servizio messo a gara e di rup.

Costitutosi in resistenza il Comune, con ricorso per motivi aggiunti notificato il 22.9.2021 (dep. il 22.9) la società Casa Luca, acquisiti nel frattempo gli atti della procedura, ha ulteriormente dedotto i seguenti motivi (chiedendone l'esame in via principale e prioritaria rispetto alle censure prospettate nel ricorso introduttivo; pagg. 4 e 12 mm.aa.):

I) violazione dell'art. 93 d.lgs. n. 50/2016; violazione e falsa applicazione dell'art. 89, co. 1, d.lgs. n. 50/2016; violazione dell'art. 10 del disciplinare di gara; violazione e falsa e applicazione dell'art. 12 del disciplinare di gara: la controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa per non aver prestato una valida garanzia provvisoria;

II) Violazione degli artt. 1325, 1346 e 1418 c.c.; violazione dell'art. 89, co. 1, d.lgs. n. 50/2016; violazione dell'art. 12 del disciplinare di gara: l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa anche perché il contratto di avvalimento stipulato con la società "La Fattoria di Tobia" sarebbe nullo per indeterminatezza dell'oggetto (stante, in particolare, l'omessa indicazione delle risorse messe a disposizione dall'ausiliaria);

III) In via subordinata: violazione dell'allegato 1 al disciplinare di gara; violazione dell'art. 15 del disciplinare di gara; eccesso di potere per irragionevolezza: la controinteressata non avrebbe rispettato le prescrizioni del disciplinare di gara circa il contenuto minimo dell'offerta tecnica (tra l'altro priva della descrizione dettagliata delle modalità di organizzazione ed esecuzione del servizio).

Con ordinanza del 13.10.2021 è stata accolta l'istanza cautelare.

All'odierna udienza, in vista della quale le parti hanno depositato memorie (30.10 e 5.11.2021) e si è costituita in resistenza la società Centro cinofilo funzionale "La Fattoria di Tobia" (13.11.2021), il giudizio è stato trattenuto in decisione.

2. Il ricorso per motivi aggiunti (da esaminare prioritariamente giusta l'ordine delle censure espressamente fissato dalla ricorrente; v. sopra) è fondato per quanto di ragione.

Col primo mezzo la società istante assume l'invalidità della cauzione provvisoria presentata dall'aggiudicataria.

In particolare, contrariamente a quanto previsto dagli artt. 93 d.lgs. n. 50/2016 e 10 del disciplinare di gara, la controinteressata avrebbe prodotto una garanzia fideiussoria rilasciata in favore della sua ausiliaria "La Fattoria di Tobia" s.r.l., la quale ultima avrebbe ritenuto di poter mettere a disposizione dell'ausiliata, con il contratto di avvalimento *inter partes*, oltre che i requisiti di partecipazione alla gara anche le necessarie "garanzie fidejussorie e assicurative (RCA)".

Senonché, il ricorso all'avvalimento sarebbe ammesso solo in vista della dimostrazione del possesso di "requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e organizzativo" (artt. 89 d.lgs. n. 50/2016 e 12 del disciplinare di gara), ma non potrebbe essere utilizzato per soddisfare l'onere di corredare l'offerta delle garanzie prescritte ai fini partecipativi dall'art. 93 d.lgs. n. 50/2016.

In questa prospettiva, la cauzione provvisoria presentata in gara sarebbe invalida, potendo il garante opporre alla stazione appaltante l'estraneità dell'aggiudicataria al rapporto fidejussorio.

Il Comune ha obiettato, per sua parte, che la polizza prodotta assolverebbe pienamente alla sua funzione, avuto riguardo al menzionato rapporto di avvalimento e tenuto conto dell'indicazione nel relativo documento sia dell'ente stesso quale soggetto "beneficiario" sia della gara in esame (mem. 30.10.2021; nei medesimi termini si è espressa anche la controinteressata, che ha dedotto di aver stipulato un "avvalimento di garanzia", avendole l'ausiliaria messo a disposizione la sua solidità economica e finanziaria).

La doglianza è fondata.

