

Pubblicato il 17/10/2022

N. 08838/2022REG.PROV.COLL.
N. 07357/2021 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7357 del 2021, proposto da Kria S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Saverio Sticchi Damiani e Walter Perrotta, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Galatina, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Angelo Vantaggiato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Comando Polizia Locale della Città di Galatina, non costituito in giudizio;
Italtraff S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Trane e Domenico Mastrolia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per la Puglia sezione staccata di Lecce (Sezione Seconda) n. 01236/2021, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Italtraff S.r.l. e del Comune di Galatina;

Visti tutti gli atti della causa;

Viste le memorie delle parti;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 giugno 2022 il Cons. Annamaria Fasano e uditi per le parti gli avvocati Sticchi Damiani, Vantaggiato e Mastrolia, anche in sostituzione dell'avvocato Trane;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La città di Galatina – Comando Polizia Locale indiceva una procedura negoziata senza la pubblicazione del bando “ai sensi dell’art. 1, comma 2, lett.b) della l. n. 120/2020, di conversione del d.l. 76/2020 e di richiamo all’art. 63 del d.lgs. n. 50 del 2016” mediante RdO sul Mercato Elettronico della Pubblica Amministrazione, messo a disposizione da Consip, per l’affidamento del *‘noleggio, manutenzione ordinaria e straordinaria di apparecchiature elettroniche per il rilevamento automatico delle infrazioni all’art. 142 (velocità dei veicoli) – gestione dell’iter sanzionatoria – servizi complementari tecnici e legali per le infrazioni non oblate’*, della durata di 12 mesi a decorrere dalla messa in funzione delle apparecchiature e per tutto il tempo seguente per portare a termine il recupero delle infrazioni non oblate.

2. Il Disciplinare di gara fissava come criterio di aggiudicazione quello del ‘prezzo più basso’ ai sensi della normativa vigente, individuato nell’importo di euro 208.000,00 (IVA e spese di recapito o notifica degli atti esclusi), calcolato computando un numero teorico di 10.000 verbali nei 12 mesi, salvo eventuali maggiori quantità da regolarizzare e formalizzare in caso di anticipato raggiungimento del numero previsto.

La *lex specialis* prevedeva la possibilità di fare ricorso all’avvalimento, precisando che: “*ai sensi dell’art. 89 del Codice, l’operatore economico, singolo o*

associato ai sensi dell'art. 45 del Codice, può dimostrare il possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale, di cui all'art. 83, comma 1, lett. b) e c) del Codice avvalendosi dei requisiti di altri soggetti, anche partecipanti al raggruppamento. Non è consentito l'avvalimento per la dimostrazione dei requisiti morali, di idoneità professionale. Ai sensi dell'art. 89, comma 1, del Codice, il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dell'ausiliaria. Il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della Stazione Appaltante in relazione alle prestazioni oggetto dell'appalto. Gli obblighi previsti dalla normativa antimafia a carico del concorrente si applicano anche nei confronti del soggetto ausiliario, in ragione dell'importo dell'appalto posto a base di gara. E' ammesso l'avvalimento di più imprese ausiliarie. L'ausiliario può avvalersi a sua volta di altro soggetto. Per effetto di quanto disposto dall'art. 89, comma 7, del Codice, in relazione alla presente gara, non è consentito, a pena di esclusione, che l'ausiliaria presti avvalimento per più di un concorrente e che partecipino alla gara sia l'ausiliaria che l'impresa che si avvale dei requisiti. L'ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati.”

3. Con domanda presentata in data 15.1.2021, Kria S.r.l. partecipava alla procedura negoziata, dichiarando di volere fare affidamento sulle capacità di altri soggetti per soddisfare i requisiti di capacità economico – finanziaria e di capacità tecnica- professionale. La società sottoscriveva due contratti di avvalimento, ai sensi dell'art. 89 d.lgs. n. 50 del 2016, con la società SerCom S.r.l. e con la società laBconsulenze S.r.l.. SerCom s.r.l. si obbligava, come ausiliaria, a fornire il c.d. ‘avvalimento di garanzia’ – con riguardo ai requisiti di carattere economico – finanziaria – e il c.d. ‘avvalimento operativo’ con riguardo ai requisiti di capacità tecnico – professionale. ‘laBconsulenze’ S.r.l. si impegnavano a prestare i requisiti di capacità economica finanziaria e i requisiti tecnico – professionali, richiesti dalla procedura e necessari a Kria S.r.l. ai fini del pieno soddisfo delle capacità tecniche, dichiarando la propria disponibilità “*ad eseguire direttamente le prestazioni oggetto di avvalimento*”.

