Pubblicato il 22/04/2020

N. 02551/2020REG.PROV.COLL.

N. 05655/2019 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 5655 del 2019, proposto da

Ecojunk s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Fabrizio Lofoco e Alessandra Muciaccia, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

contro

Comune di San Giorgio a Cremano, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli avvocati Adele Carlino e Lucia Cicatiello, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;
Comune di Portici, non costituito in giudizio;

nei confronti

Buttol s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Gherardo Marone, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, Sezione Terza, n. 02827/2019, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di San Giorgio a Cremano e di Buttol s.r.l., che ha spiegato anche appello incidentale;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 febbraio 2020 il Cons. Federico Di Matteo e uditi per le parti gli avvocati Michele Perrone, in dichiarata delega di Fabrizio Lofoco, Lucia Cicatiello per sè e in dichiarata delega di Carlino, e Gherardo Marone;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con bando pubblicato in Gazzetta ufficiale dell'Unione europea il 21 giugno 2018 la C.U.C. – centrale di committenza per i Comuni di Portici – Ercolano – San Giorgio a Cremano e San Sebastiano al Vesuvio - indiceva una procedura di gara per l'affidamento, con il criterio dell'offerta economica più vantaggiosa, del servizio di igiene integrata dei rifiuti solidi urbani per un periodo di cinque anni nel territorio di San Giorgio a Cremano. L'importo a base di gara era di € 27.579.945,00 inclusi € 86.273,00 per oneri per la sicurezza.
1.1. Alla procedura di gara partecipava Ecojunk s.r.l. che si avvaleva della Ecologia Falzarano s.r.l. per il possesso di taluni requisiti di capacità tecnico – professionale e economico – finanziari richiesti dal disciplinare di gara.

Con provvedimento 17 dicembre 2018 la stazione appaltante ne disponeva tuttavia l'esclusione dalla gara per aver riscontrato diversi gravi illeciti professionali in capo all'ausiliaria Ecologia Falzarano.

1.2. Il Tribunale amministrativo regionale per la Campania con la sentenza 8 febbraio 2019, n. 713, annullava il provvedimento di esclusione di Ecojunk s.r.l. per violazione dell'art. 89, comma 3, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50: la stazione appaltante, riscontrata l'esistenza di una causa esclusione in capo all'ausiliaria, non avrebbe potuto disporne automaticamente l'esclusione dalla gara, ma avrebbe dovuto consentire all'operatore economico concorrente di sostituirla.

2. Con nota 12 febbraio 2019, prot. 10098, la C.U.C. disponeva la riammissione in gara della Ecojunk s.r.l., dandole termine di 15 giorni (dalla ricezione della comunicazione) per provvedere alla sostituzione dell'impresa ausiliaria e trasmettere tutta la relativa documentazione.

Con nota del 27 febbraio 2019 la società chiedeva "congrua" proroga del termine al fine della sostituzione dell'ausiliaria, reiterando la richiesta il 7 marzo 2019.

2.1. Con verbale 14 marzo 2019, n. 5, la commissione giudicatrice, preso atto che nel termine assegnato, la Ecojunk non aveva trasmesso la documentazione richiesta, poiché il plico relativo alla sostituzione dell'ausiliaria era pervenuto solo il 13 marzo 2019, disponeva la sua esclusione dalla procedura di gara.

2.2. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per la Campania Ecojunk s.r.l. impugnava il nuovo provvedimento di esclusione sulla base di un unico articolato motivo con il quale lamentava l'arbitrarietà, l'illogicità e la contrarietà al principio di *favor partecipationis* e di libera concorrenza del termine tassativo di 15 giorni assegnatole per individuare una nuova ausiliaria affidabile e sottoscrivere il relativo contratto di avvalimento.

Aggiungeva di aver peraltro effettivamente comunicato la sostituzione dell'ausiliaria il 13 marzo 2019, vale a dire il giorno prima della seduta della commissione per il

prosieguo della procedura di gara, onde l'asserito ritardo non avrebbe comportato alcun ostacolo alla celere definizione della procedura, che si era regolarmente svolta. In via subordinata prospettava il dubbio di legittimità costituzionale dell'art. 89, comma 3, d.lgs. n. 50 del 2016 che, nell'ammettere la sostituzione dell'ausiliaria, non ne aveva disciplinato termini e modalità.

2.3. Con la sentenza segnata in epigrafe, nella resistenza del Comune di San Giorgio a Cremano e della controinteressata aggiudicataria Buttol s.r.l. (che con ricorso incidentale aveva sollevato ulteriori censure di legittimità per la mancata esclusione dalla gara della ricorrente), l'adito tribunale respingeva il ricorso principale e dichiarava improcedibile quello incidentale, condannando la ricorrente al pagamento delle spese.