La polizza fideiussoria prodotta in gara risulta effettivamente rilasciata in favore del Comune di Guidonia Montecelio per l'appalto per cui è questione. Sennonché, nel riquadro denominato “contraente (obbligato principale)” è indicata la società “La Fattoria di Tobia” (cfr. “scheda tecnica” *sub* all. 9 amm. dep. 8.10.2021), ossia un soggetto diverso dall'odierna controinteressata, senza alcun riferimento alla posizione di quest'ultima.

Ciò dà conto della non divisibilità della tesi dell'amministrazione (e della controinteressata), secondo cui si tratterebbe di garanzia comunque valida ed efficace in ragione dell'esistenza di un contratto di avvalimento tra le parti private interessate.

E infatti, stando al tenore del documento in atti (compilato conformemente allo “schema tipo” di cui al d.m. n. 31/2018), la compagnia assicurativa risulta aver prestato garanzia per un soggetto diverso dall'impresa che ha partecipato alla gara, sicché non si vede come essa possa esser tenuta a pagare la cauzione per un fatto riconducibile alla seconda, dovendosi certamente escludere a tal fine l'operatività del contratto di avvalimento (intercorso tra ausiliaria e ausiliata e dunque non produttivo di “effetto rispetto ai terzi” *ex* art. 1372, 2° co., c.c.).

Tenendo conto della documentazione versata in atti, cioè, la compagnia assicurativa risulta aver garantito non l'odierna controinteressata, ma la società “La Fattoria di Tobia” e ciò sull'implicito presupposto della partecipazione di quest'ultima alla gara, con conseguente possibilità di opporre l'inesistenza del titolo in caso di escussione della garanzia per “mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario” (art. 93, co. 6, d.lgs. n. 50/2016).

Né l'amministrazione e la controinteressata hanno dedotto (o men che meno provato) alcunché sulla (necessaria) partecipazione del garante all'accordo concernente l'asserito “prestito” della garanzie.

È perciò corretto l'assunto della ricorrente sull'inesistenza della cauzione provvisoria; ciò che esonera dall'affrontare la questione, logicamente

successiva, della giuridica liceità di una garanzia provvisoria costituita da soggetti diversi dai partecipanti a una gara d'appalto, da esaminare in linea generale alla luce della disciplina di riferimento (artt. 93, 103, co. 9, e 104, co. 10, d.lgs. n. 50/2016 e d.m. 19 gennaio 2018, n. 31) e, in particolare, avuto riguardo al regime del contratto di avvalimento (la ricorrente ha dedotto in proposito che, in disparte la nullità dell'accordo *inter partes*, l'avvalimento sarebbe finalizzato unicamente, *ex art.* 89 d.lgs. n. 50/2016, a “dimostrare il possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e organizzativo” e non a “integrare un elemento essenziale dell’offerta quale, per l’appunto, la garanzia provvisoria”; essa ha citato in proposito Cons. Stato, sez. V, 23 marzo 2021, n. 2483).

Da quanto detto discende che la società controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura (cfr. art. 10.1 e 10.4 disciplinare di gara, recanti espressa previsione della sanzione escludente; arg. comunque *ex* Cons. Stato, sez. V, n. 2483/21 cit.).

3. La fondatezza della censura in esame comporta l'accoglimento della domanda caducatoria (previa declaratoria di assorbimento del secondo motivo aggiunto; tutte le restanti censure sono state, invece, espressamente prospettate in via gradata) e l'annullamento della gravata determinazione di aggiudicazione nonché dei verbali di gara nelle parti in cui non escludono la controinteressata.

Devono essere, poi, respinte le domande finalizzate a ottenere la declaratoria d'inefficacia del contratto e il conseguente subentro, per l'assenza del presupposto di fatto (l'avvenuta stipula del contratto con la controinteressata) sulla base del quale le stesse sono state proposte.

Le spese possono essere compensate in ragione della novità della questione.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sez. II-*quater*, definitivamente pronunciando sul ricorso e sul ricorso per motivi aggiunti in epigrafe, accoglie

la domanda caducatoria per quanto di ragione e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati nei sensi di cui in motivazione.

Dichiara integralmente compensate le spese tra le parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 16 novembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Donatella Scala, Presidente

Mario Alberto di Nezza, Consigliere, Estensore

Marco Bignami, Consigliere

L'ESTENSORE

Mario Alberto di Nezza

IL PRESIDENTE

Donatella Scala

IL SEGRETARIO