Il Comando Polizia Locale comunicava a Kria S.r.l.– con nota prot. n. 18091 del 30 aprile 2021- l'esclusione dalla gara, per le seguenti motivazioni: “a) si prende atto del verbale dell'assemblea dei soci della società Beta Professional Consulting s.r.l. del 2.01.2019 sottoscritto dinanzi al notaio dott. Riccardo Scornjenghi (Rep. 104863) con il quale si attuano le modifiche inerenti la denominazione sociale e l'ampliamento delle attività costituenti l'oggetto sociale ed il cambio di denominazione sociale in labconsulenze S.r.l. mantenendo immutati partita IVA e sede legale; b) si prende atto delle esposizioni poste dall'operatore economico in merito al formato del DGUE che se pur rispondente a quello europeo si differenzia da quello richiesto a corredo della documentazione di gara. Prendendo comunque per buono il modello presentato, l'operatore economico ad apposito invito ‘ a rimettere apposita dichiarazione ai sensi e per gli effetti di legge dichiarando il possesso di tutti i requisiti con la RDO di cui all'oggetto’ non ha presentato tale dichiarazione (prevista in apposita sezione nel DGUE allegato alla documentazione richiesta Parte IV -Criteri di selezione casella SI-NO); c) si prende atto delle specifiche tecniche riportate nella tabella comparativa e delle equivalenza rispetto alle richieste di cui all'art. 8 lettere c), e), g), i), k) del Capitolato. In particolare si evidenzia che per quanto concerne la lettera k il dispositivo offerto risulta essere privo del flash di luce bianca per le riprese notturne atte a rilevare a colori il veicolo durante le ore notturne. Dalle verifiche d'ufficio effettuate sulle convenzioni/autorizzazioni in corso, così come presentate dall'operatore economico si accerta che: 1) Autorizzazione al Ministero dell'Economia e delle Finanze di cui l'iscrizione al n. 191 dell'albo dei soggetti privati abilitati ad effettuare le attività di liquidazione e accertamento dei tributi e quelli di riscossione dei tributi e delle altre entrate delle province e dei comuni attraverso la consultazione del seguenti link: <http://www.finanze.gov.it/opencoms/it/fiscality-regionale-e-locale/albo-dei-gestori-dell'accertamento-e-della-riscossione-dei-tributi-locali/page/> dalla quale si evidenzia all'autorizzazione n. 191 che: “laBconsulenze S.r.l. con sede Montaldo Uffugo (CS) Via Trieste, complesso ‘green residence’, rappresentata dal sig. Palumbo Stefano, in corso di sostituzione con il sig. Coscarella Marco. Tale conversione risulta essere in corso di sostituzione. 2) con nota prot. n. prot. 000487/21 del 23.3.2021, acquisita al prot. n. 0012592 del 23.03. 2021 l'Automobile Club d'Italia – Unità Progettuale per

l'Attuazione del Documento Unico per gli Automobilisti – comunica che 'Alla data odierna non è invece in corso di validità con la società Beta Professional Consulting S.r.l., il contratto sottoscritto in data 27.1.2017, protocollo entrata SGP 005/0000669/17. La stessa società, altresì, non ha in corso di validità il contratto per adesione (Procedura 'Concessionari della Riscossione') che disciplina la trascrizione telematica dei provvedimenti di Fermo Amministrativo al PRA, in attuazione delle disposizioni previste dal sopra citato D.Lgs. n. 98/2017'. Tale convenzione non risulta essere in corso di validità ed è inoltre sottoscritta dal Rappresentante legale di una società non presente tra i soggetti partecipanti alla procedura di gara'.

4. Con ricorso proposto dinanzi al Tribunale amministrativo per la Puglia – sezione staccata di Lecce, Kria S.r.l. impugnava l'esclusione della gara e, con motivi aggiunti, impugnava l'aggiudicazione n. 891 del 27 maggio 2021, disposta a favore della ditta Italtraff S.r.l..