3.Propone appello Ecojunk s.r.l.; si è costituito in giudizio il Comune di San Giorgio a Cremano e Buttol s.r.l. che ha proposto anche appello incidentale; Ecojunk s.r.l. ha presentato memoria *ex* art. 73, comma 3, Cod. proc. amm..

All'udienza pubblica del 13 febbraio 2020, la causa è stata trattenuta in decisione.

4. Con il primo motivo di gravame l'appellante lamenta "*Erroneità della sentenza in relazione al primo motivo di ricorso, riferito alla violazione e falsa applicazione degli artt. 80, comma 5, e 89, comma 3, del d.lgs. 50/2016, alla violazione e falsa applicazione del bando di gara; del denunciato eccesso di potere per violazione di norme e principi in materia di giusto procedimento, difetto di istruttoria e del principio del favor partecipationis*": a suo avviso il giudice di primo grado avrebbe erroneamente ritenuto congruo il termine di quindici giorni assegnato dalla stazione appaltante per la sostituzione dell'ausiliaria, sebbene lo stesso, a causa degli adempimenti necessari – rintracciare un'impresa con requisiti tecnici e professionali adatti, definire le reciproche aspettative, redigere un contratto di avvalimento, ottemperare alle dovute formalità, anche notarili – fosse del tutto insufficiente.

Né il termine assegnato avrebbe potuto ritenersi congruo per il solo fatto di corrispondere a quello previsto dall'art. 60, comma 3, del D. Lgs. n. 50 del 2016, termine minimo per la ricezione delle offerte dalla data di pubblicazione del bando per il caso di ragioni di urgenza che impediscano il rispetto dell'ordinario termine minimo di trentacinque giorni di cui al primo comma, giacché mancava nel caso di specie qualsiasi giustificazione della "urgenza" e ciò senza contare che una situazione di "urgenza" era da escludersi in radice per il caso di sostituzione dell'ausiliaria.

Secondo l'appellante, sarebbe stato più corretto pertanto far riferimento al termine minimo previsto dal codice per la ricezione delle offerte, cioè di trentacinque giorni, anche in considerazione del fatto che gli adempimenti richiesti all'operatore economico per la sostituzione dell'ausiliaria non sarebbero stati particolarmente diversi da quelli necessari alla presentazione dell'offerta.

L'appellante si duole ancora che il giudice di primo grado non avrebbe riscontrato l'evidente sviamento dell'azione amministrativa, consistito nella fissazione, in maniera arbitraria e strumentale solo alla sua espulsione dalla procedura, di un termine a pena di esclusione, come dimostrato dalla scelta di non aver dato riscontro alle richieste di proroga tempestivamente formulate e di non aver tenuto conto della documentazione trasmessa il giorno antecedente a quello fissato per la seduta pubblica della commissione.

In via subordinata è stato reiterato il dubbio di legittimità costituzione dell'art. 89, comma 3, d.lgs. n. 50 del 2016, che non avrebbe disciplinato i termini e le modalità dell'eventuale sostituzione dell'ausiliaria per constrasto con la "*libera manifestazione ed esplicazione delle capacità imprenditoriali delle imprese partecipanti alla gara (segnatamente del principio del favor partecipationis e del libero mercato)*", chiedendosi la rimessione degli atti alla Corte costituzionale.

4.2. Con il secondo motivo di gravame è stata dedotta "*Violazione del giudicato di cui alla sentenza 713 dell'8/2/2019 – Violazione del principio di proporzionalità – violazione art.*

89, terzo comma, d.lgs. 50/2016. Eccesso di potere per erroneità dei presupposti, illogicità, ingiustizia manifesta – violazione del giusto procedimento e dei principi di concorrenza – violazione art. 84 del d.lgs. 50/2016 – soccorso istruttorio".

Secondo l'appellante la stazione appaltante non avrebbe rispettato il giudicato formatosi sulla precedente sentenza n. 713 del 2019, ricadendo nell'illegittima automatica esclusione senza aver prima esaminato e vagliato la sua offerta, come invece avrebbe dovuto fare nel rispetto dell'interesse pubblico alla concorrenza, specialmente per l'avvenuta partecipazione alla procedura di gara di due sole imprese.

5. Deve essere preliminarmente respinta l'eccezione di inammissibilità/improcedibilità dell'appello per carenza di interesse sollevata da Buttol s.r.l. sul presupposto che la nuova ausiliaria indicata dalla Eocjunk, GPN s.r.l., sarebbe destinataria di un provvedimento di risoluzione di precedenti contratti d'appalto e pertanto carente del requisito di affidabilità professionale, con la conseguenza che l'appellante sarebbe irrimediabilmente destinata ad essere esclusa dalla gara anche nel caso di accoglimento dell'appello e di ammissibilità della sostituzione.