Italtraff S.r.l. si costituiva in resistenza, proponendo ricorso incidentale, lamentando: violazione della *lex specialis* di gara, violazione e falsa applicazione degli artt. 82, 83, 87, 89 e ss. del d.lgs n. 50/2016, eccesso di potere per illogicità manifesta e sviamento; e sostenendo che Kria S.r.l. avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per altre concorrenti ragioni. La ricorrente incidentale denunciava *inter alia*, la violazione dell'art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50/2016 (secondo cui: “....Per quanto riguarda i criteri relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali di cui all'allegato XVII, parte II, lettera f), o alle esperienze professionali pertinenti, gli operatori economici possono tuttavia avvalersi delle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste”). Nel caso di specie, dal contenuto dei contratti di avvalimento emergeva che Kria S.r.l. si era avvalsa dei requisiti di capacità tecnico – professionale delle ausiliarie, cioè delle ‘esperienze professionali pertinenti’ previste dal cit. comma 1 dell'art. 89, precisando nei rispettivi contratti stipulati con SerCom S.r.l. e laBconsulenze S.r.l. che “Il contratto di appalto è in ogni caso eseguito dall'impresa Ausiliata, alla quale verrà rilasciato il certificato di esecuzione, e l'impresa Ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei

requisiti prestati ed eseguire direttamente le prestazioni ad essi relativi, nel rispetto di quanto previsto dall'art. 89, comma 1, D.lgs. 50/2016".

5. Il Tribunale amministrativo regionale, con sentenza n. 1236 del 2021, accoglieva il suindicato motivo di censura, proposto dalla ricorrente incidentale, rilevando che tale clausola, per il suo tenore letterale, si limitava a prevedere una mera possibilità che l'ausiliaria avrebbe eseguito direttamente le prestazioni oggetto di gara, ma non integrava affatto l'espressa assunzione dell'obbligo di esecuzione diretta, che era invece previsto dall'art 89, comma 1, D.lgs. n. 50/2016, pertanto Kria S.r.l. rimaneva esclusa dalla gara per una ragione autonoma e sicuramente già sussistente rispetto a quelle dedotte nel provvedimento di esclusione, impugnato con ricorso principale. Il giudice di prima istanza, pertanto, accoglieva il ricorso incidentale e, per l'effetto, accertata la sussistenza della causa di esclusione di Kria S.r.l. dalla gara, dichiarava l'inammissibilità del ricorso principale e dei motivi aggiunti.

5. Con atto di appello, notificato nei termini e nelle forme di rito, Kria S.r.l. ha impugnato la suindicata sentenza, chiedendone l'integrale riforma, e lamentando: "a) *error in iudicando e in procedendo*: sull'erroneità della sentenza nella parte in cui ha accolto il motivo di ricorso incidentale. Violazione dell'art. 89, comma 1, d.lgs. 50/2016. Illogicità e contraddittorietà della sentenza. Erroneo presupposto; b) *error in iudicando*: sull'erroneità della sentenza nella parte in cui ha dichiarato infondato il motivo sub a) del ricorso per motivi aggiunti recante 'illegittimità in via autonoma: violazione dell'art. 76, comma 5, lett. a) d.lgs. 50/2016". Violazione dell'art. 29 d.lgs. 50/2016. Violazione del principio di trasparenza e pubblicità. Violazione del dovere di lealtà nei confronti dell'operatore economico; c) *error in procedendo* nella parte in cui il TAR ha dichiarato inammissibile il ricorso introduttivo e i motivi aggiunti – illegittimità derivata".

6. Si è costituita in giudizio Italtraff S.r.l., concludendo per il rigetto dell'appello e proponendo appello incidentale, affidato alle seguenti censure: "a)Erroneità della sentenza nella parte in cui il giudicante ha ritenuto che la

società Kria S.r.l. fosse in possesso dei requisiti di cui alle lettere d) ed f) del disciplinare di gara; b) Erroneità della sentenza nella parte in cui il giudice ha ritenuto che la società Kria S.r.l. non dovesse possedere alla data di presentazione della domanda il requisito di cui alla lettera j) del disciplinare di gara; c) Insufficiente motivazione della sentenza nella parte in cui il giudice ha ritenuto di accogliere il secondo motivo di ricorso incidentale”.

6.1. Si è costituito il Comune di Galatina, che ha concluso per il rigetto dell'appello.

7. Le parti con successive memorie hanno articolato in maniera più approfondita le proprie difese.

Il Collegio, con ordinanza n. 5606/2021, ha respinto l'istanza cautelare, precisando: “ *Ritenuto che, pur dovendo essere più approfonditamente esaminate nella competente sede di merito, le doglianze complessivamente proposte in via principale e incidentale non consentono di ravvisare, a una sommaria e preliminare deliberazione propria della presente fase cautelare, ragioni di fumus a sostegno dell'istanza cautelare tali da giustificare l'accoglimento con adozione della misura richiesta*”.

8. All'udienza pubblica del 23 giugno 2022, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

9. Con il primo mezzo, Kria S.r.l. censura la sentenza impugnata nella parte, in accoglimento del secondo motivo di ricorso incidentale, si è ritenuto che i requisiti di capacità tecnico – professionale prestati dalle ausiliarie fossero riconducibili alle ‘esperienze professionali pertinenti’, pertanto, ai sensi dell'art. 89, comma 1, del Codice, le società SerCom S.r.l. e laBconsulenze S.r.l. avrebbero dovuto assumere l'impegno ad eseguire direttamente i servizi per cui le capacità erano richieste, laddove dal tenore letterale del contratto di avvalimento si evincerebbe la previsione di una mera possibilità di esecuzione diretta, non idonea a soddisfare l'obbligo previsto dall'art. 89, comma 1. Secondo l'appellante, Il T.A.R. avrebbe errato nel ritenere che le ‘esperienze professionali pertinenti’ fossero sovrapponibili ai requisiti di capacità tecnico

– professionale, così contravvenendo all'indirizzo espresso dalla giurisprudenza amministrativa, secondo cui le 'esperienze professionali pertinenti' vanno intese quelle esperienze maturate in virtù di affidamenti connotati da profili di infungibilità, in qualche modo equiparabili ai titoli di studio e professionali, espressione di capacità personali, non trasmissibili ad altri.

In sostanza, l'*error in iudicando* in cui sarebbe incorso il T.A.R. consisterebbe nell'aver erroneamente ritenuto che il requisito di cui alla lett. a) del Disciplinare fosse qualificabile come 'esperienza professionale pertinente', pur trattandosi di un tipico requisito di capacità tecnico- professionale, suscettibile di avvalimento ai sensi dell'art. 83, comma 1, lett. c).

I giudici di prima istanza avrebbero, inoltre, errato nel ritenere che la clausola del contratto di avvalimento prevedesse una mera possibilità che l'ausiliaria eseguisse direttamente le prestazioni oggetto di gara, atteso che da una attenta lettura della disposizione, invece, si sarebbe compreso che le due ausiliarie si erano assunte l'impegno non solo di prestare l'ausilio richiesto, ma anche di eseguire direttamente le prestazioni oggetto di avvalimento.

10. Con il secondo motivo, Kria S.r.l. lamenta di non aver ricevuto alcuna comunicazione in ordine all'avvenuta aggiudicazione dell'appalto in favore di Italtraff S.r.l., ma di avere acquisito la notizia tramite la consultazione dell'Albo pretorio, che non costituisce una valida forma di pubblicità legale, pertanto si è provveduto a proporre motivi aggiunti per integrare il contraddittorio. Il T.A.R. avrebbe respinto tale profilo di ricorso autonomo, esaminandolo solo incidentalmente in modo sommario, laddove l'amministrazione aggiudicatrice avrebbe l'obbligo di comunicare, su richiesta scritta dell'offerente e del candidato interessato, immediatamente e comunque entro quindici giorni dalla ricezione della richiesta, il nome dell'offerente a cui è stato aggiudicato l'appalto. A fronte di tale accertata violazione, il T.A.R. non avrebbe dovuto dichiarare il motivo infondato nel merito, né che non vi fosse interesse alla declaratoria di illegittimità.

11. Con la terza censura, Kria S.r.l. sostiene che merita riforma il capo della sentenza con il quale il T.A.R. ha dichiarato inammissibile il ricorso principale e i motivi aggiunti, rilevando che, stante l'accoglimento del motivo di ricorso incidentale, *“Kria rimane esclusa dalla gara per una ragione autonoma e sicuramente già sussistente rispetto a quelle dedotte nel provvedimento di esclusione impugnato con il ricorso principale. Da tanto consegue che Kria non aveva ab origine interesse a dolersi del provvedimento di esclusione e, quindi, il ricorso principale e i motivi aggiunti vanno dichiarati inammissibili”*. L'appellante deduce che il motivo di ricorso incidentale, impropriamente accolto dal giudice di prima istanza, sarebbe manifestamente infondato, pertanto, alla luce delle argomentazioni innanzi esposte, la sentenza meriterebbe di essere riformata.