Non è infatti ammesso che il giudice amministrativo possa pronunciarsi con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati (art. 34, comma 2, cod. proc. amm.), quale è quello prospettato dall'appellata incidentale che riguarda una questione - l'esistenza di una causa di esclusione ex art. 80, comma 1, lett. c) d.lgs. n. 50 del 2016 in capo alla nuova ausiliaria – sulla quale la stazione appaltante non ha adottato ancora alcuna determinazione.

6. Passando all'esame dei motivi dell'appello, gli stessi, che, in quanto intimamente connessi possono essere esaminati congiuntamente, sono infondati.

6.1. La questione controversa riguarda la corretta individuazione del termine entro il quale l'operatore economico concorrente è tenuto alla sostituzione dell'ausiliaria

in applicazione dell'art. 89, comma 3, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e se, nello specifico, possa essere ritenuto ragionevole, in carenza di espressa previsione normativa, l'assegnazione a tal fine di 15 giorni ovvero se debba farsi applicazione del termine di 45 giorni previsto dall'art. 63, comma 1, del D. Lgs. n. 50 del 2016 (per la ricezione delle domande di partecipazione alla procedura).

Il giudice di primo grado ha ritenuto congruo il termine di 15 giorni a tal fine assegnato dalla stazione appaltante, assimilandolo a quello previsto dall'art. 60, comma 3, del D. Lgs. n. 50 del 2016 per la presentazione della domanda di partecipazione in caso di situazione di urgenza, situazione cui dovrebbe equipararsi una procedura di gara in corso di svolgimento; ha così mostrato di non condividire la tesi della controinteressata (riproposta con l'appello incidentale) secondo il termine da assegnare per la sostituzione dell'ausiliaria dovrebbe essere di dieci giorni, come quello previsto per il soccorso istruttorio (in quanto l'integrazione o la regolarizzazione delle dichiarazioni rese dal partecipante alla procedura di gara sarebbero situazioni ontologicamente diverse dalla sostituzione dell'ausiliaria).

6.2. Al riguardo la Sezione osserva quanto segue.

6.2.1. Com'è noto, il ricorso all'avvalimento consente a qualunque operatore economico di soddisfare il possesso di taluni requisiti di partecipazione, economico, finanziari, tecnico e professionali, previsti dalla *lex specialis*, utilizzando risorse umane e strumentali che altre imprese si impegnano a mettere a sua disposizione (art. 89, comma 1, d.lgs. 50 del 2016).

L'art. 89, comma 3, dispone: "*La stazione appaltante verifica, conformemente agli articoli 85, 86 e 88, se i soggetti della cui capacità l'operatore economico intende avvalersi, soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione ai sensi dell'articolo 80. Essa impone all'operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione*".

E’ la stessa norma che prevede la sostituzione dell’ausiliaria anche nell'ambito di rapporto tra imprese scaturito dalla stipulazione di un contratto di avvalimento ed anche nella fase precedente l'esecuzione del contratto (Cons. Stato, sez. V, 3 gennaio 2019, n. 69; V, 26 aprile 2018, n. 2527; V, 21 febbraio 2018, n. 1101; sulla peculiarità dell’avvalimento, "*istituto del tutto innovativo*", Cons. Stato, III, 25 novembre 2015, n. 5359, e Corte di Giustizia dell'Unione Europea in C-223/16 del 14 settembre 2017). La sostituzione dell'ausiliaria durante la gara è istituto derogatorio al principio dell'immodificabilità soggettiva del concorrente nel corso della procedura (nonché di coloro di cui intende avvalersi, e, per questa via, della stessa offerta); ma risponde all'esigenza di evitare l'esclusione dell'operatore per ragioni a lui non direttamente riconducibili e così, seppur di riflesso, stimolare il ricorso all'avvalimento. Il concorrente può far conto sul fatto che, nel caso in cui l'ausiliaria non presenti i requisiti richiesti, potrà procedere alla sua sostituzione e non sarà, per ciò solo, escluso.

6.2.2. Anche il soccorso istruttorio è istituto finalizzato ad evitare l’esclusione del concorrente per mere carenze o irregolarità documentali della domanda, ivi comprese quelle eventualmente riscontrate nelle dichiarazioni (con esclusione di carenze riguardanti l’offerta), essendosi in tal modo voluto dare rilievo all’effettiva sussistenza dei requisiti di partecipazione in capo ai concorrenti e legittimare conseguentemente l’esclusione unicamente per difetti sostanziali e non per vizi formali.