Il provvedimento di esclusione disposto dal Comune di Galatina sarebbe errato, ciò anche in ragione dei motivi aggiunti, sotto profili già proposti in primo grado e che l'esponente ripropone in questa sede: *“Violazione dei principi di massima concorrenza, par condicio, imparzialità e buon andamento. Eccesso di potere per erroneo presupposto in fatto e in diritto, travisamento, difetto di istruttoria, contraddittorietà e perplessità dell'azione amministrativa, disparità di trattamento, manifesta ingiustizia, sviamento. Violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 83, comma 8, del codice. Violazione dell'art. 3 l. 241/90 per difetto o carenza di motivazione. Violazione e falsa applicazione della lex specialis. Violazione dei principi di trasparenza e pubblicità”*.

12. Italtraff s.r.l., costituendosi in resistenza, ha proposto appello incidentale, lamentando con il primo mezzo che erroneamente il T.A.R. avrebbe ritenuto che Kria S.r.l. fosse in possesso dei requisiti di cui alle lettere d) ed f) del disciplinare di gara, laddove nel contratto di avvalimento stipulato in data 17.1.2021 con laBconsulenze s.r.l., l'ausiliaria ha dichiarato di non essere in possesso del requisito di cui alla lett. d), ossia della certificazione di qualità OHSAS 18001: 2007 e di non essere in possesso del requisito di cui alla lett. f) ossia della certificazione di qualità ISO 37001. L'appellante incidentale precisa che clausole di uguale tenore erano contenute anche nel contratto di

avvalimento stipulato, in data 16.1.2022, da Kria s.r.l. con Sercom s.r.l.. Le società ausiliarie, inoltre, oltre ad avere ammesso di non possedere le certificazioni di qualità richieste, senza nemmeno provare che ciò non fosse a loro imputabile, hanno dichiarato che sarebbero state in grado di comprovare (solo dopo l'aggiudicazione) l'impiego di 'misure equivalenti' di garanzia della qualità. Nessuna delle due imprese ausiliarie ha fornito, in sede di gara, la prova della sussistenza di dette 'misure equivalenti', essendosi entrambe limitate a rilasciare semplici dichiarazioni.

13. Con il secondo motivo di appello incidentale, si contesta la sentenza nella parte in cui il giudicante ha ritenuto che Kria S.r.l. non dovesse possedere, alla data di presentazione della domanda, il requisito di cui alle lettere j) del disciplinare di gara. Con tale previsione, la Stazione appaltante aveva richiesto che ogni impresa partecipante dovesse essere convenzionata con INI-PEC istituito dal Ministero dello Sviluppo Economico in attuazione del decreto legge del 18 ottobre 2012, n. 179, per il reperimento degli indirizzi dei professionisti e delle imprese al fine di poter notificare le infrazioni e gli atti seguenti, come previsto dal decreto interministeriale 18.12.2017. Ai fini della partecipazione, Kria S.r.l. aveva dichiarato di possedere il requisito per il tramite della impresa ausiliaria laBconsulenze S.r.l. la quale, con dichiarazione del 16.1.2021, dapprima aveva confermato di essere convenzionata con INI-PEC e, poi, aveva precisato che si sarebbe impegnata 'ad attivare una convenzione INI-PEC'.

14. Con il terzo motivo, Italtraff S.r.l. denuncia il difetto di motivazione della sentenza impugnata nella parte in cui il giudice di prima istanza ha ritenuto di accogliere il secondo mezzo di ricorso incidentale. La motivazione della decisione, seppure corretta, risulterebbe non del tutto esaustiva laddove il giudice di prima istanza avrebbe ommesso di valutare la violazione dell'art. 89, comma 1, anche con riferimento agli altri requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico professionale, di cui la appellante si è avvalsa.

15. Con il quarto mezzo l'appellante incidentale ripropone le eccezioni di inammissibilità del ricorso proposto in primo grado e non esaminate dal T.A.R.

16. Il primo motivo di appello principale è infondato.

Dal rigetto della censura consegue l'improcedibilità per difetto di interesse delle ulteriori doglianze proposte dall'appellante principale e, conseguentemente, anche delle critiche illustrate con l'appello incidentale.

16.1. Il giudice di prima istanza, scrutinando preliminarmente il ricorso incidentale, in quanto volto a far valere delle autonome ragioni di esclusione rispetto a quelle dedotte nel provvedimento impugnato con il ricorso principale da Kria S.r.l., ha sostenuto correttamente la fondatezza della seconda censura, con cui è stata dedotta la violazione dell'art. 89, comma 1, d.lgs. n. 50/2016.

Il T.A.R. rileva che, nella fattispecie, dai contratti di avvalimento emerge che Kria S.r.l. si sia avvalsa dei requisiti di capacità tecnico- professionale delle ausiliarie, qualificandoli come 'esperienze professionali pertinenti' di cui all'art. 89, comma 1, cit..

L'appellante, invece, lamenta che il giudice di prime cure avrebbe erroneamente ritenuto che il requisito di cui alla lett. a) del Disciplinare fosse qualificabile come 'esperienza professionale pertinente', pur trattandosi di un tipico requisito di capacità tecnico- professionale, suscettibile di avvalimento ai sensi dell'art. 83, comma 1, lett. c).

La censura non coglie nel segno, tenuto conto che non si interpreta correttamente il contenuto della disposizione. Il Disciplinare di gara, con riferimento ai requisiti di capacità tecnico – professionale, dispone alla lett.a) *“Per partecipare alla gara, a pena di esclusione, l'impresa partecipante deve possedere i seguenti requisiti ed esibire, unitamente ai documenti di gara, le relative dichiarazioni, certificazioni o atti comprovanti il possesso degli stessi: a. avere svolto durante l'ultimo triennio 2017 – 2018 – 2019 tutti i servizi – nessuno escluso e compresa l'elaborazione di almeno 30.000 verbali in un anno – oggetto della presente gara, da documentare*

attraverso l'esibizione di certificazioni rilasciate da Enti pubblici destinatari dei servizi, già in sede di partecipazione alla presente gara". Dalla piana lettura della clausola si evince che il possesso dei requisiti di capacità tecnico – professionale deve essere comprovato da idonea certificazione, che attesti che l'impresa ha svolto nel triennio precedente tutti i servizi oggetto della gara.

Orbene, la specificità della competenza richiesta, desumibile anche dall'aver eseguito tutti i servizi previsti dalla gara per un determinato periodo temporale (ultimo triennio), induce ragionevolmente a ritenere l'inerenza del suddetto requisito all'esperienza professionale dell'impresa, quindi ad una "esperienza professionale pertinente", considerata dal Disciplinare, insieme al possesso di idoneo bagaglio di competenze tecniche attestate con idonea certificazione, quale indice di 'capacità tecnica', ovvero di attitudine all'esecuzione dell'appalto 'con adeguato standard di qualità'.

L'aver svolto negli anni precedenti alla procedura di gara tutti i servizi dalla stessa previsti è certamente un requisito 'infungibile', perché attesta l'esperienza maturata nel settore dell'impresa e le peculiari attitudini necessarie all'espletamento del servizio richiesto dall'appalto e, quindi, l'idoneità ad eseguire prestazioni che richiedono l'impiego di capacità non trasmissibili, come avviene negli appalti aventi ad oggetto servizi intellettuali. Invero, va tenuto conto del fatto che il servizio oggetto dell'appalto in questione richiede competenze professionali specialistiche e l'impiego di figure professionali qualificate, che siano in grado di assicurare: "a) Assistenza per la tutela della privacy delle infrazioni rilevate; b) controllo delle apparecchiature in tempo reale via internet; c) foto sul web dei fotogrammi rilevati; d) ausilio tecnico all'ufficio verbali della Polizia Municipale; e) avvisi bonari di sollecito pagamenti non oblati nel primo termine di legge; f) ingiunzioni di pagamento; g) procedure seguenti per il recupero delle infrazioni non oblate nel primo termine di legge; h) assistenza e supporto legale".

16.2. Ai sensi dell'art. 89, comma 1, secondo periodo del d.lgs. n. 50 del 2016, "per quanto riguarda i criteri relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali di cui all'allegato XVII, parte II, lettera f), o alle esperienze professionali pertinenti, gli

operatori economici possono tuttavia avvalersi delle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste”.

Kria S.r.l. ha chiesto la riforma della sentenza impugnata nella parte in cui si sostiene che le imprese ausiliarie, con le quali è stato stipulato contratto di avvalimento hanno offerto soltanto la disponibilità a svolgere direttamente il servizio richiesto dall'appalto, ma non si sono effettivamente impegnate.

La critica non può essere condivisa.

Diversamente da quanto sostiene l'appellante, il giudice di prima istanza ha correttamente interpretato la clausola del contratto di avvalimento, con cui si stabilisce testualmente: *“il contratto di appalto è in ogni caso eseguito dall'impresa Ausiliata, alla quale verrà rilasciato il certificato di esecuzione, e l'impresa Ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati ed eseguire direttamente ad essi relativi, nel rispetto di quanto previsto dall'art. 89, comma 1, d.lgs. 50/2016”.*

Come è noto, l'interpretazione degli atti amministrativi, compreso il bando, soggiace alle stesse regole dettate dall'art. 1362 c.c. per l'interpretazione dei contratti, tra le quali assume carattere preminente quella collegata all'interpretazione letterale, in quanto compatibile con il provvedimento amministrativo, perché gli effetti degli atti amministrativi devono essere individuati solo in base a ciò che il destinatario può ragionevolmente intendere, anche in ragione del principio costituzionale di buon andamento, che impone alla P.A. di operare in modo chiaro e lineare, tale da fornire ai cittadini regole di condotta certe e sicure. Ne consegue che *“la dovuta prevalenza da attribuire alle espressioni letterali, se chiare, contenute nel bando esclude ogni ulteriore procedimento ermeneutico per rintracciare pretesi significati ulteriori e preclude ogni estensione analogica intesa ad evidenziare significati inespressi e impliciti, che rischierebbe di vulnerare l'affidamento dei partecipanti, la par condicio dei concorrenti e l'esigenza della più ampia partecipazione”* (Cons. Stato, V, 15 luglio 2013, n. 3811; Cons. Stato, 12 settembre 2017, n. 4307).

L'interpretazione letterale della clausola del contratto di avvalimento, sopra richiamata, induce chiaramente a ritenere con il termine 'può' le imprese

ausiliarie hanno manifestato la disponibilità a svolgere direttamente il servizio richiesto dall'appalto, ma non si sono effettivamente impegnate, pertanto manca l'assunzione di un obbligo di esecuzione diretta.

Una dichiarazione di impegno, invece, sarebbe stata necessaria, sicchè la condizione prevista dall'art. 89, comma 1, del Codice dei contratti, non è stata rispettata.

Questo Consiglio di Stato, in più occasioni, ha chiarito che: *“l'art. 89, comma 1, del Codice di contratti, per quanto qui di più diretto interesse, prevede che Per quanto riguarda i criteri relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali di cui all'allegato XVII, parte II, lettera f), o alle esperienze professionali pertinenti, gli operatori economici possono tuttavia avvalersi delle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono direttamente i lavori o i servizi di cui tali capacità sono richieste”*(Cons. Stato, n. 1704 del 9 marzo 2020).

In deroga al paradigma classico dell'avvalimento, per cui l'ausiliaria 'presta' al concorrente quanto necessario affinché esso sia autonomamente in grado di eseguire la prestazione che gli è stata aggiudicata, in questa specifica ipotesi non solo l'ausiliaria mette a disposizione le proprie risorse, ma si 'impegna' all'esecuzione in proprio delle attività per cui tali specifici requisiti sono dati in avvalimento.

Con specifico riferimento alle 'esperienze professionali pertinenti' si richiama un recente chiarimento offerto da questa Sezione con sentenza n. 6347 del 2021, secondo cui: *“in via di interpretazione letterale, deve quindi ritenersi che la norma abbia richiesto l'esecuzione diretta dell'ausiliaria nei casi in cui l'operatore sia privo di titoli professionali o di studio (indicati dall'allegato XVII parte II lett.f) che non possono essere trasferiti ad altri poiché evidentemente strettamente personali al soggetto che li abbia acquisiti. In tale ottica, il riferimento aggiuntivo alle 'esperienze professionali pertinenti' si spiega tenendo conto dell'eventualità che la stazione appaltante richieda, sempre quale requisito di partecipazione esperienziale, esperienze professionali maturate in virtù della spendita di titoli di studio o professionali, che risultano anch'esse, all'evidenza, espressione di capacità personali intrasmissibili ad altri”*.

Nella fattispecie, appare all'evidenza che 'le esperienze professionali pertinenti' richieste dal contratto di appalto e fornite dalle imprese ausiliarie, costituiscono capacità non agevolmente trasferibili con la messa a disposizione che discende dall'avvalimento, pertanto devono essere eseguite direttamente dall'impresa ausiliaria. Ciò in quanto, secondo l'interpretazione offerta dalla giurisprudenza, le 'esperienze professionali pertinenti' vanno intese quelle esperienze maturate non solo in virtù di affidamenti connotati da profili di infungibilità, in qualche modo equiparabili, dunque, a quelle per le quali sono richiesti 'titoli di studio e professionali di cui all'allegato XVII, parte II, lett. f'" (Cons. Stato, sez. V, 9 marzo 2020, n. 1704), ma anche, in presenza di un'esplicita indicazione contenuta nel disciplinare, tutte quelle esperienze che non sono agevolmente trasferibili.

La capacità professionale dell'impresa ausiliaria e, quindi le 'esperienze professionali pertinenti', non può che essere desunta dai servizi analoghi a quello oggetto di gara precedentemente espletati, da cui si evince una particolare competenza professionale 'personale', maturata nel corso del tempo, che non potendo essere trasferita, richiede la necessaria esecuzione diretta.

17. Da siffatti rilievi, consegue che Kria S.r.l. non aveva i requisiti necessari per partecipare alla gara, pertanto, correttamente, il giudice di prima istanza ha affermato che la ricorrente è rimasta esclusa dalla gara per una ragione autonoma e sicuramente già sussistente rispetto a quelle dedotte nel provvedimento di esclusione impugnato con il ricorso principale.

18. Il rigetto del primo motivo determina l'improcedibilità delle ulteriori censure proposte con appello principale per difetto di interesse, tenuto conto che lo scrutinio delle stesse non consentirebbe di pervenire ad una pronuncia di segno contrario; oltre al fatto che va condivisa l'affermazione del giudice di primo grado nella sentenza impugnata, secondo cui: “ *da tanto consegue che Kria non aveva ab origine interesse a dolersi del provvedimento di esclusione*”.

19. Dal rigetto dell'appello principale consegue che l'appello incidentale proposto da Italtraff S.r.l. va dichiarato improcedibile per carenza di interesse. Secondo i principi della dottrina processualistica, Italtraff S.r.l. ha proposto una impugnazione incidentale propria, in quanto non è parte soccombente in primo grado, non avendo un interesse a impugnare autonomo, tenuto conto che la sentenza di primo grado ha determinato una soccombenza formale. Invece, quando l'interesse a impugnare è autonomo, valer a dire quando la sentenza determina una soccombenza sostanziale, si sarà in presenza di una impugnazione incidentale impropria, sicchè le sorti dell'impugnazione principale non condizionano l'impugnazione incidentale, che sopravviverà al venire meno della prima.

Nel presente giudizio, in applicazione dei principi generali in tema di interesse ad impugnare, essendo venuta meno l'impugnazione principale, si verifica automaticamente l'improcedibilità dell'impugnazione incidentale propria per sopravvenuto difetto di interesse.

20. In definitiva, l'appello principale va respinto e va dichiarato improcedibile l'appello incidentale, con conseguente conferma della sentenza impugnata.

Le spese del presente giudizio seguono il criterio della soccombenza e vanno liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando, respinge l'appello principale e dichiara improcedibile l'appello incidentale, come in epigrafe proposti, e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Condanna Kria S.r.l. al pagamento delle spese di lite del presente giudizio, che liquida nella misura di euro 3000,00 (tremila/00) a favore di Italtraff s.r.l. e nella misura di euro 3000,00 (tremila/00) a favore del Comune di Galatina, oltre accessori di legge, se dovuti.

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

Così deciso, in Roma, nella camera di consiglio del giorno 23 giugno 2022,
con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Annamaria Fasano, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Annamaria Fasano

IL PRESIDENTE
Diego Sabatino

IL SEGRETARIO