6.2.3. Per le integrazioni richieste dalla stazione appaltante in sede di soccorso istruttorio è stabilito un termine non superiore a 10 giorni (art. 83, comma 9).

Nessun termine è invece previsto per il caso che sia necessaria la sostituzione dell’ausiliaria, ma si tratta di una carenza che può essere colmata in via interpretativa, proprio facendo riferimento alla previsione alla disciplina del soccorso istruttorio ed estendendo a quella il termine previsto per quest’ultimo.

Così come, infatti, per il soccorso istruttorio, anche nel caso di sostituzione dell'ausiliaria, la stazione appaltante, accertata un'irregolarità nei requisiti di partecipazione del concorrente, è tenuta ad attivarsi per consentirne la rimozione ed evitare l'immediata esclusione del concorrente dalla procedura.

La differenza consiste nel fatto che, nel caso di soccorso istruttorio, la situazione d'irregolarità riguarda lo stesso operatore concorrente, nell'altra, invece, riguarda l'impresa ausiliaria; ciò non toglie, però, che, sul piano della ricostruzione sistematica, si resti nell'ambito (della verifica) del possesso dei requisiti di partecipazione, giacchè, come accennato, il ricorso all'avvalimento ha proprio lo scopo di consentire al concorrente di acquisire i (mancanti) requisiti di partecipazione richiesti dal bando.

Sebbene nei due casi le attività a carico del concorrente possono apparire differenti, poiché nel soccorso istruttorio deve produrre un'integrazione documentale della domanda, mentre nel caso di di sostituzione dell'ausiliaria, deve procedere ad individuare una nuova ausiliaria, stipulare un nuovo contratto di avvalimento e produrre la muova documentazione alla stazione appaltante, in uno all'ulteriore documentazione prevista dall'art. 89 del codice, nondimeno può ragionevolmente sostenersi che le due fattispecie siano sorrette dalla *eadem ratio,* di consentire (e salvaguardare) da un lato il *favor partecipationis* (strumento indispensabile per l'individuazione del migliore contraente) e dall'altro la spedita prosecuzione della procedura di gara.

L'identità di *ratio* consente di ritenere corretta l'applicazione al caso di sostituzione dell'ausiliaria un termine non minore di dieci giorni e congruo dunque il termine di 15 giorni assegnato nel caso di specie dalla stazione appaltante, essendo del tutto irrilevanti le questioni circa le presunte maggiori difficoltà (peraltro di mero fatto) che ricorrerebbero proprio nell'ipotesi di sostituzione dell'ausiliaria rispetto a quella di soccorso istruttorio documentale; ciò senza contare che nel caso di specie

l'appellante non ha neppure provato la sussistenza di gravi ed obiettive situazioni che le avrebbero impedito di rispettare il termine concessole dalla stazione appaltante.

6.2.4. Le considerazioni svolte escludono la rilevanza (e la stessa fondatezza) della questione di legittimità costituzionale prospettata dall'appellante e conducono alla conferma della sentenza impugnata sia pur con la diversa motivazione individuata, non potendosi condividere l'assimilabilità del termine per la sostituzione dell'ausiliaria (che attiene ad una situazione relativa ad una gara che è già in corso di svolgimento) a quello ridotto per la presentazione di domanda di partecipazione alla gara (in realtà solo bandita).

6.2.5. Per completezza è da aggiungere che, sulla scorta di quanto già osservato, è infondato anche il secondo motivo di gravame, giacché l'amministrazione, per il rispetto del principio della par condicio, non avrebbe potuto esaminare la documentazione prodotta dall'appellante oltre il termine assegnatole; né può ritenersi viziata la decisione della stazione appaltante di non concedere un'ulteriore proroga del termine assegnato, sia perché si trattava di una richiesta priva della necessaria adeguata giustificata, sia perché pervenuta il giorno stesso della scadenza del termine (laddove ragionevolmente le ragioni che avrebbero giustificato un'eventuale richiesta di proroga erano già precedentemente conosciute).

7. L'appello va pertanto respinto e a tanto consegue la declaratoria di improcedibilità dell'appello incidentale di Buttol.

Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge; dichiara improcedibile l'appello incidentale.

Condanna Ecojunk s.r.l. al pagamento delle spese del presente grado del giudizio, che liquida in € 5.000,00, oltre IVA ed accessori di legge, in favore di ognuna delle parti costituite, Buttiol s.r.l. e Comune di San Giorgio a Cremano.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 febbraio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere, Estensore

Angela Rotondano, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

L'ESTENSORE
Federico Di Matteo

IL PRESIDENTE
Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO