

T.A.R. Venezia sez.I, 20/12/2023, n.1943

(omissis)

FATTO e DIRITTO

1. (omissis) s.c. a r.l. (d'ora innanzi, per brevità, solo (omissis)), con bando di gara pubblicato in data 25 gennaio 2023, ha indetto una procedura aperta, sotto soglia comunitaria, per l'affidamento dei lavori di adeguamento del depuratore Città di Verona 3° stralcio messa in sicurezza delle coperture dei comparti dei pretrattamenti e dei sedimentatori primari Lotto 1, per un importo complessivo a base asta pari a 2.991.793,90 euro, di cui 2.909.568,27 euro per prestazioni soggette a ribasso asta e 82.225,63 euro per oneri per la sicurezza.

Con riferimento a quanto di maggior interesse nel presente contenzioso, è necessario puntualizzare che la stazione appaltante ha previsto, ai sensi dell'art. 95, comma 2, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, di aggiudicare il contratto secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo. A tal riguardo, l'art. 17 della *lex specialis* prescrive che la valutazione dell'offerta tecnica e di quella economica sia effettuata mediante assegnazione di un massimo di 80 punti per la prima e di 20 punti per la seconda.

Inoltre, al fine di determinare i requisiti e documenti richiesti per la partecipazione alla procedura, l'art. 6 del disciplinare di gara rinvia al documento, ad esso allegato, denominato *Dettaglio requisiti*. Ivi, nell'ambito della *Sezione B* rubricata *Requisiti di capacità tecnica e professionale*, precisamente alla lettera B.1, è richiesto il *Possesso, alla data di presentazione dell'offerta, della certificazione SOA in corso di validità per le categorie e classifiche di seguito specificate: prevalente: OS22, classe IV; scorporabile: OG1, classe III; scorporabile: OS33, classe II*.

Nella successiva lettera B.2 è previsto, invece, un *Importo complessivo fatturato relativo alla realizzazione di una o più opere aventi natura analoga a quella oggetto dell'appalto, la cui conclusione risulti essersi verificata nel corso degli ultimi 5 (cinque) anni antecedenti il termine di scadenza per la produzione dell'offerta, che risulti pari o superiore ad euro 2.390.000,00 (oltre IVA ai sensi di legge)*.

Inoltre, le *Precisazioni ai requisiti* contenute nel medesimo *Dettaglio requisiti* specificano che *Per essere ammessi, i lavori analoghi realizzati devono possedere contestualmente i seguenti connotati: consistere in lavori direttamente svolti nelle categorie SOA OG1, OS22 o OS33 per realizzazione di coperture di impianti industriali e/o a carattere produttivo o commerciale, complete di struttura portante e orditura (costituite, indifferentemente,*

da legno, metallo o materiali prefabbricati) â?? risultare conclusi nellâ??ambito del termine temporale dei 5 anni previsto nel requisito richiestoâ?•.

1.1. Alla scadenza del termine di presentazione delle offerte, ne sono pervenute soltanto due: una dalla societÃ (omissis) s.r.l. (dâ??ora innanzi, per brevità , solo (omissis)), unâ??altra dalla societÃ (omissis) s.r.l. (dâ??ora innanzi, per brevità , solo (omissis)).

La Commissione giudicatrice, nelle sedute del 4, 5 e 12 aprile 2023, ha svolto le operazioni di gara avvalendosi della c.d. inversione procedimentale â?? prevista dallâ??art. 19 del disciplinare, in conformitÃ allâ??art. 133, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016 â??, esaminando quindi dapprima le offerte tecniche ed economiche di tutti i concorrenti, per poi demandare al Seggio di gara il vaglio della documentazione amministrativa del solo partecipante collocatosi primo in graduatoria.

Allâ??esito della valutazione delle offerte tecniche, (omissis) ha riportato 70,825 punti, riparametrati in 80 punti; (omissis) ha invece ottenuto 60,485 punti, riparametrati in 68,321 punti. In seguito allâ??assegnazione dei punteggi concernenti le offerte economiche, Ã stata dunque stilata la graduatoria finale, in cui Ã risultata prima classificata la societÃ (omissis), con 94,902 punti complessivi, e un ribasso offerto sullâ??importo a base dâ??asta di 1,37%; seconda classificata la societÃ (omissis), con 88,321 punti complessivi, e un ribasso offerto pari a 1,84%.

SicchÃ© il Seggio di gara, nelle sedute del 13 aprile 2023 e del 4 maggio 2023, ha provveduto a verificare la documentazione amministrativa dellâ??operatore economico riportante il miglior punteggio, approfondendo in particolare â?? con la richiesta di un parere legale interno â?? lâ??effettivo possesso del requisito di capacitÃ tecnica e professionale di cui alla lettera B.2 del â??Dettaglio requisitiâ?•, dimostrato dalla F.lli Bari attraverso un contratto di avvalimento con la societÃ (omissis)s.r.l. (dâ??ora innanzi, per brevità , solo (omissis)), priva di alcuna attestazione S.O.A..

In virtÃ¹ della positiva valutazione sul possesso dei requisiti di qualificazione, il Seggio di gara ha confermato la predetta graduatoria, trasmettendo quindi al R.U.P. la conforme proposta di aggiudicazione nei confronti della (omissis).

1.2. Indi il R.U.P. ha avviato il procedimento di verifica di congruitÃ dellâ??offerta prodotta dalla societÃ prima classificata, richiedendo â?? con nota prot. n. 11998 del 17 maggio 2023 â?? giustificazioni in ordine â??alla demolizione delle coperture esistentiâ?•. In particolare, egli ha rilevato che, â??visto anche il contenuto dellâ??offerta economica e nello specifico dellâ??elaborato Â«Computo Metrico Estimativo MigliorieÂ» in cui Ã prevista la fornitura di n. 3 coperture fisse in alluminio, dallâ??offerta non si rileva la presenza di voci relative alla demolizione delle coperture esistentiâ?•.

Infine, il R.U.P. â?? avendo ritenuto adeguate le giustificazioni fornite dallâ??operatore economico â?? ha formulato un complessivo giudizio di congruitÃ , sostenibilitÃ e realizzabilitÃ dellâ??offerta.

1.3. Pertanto, la stazione appaltante â?? con determina prot. n. 440 del 16 giugno 2023 â?? ha disposto lâ??aggiudicazione definitiva dellâ??appalto alla societÃ (omissis), per un importo complessivo pari a 2.951.903,72 euro, di cui 2.869.678,09 euro per prestazioni e 82.225,63 euro per oneri della sicurezza.

2. Avverso il testÃ© menzionato provvedimento di aggiudicazione definitiva Ã” insorta (omissis) , proponendo tre distinti motivi di ricorso.

I) â??Violazione e falsa applicazione degli articoli 83, 84, 89 e 105 del d.lgs. n. 50/2016. Violazione e falsa applicazione degli articoli 6 e 7 del disciplinare di gara, nonchÃ© dellâ??allegato denominato â??Dettaglio requisitiâ?•. Eccesso di potere per carenza di presupposto e di istruttoria, travisamentoâ?•.

Acque Veronesi avrebbe illegittimamente omesso di escludere dalla gara (omissis) nonostante fosse priva dei requisiti di capacitÃ tecnica e professionale prescritti dalla *lex specialis*. In particolare, (omissis) â?? tanto nel proprio D.G.U.E., quanto nellâ??istanza di partecipazione â?? ha dichiarato di soddisfare il requisito di cui alla lettera B.2 del â??Dettaglio requisitiâ?• attraverso lâ??impresa ausiliaria (omissis). In merito, il punto 2.bis) del relativo contratto di avvalimento stabilisce che â??in caso di aggiudicazione dellâ??appalto allâ??impresa ausiliata, lâ??apporto dei requisiti [â?•] si concretizzerÃ con lâ??attivazione di un contratto di subappalto â?•. Tuttavia, tale modalitÃ attuativa del prestito dei requisiti non sarebbe consentita â?? ai sensi degli artt. 84, comma 1, e 105, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016, cosÃ¬ come della lettera B.1 del â??Dettaglio requisitiâ?• â?? in quanto (omissis) Ã” priva della necessaria qualificazione S.O.A. per lâ??esecuzione delle lavorazioni. PiÃ¹ nel dettaglio, la mancanza della predetta qualificazione in capo allâ??ausiliaria impedirebbe di concretizzare lâ??avvalimento mediante un successivo contratto di subappalto, con conseguente venir meno del requisito di partecipazione nei confronti della societÃ aggiudicataria.

II) â??Violazione e/o falsa applicazione dellâ??articolo 89 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 e dellâ??articolo 7 del disciplinare di gara. Eccesso di potere per carenza di presupposto e di istruttoria, travisamentoâ?•.

La stazione appaltante avrebbe dovuto escludere (omissis) anche a causa della nullitÃ e comunque della inefficacia del summenzionato contratto di avvalimento. Nella specie, la pattuizione risulterebbe viziata sotto molteplici profili: essa sarebbe illegittimamente condizionata alla successiva stipula di un contratto di subappalto, necessario per la sua â??attivazioneâ?•; inoltre, sarebbe priva di corrispettivo o comunque non sarebbe sorretta da un interesse economicamente rilevante alla sua stipula da parte dellâ??ausiliaria; conterrebbe, poi,

un'illegitima limitazione della responsabilità solidale di quest'ultima nei confronti dell'ente aggiudicatore; infine, avrebbe un oggetto indeterminato con riguardo al requisito che l'ausiliaria dovrebbe prestare all'ausiliata.

III) *Violazione e falsa applicazione dell'articolo 97, commi 1 e 5 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 e dell'articolo 21 del disciplinare di gara. Violazione dei principi in tema di verifica dell'anomalia dell'offerta. Eccesso di potere per carenza di presupposto e di istruttoria, travisamento. Violazione del giusto procedimento. Difetto assoluto di motivazione*.

La controinteressata avrebbe dovuta essere esclusa dalla gara anche per l'anomalia della sua offerta, in quanto non si sarebbe limitata a lievi aggiustamenti della stessa, ma ne avrebbe radicalmente modificato il contenuto: con riferimento alla soluzione tecnica migliorativa concernente l'integrale rimozione delle travature primarie delle coperture esistenti. Segnatamente, (omissis) come già rilevato dal R.U.P. in seno al subprocedimento di verifica di congruità dell'offerta, con argomenti che non possono, nella prospettiva della ricorrente, ritenersi superati dalle successive giustificazioni non avrebbe previsto alcun costo per la rimozione e lo smaltimento di dette travature primarie: all'interno del *Computo Metrico Estimativo Migliorie*, nella *Analisi nuovi prezzi presenti nel «Computo Metrico Estimativo Migliorie»*, entrambi presentati unitamente all'offerta ai sensi dell'art. 16, punto 4, del Disciplinare di gara.

Pertanto la controinteressata, in sede di giustificazioni, avrebbe sensibilmente modificato, in modo illegittimo, l'originaria analisi del prezzo relativa alla voce NV.1 (ossia la fornitura e posa in opera di tre coperture piane fisse in alluminio), mutandone tutte le componenti di costo: vale a dire quelle afferenti alla manodopera, ai materiali, alla qualifica degli operai utilizzati e all'ammontare dei trasporti. In special modo, il costo della manodopera raffrontando l'originaria analisi del prezzo e quella prodotta nel subprocedimento in argomento avrebbe subito una variazione di 135.234,00 euro (da 160.588,80 euro a 25.354,80 euro): tale modifica, incidendo su un elemento fondamentale della prestazione, renderebbe di per sé evidente l'anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria. Trattasi di variazioni che non troverebbero fondamento, *in thesi*, in sopravvenienze di fatto o normative, ma sarebbero finalizzate in via esclusiva a fornire copertura economica alla predetta lavorazione il cui costo, nei documenti allegati all'offerta, non sarebbe stata computato.

La ricorrente contesta, infine, la violazione del giusto procedimento e il difetto assoluto di motivazione, atteso che la stazione appaltante non avrebbe concluso il subprocedimento in esame con un provvedimento espresso, non avrebbe in alcun modo motivato, neppure sinteticamente o *per relationem*, le ragioni alla base della valutazione di non anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria.

2.1. In via subordinata, *(omissis)* ha avanzato una domanda di risarcimento per equivalente del danno da mancata aggiudicazione dell'appalto e del connesso danno curriculare, per il caso di mancato ottenimento del risarcimento in forma specifica attraverso l'affidamento del contratto conteso o il subentro nello stesso, nell'evenienza in cui l'accordo venisse stipulato nelle more del giudizio.

2.2. In via istruttoria, la ricorrente ha chiesto, ai sensi dell'art. 116, comma 2, cod. proc. amm., l'acquisizione in giudizio di copia del parere legale richiesto dal Seggio di gara nella seduta del 13 aprile 2023 e valutato nella successiva seduta del 4 maggio 2023.

Parere in base al quale è stata appurata l'ammissibilità ai fini della dimostrazione del requisito di partecipazione di cui alla lettera B.2 del *«Dettaglio requisiti»* in capo alla concorrente dell'avvenuta realizzazione di lavori analoghi da parte dell'ausiliaria *(omissis)*, seppur la stessa sia sprovvista di qualificazione S.O.A..

3. Si sono costituite in giudizio *(omissis)* e la controinteressata *(omissis)*, dimettendo memorie volte a confutare i motivi di ricorso e concludendo per la reiezione dello stesso.

4. Alla camera di consiglio del 6 settembre 2023, il Collegio è tenuto anche conto dell'accordo delle parti ha disposto il rinvio della causa al fine di una sollecita fissazione dell'udienza di discussione sul merito all'11 ottobre 2023. Le parti hanno dichiarato di rinunciare ai termini difensivi nella prospettata eventualità di proposizione di un ricorso incidentale, impegnandosi a non addivenire alla stipula del contratto prima della decisione del gravame.

5. Successivamente, *(omissis)* con ricorso incidentale notificato il 19 settembre 2023 e depositato il 29 settembre 2023 ha chiesto l'annullamento di tutti i verbali delle operazioni compiute dalla Commissione giudicatrice e dal Seggio di gara, nonché del provvedimento prot. n. 440 del 16 giugno 2023 di aggiudicazione definitiva dell'appalto, nella parte in cui non hanno escluso dalla gara *(omissis)*. Ciò al fine di ottenere la declaratoria di inammissibilità del ricorso principale per originaria carenza di interesse.

Il gravame incidentale si compone di tre motivi di ricorso:

1) *«Violazione e/o falsa applicazione della legge di gara: punti 6., 7. e 8. del disciplinare; violazione e/o falsa applicazione di legge: art. 89 del D. Lgs. n. 50/2016; eccesso di potere: travisamento dei fatti e carenza di istruttoria e motivazione e violazione dei principi di chiarezza ed univocità dell'offerta, di trasparenza e par condicio fra i concorrenti»*.

(omissis) avrebbe illegittimamente omissso di escludere dalla gara *(omissis)* nonostante fosse priva dei requisiti di ammissione: la stessa, infatti, avrebbe partecipato alla procedura selettiva in forza della qualificazione nella categoria prevalente OS22 e nella scorporabile OG1, difettando

invece sia della qualificazione nella categoria OS33, sia dei requisiti tecnico-professionali previsti nelle lettere B.2 e B.4 del *«Dettaglio requisiti»* (vale a dire, rispettivamente, il fatturato nei *«lavori analoghi»* e il *«possesso di personale formato ai lavori elettrici PES PEI PAV secondo norma CEI 11-27 nella misura minima non inferiore alle 2 unità»*).

In particolare, *(omissis)* al fine di dimostrare la propria qualificazione nella categoria OS33 avrebbe dichiarato di ricorrere al subappalto c.d. necessario e, allo stesso tempo, di usufruire dell'avvalimento da parte dell'ausiliaria *(omissis)* s.r.l. Ci² avrebbe inficiato, nella ricostruzione della ricorrente incidentale, l'esigenza imprescindibile della stazione appaltante di conoscere in modo univoco, sin dalla presentazione dell'offerta, in quale modalità la concorrente intendesse partecipare alla gara e comprovare il possesso dei requisiti di ammissione: donde la necessità di estromettere *(omissis)* dalla procedura per assoluta incertezza su profili sostanziali della sua offerta.

Sotto altro profilo, l'illegittimità della mancata esclusione dell'odierna ricorrente principale si fonderebbe financo sulla violazione dell'art. 89, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016 e dell'art. 7 del disciplinare, in quanto mancherebbero le dichiarazioni di impegno delle ausiliarie ossia di Tezza Coperture s.r.l. per l'avvalimento della qualificazione S.O.A. nella categoria OS33 e dell'Impresa *(omissis)* s.r.l. per il prestito del requisito di cui alla succitata lettera B.4 alla messa a disposizione dei requisiti nei confronti della stazione appaltante. D'altro canto, il contratto di avvalimento concluso tra *(omissis)* e *(omissis)* s.r.l. sarebbe comunque nullo perché indeterminato nell'oggetto.

II) *«Violazione dell'art. 17 della legge n. 68/1999 e dell'art. 5 del disciplinare di gara»*.

(omissis) si duole del fatto che *(omissis)*, non estromettendo dalla gara *(omissis)*, avrebbe violato l'art. 5 del disciplinare, il quale dispone l'esclusione del concorrente nel caso di *«mancato rispetto, al momento della presentazione dell'offerta, degli obblighi in materia di lavoro delle persone con disabilità di cui alla legge 12 marzo 1999, n. 68, oltre che ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. i), del Codice»*. In specie, Idrotec avrebbe dichiarato, nella sua istanza di partecipazione, di non essere soggetta a tali obblighi perché dotata di un numero di dipendenti inferiore alla soglia prevista dalla predetta normativa, pari a quindici. Di contro, la ricorrente incidentale sostiene che detta soglia fosse invero superata, siccome la concorrente aveva alle proprie dipendenze stando alla visura camerale storica diciannove soggetti nel IV trimestre del 2022 e diciassette soggetti al 31 marzo 2023.

III) *«Violazione del punto 16 del disciplinare di gara, con riferimento al contenuto e alle modalità di presentazione dell'offerta economica»*.

Da ultimo, *(omissis)* lamenta la mancata esclusione dell'odierna ricorrente principale nonostante la violazione dell'art. 16 del disciplinare, il quale regola la formulazione dell'offerta economica nel caso di presentazione di migliorie. Nel far ciò, la *lex specialis*

prescrive che i relativi interventi, ove differenti da quelli già previsti e descritti nel Computo Metrico di progetto messo in gara, vadano indicati in un *“Computo Metrico Estimativo Migliorie”* con la seguente modalità: *“relativamente a nuove voci aggiunte a quelle già previste nella Lista delle lavorazioni e forniture ed in assenza di qualsivoglia modificazione di queste ultime (in termini di quantità o conferma sulla persistenza delle stesse), formularne sintetica descrizione con relative unità di misura, quantità e nuovo prezzo unitario”*.

Nel caso di specie, (omissis) dopo aver offerto la sostituzione anche delle travature principali della copertura esistente avrebbe pertanto dovuto inserire nel relativo Computo Metrico una nuova voce di prezzo unitario e presentare almeno una sintetica descrizione della miglioria, posto che la stessa differisce in modo significativo dalle lavorazioni previste nel progetto indicato dall'Amministrazione. Il che non sarebbe avvenuto, in spregio all'art. 16 del disciplinare.

6. In vista dell'udienza pubblica fissata per l'11 ottobre 2023, le parti hanno depositato in giudizio le memorie previste dall'art. 73, comma 1, cod. proc. amm., insistendo per l'accoglimento delle rispettive conclusioni già avanzate nei precedenti scritti difensivi.

6.1. Alla summenzionata udienza di discussione, la difesa della controinteressata ha eccepito la nullità della procura speciale conferita dal legale rappresentante della ricorrente principale all'avvocato Maccarone, in quanto la stessa sarebbe priva di ogni riferimento alla presente controversia. Indicazione, questa, che sarebbe necessaria nel caso in cui la procura *ad litem* venga rilasciata su foglio separato rispetto al ricorso. Donde la richiesta di dichiarare inammissibile il ricorso per l'invalidità della procura speciale, prescritta per la proposizione del gravame dall'art. 40, comma 1, lett. g), cod. proc. amm..

Dopo breve discussione delle parti, in cui le stesse si sono riportate alle loro conclusioni, la causa è stata dunque trattenuta in decisione.

7. Quanto all'ordine di esame dei ricorsi, il Collegio ritiene di dare precedenza alla cognizione del gravame principale.

A tal riguardo, è doveroso ribadire sulla scorta di un condivisibile indirizzo giurisprudenziale, sensibile ai principi tracciati dalla Corte di Giustizia dell'U.E. *“la rilevanza di interessi legittimi eterogenei nello svolgimento delle gare pubbliche di appalto, essendo stato ritenuto meritevole di tutela sia l'interesse legittimo «finale» ad ottenere l'aggiudicazione dell'appalto, sia l'interesse legittimo «strumentale» alla partecipazione ad un eventuale procedimento di gara rinnovato. L'ordo questionum impone di dare sempre priorità al gravame principale poichè, mentre l'eventuale fondatezza del ricorso incidentale non potrebbe in ogni caso comportare l'improcedibilità del ricorso principale, l'eventuale infondatezza del ricorso principale consentirebbe comunque di dichiarare l'improcedibilità del ricorso incidentale, con conseguente economia dei mezzi processuali. Infatti, ove fosse respinto il ricorso principale, con conseguente formazione del*

giudicato sulla legittimit  (rectius: sulla non illegittimit  sulla base dei motivi dedotti) della aggiudicazione controversa, il controinteressato, vale a dire l  aggiudicatario, avendo reso intangibile la soddisfazione del proprio interesse, non potrebbe nutrire alcun ulteriore interesse all  accoglimento del ricorso incidentale   (cfr., da ultimo, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. V, 25 ottobre 2023, n. 15844)

Applicando tali coordinate ermeneutiche al presente giudizio, e in particolare il principio di economicit  dei mezzi processuali, deve evidenziarsi che il rigetto del ricorso principale, in virt  di tutte le ragioni in seguito esposte, comporta la declaratoria di improcedibilit  del ricorso incidentale per sopravvenuto difetto di interesse. D  altronde,   opportuno puntualizzare che la reiezione di quest  ultima impugnativa con una pronuncia di rito non scalfisce il diritto a una piena tutela giurisdizionale della controinteressata, poich  la stessa ottiene l  assoluta soddisfazione del bene della vita vantato in causa gi  per mezzo del respingimento del gravame principale.

8. In via preliminare, va rilevata l  infondatezza dell  eccezione sollevata dalla difesa di F.lli Bari relativa alla nullit  della procura speciale conferita, su foglio separato rispetto al ricorso, dal legale rappresentante della societ  ricorrente al proprio difensore in giudizio, poich  priva della specificazione degli elementi identificativi della controversia in corso.

A tal riguardo, il Collegio   consapevole che, sulla questione prospettata, la giurisprudenza non ha sinora assunto un orientamento condiviso. L  introduzione del processo telematico, infatti, ha comportato il sorgere di profili di incertezza in ordine ai requisiti della procura speciale nell  evenienza    connaturata alla stessa informatizzazione degli atti processuali    in cui la stessa non sia apposta in calce o a margine del ricorso.

Sul punto, la normativa di riferimento non si esaurisce nella previsione dell  art. 40, comma 1, lett. g), cod. proc. amm., che richiede la necessit  della procura speciale per la proposizione del ricorso giurisdizionale, ma ricomprende anche la disposizione recata dall  art. 8, comma 3, del d.P.C.M. del 16 febbraio 2016, n. 40, ora riprodotta nell  art 8, comma 3, dell  Allegato 1 del decreto del Presidente del Consiglio di Stato del 28 luglio 2021 (  Regole tecniche-operative del processo amministrativo telematico  ), secondo cui   La procura alle liti si considera apposta in calce all  atto cui si riferisce: a) quando    rilasciata su documento informatico separato depositato con modalit  telematiche unitamente all  atto a cui si riferisce; b) quando    rilasciata su foglio separato del quale    estratta copia informatica, anche per immagine, depositato con modalit  telematiche unitamente all  atto a cui si riferisce  .

Ci  precisato, il Collegio ritiene di aderire all  indirizzo interpretativo    di recente pi  volte avallato dal Consiglio di Stato    per il quale   la procura rilasciata su foglio separato    valida purch  notificata unitamente all  atto cui accede, poich  la collocazione della procura    comunque idonea a conferire certezza circa la provenienza del potere di

rappresentanza ed a generare la presunzione di riferibilità della procura al giudizio cui accede (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 15 settembre 2023, n. 8350 e 8351; Sez. V, 5 luglio 2023, n. 6586).

Con riferimento al caso di specie, deve evidenziarsi che la procura rilasciata dal legale rappresentante di (omissis) come si evince dalle ricevute di consegna via pec depositate agli atti del giudizio è stata allegata al ricorso e notificata unitamente allo stesso: il che dà fondamento alla presunzione di riferibilità del mandato difensivo, e del relativo potere di rappresentanza, al giudizio così instaurato.

Riferibilità che risulta inequivocabile, siccome la procura in questione non contiene espressioni incompatibili con la proposizione del ricorso ora *sub iudice*, in quanto dirette univocamente ad attività afferenti ad altre controversie: cosicché non vi sono valide ragioni per ritenere qui inoperante la presunzione di specialità della procura *ad litem* posta dal citato art. 8, comma 3, delle regole tecniche-operative, alla luce dell'unitario contesto documentale in cui lo stesso mandato si inserisce.

Per le ragioni che precedono, deve quindi concludersi per la sussistenza, in capo al difensore di (omissis), di un valido mandato alla proposizione del ricorso, con conseguente rigetto dell'eccezione avanzata dalla controinteressata.

9. Il primo motivo del ricorso principale è infondato.

Come anticipato, (omissis) contesta la mancata esclusione dell'aggiudicataria a fronte della carenza del requisito di capacità tecnica e professionale imposto dalla lettera B.2 del *Dettaglio requisiti*, relativo al fatturato conseguito nell'ultimo quinquennio per opere di natura analoga a quella oggetto d'appalto, intese come *realizzazione di coperture di impianti industriali e/o a carattere produttivo o commerciale, complete di struttura portante e orditura*.

Nello specifico, la ricorrente fonda la propria censura sul tenore letterale del punto 2.bis) del contratto di avvalimento tra (omissis) e (omissis), laddove è stabilito che *in caso di aggiudicazione dell'appalto all'impresa ausiliata, l'apporto dei requisiti [oggetto della stessa convenzione] si concretizzerà con l'attivazione di un contratto di subappalto*. Nell'assunto dell'esponente, detta clausola andrebbe intesa nel senso che l'obbligo di messa a disposizione dei requisiti sorga soltanto in forza della stipula di un successivo contratto di subappalto tra le stesse parti. Tuttavia, sempre secondo (omissis), l'impresa ausiliaria non potrebbe assumere lavori in subappalto per mancanza di qualificazione S.O.A.: il che renderebbe l'avvalimento *nullo, inefficace e comunque del tutto inidoneo allo scopo*, con la conseguenza che la controinteressata risulterebbe priva del prescritto requisito di ordine speciale.

A tal riguardo, è opportuno ricordare che in materia di interpretazione del contratto l'art. 1362 cod. civ. stabilisce che *si deve indagare quale sia la comune intenzione delle*

parti e non limitarsi al senso letterale delle parole», mentre il seguente art. 1363 cod. civ. chiarisce che *«le clausole del contratto si interpretano le une per mezzo delle altre, attribuendo a ciascuna il senso che risulta dal complesso dell'atto»*. Pertanto, sulla scorta di questi principi generali del diritto civile, l'interprete non può desumere la volontà dei paciscenti dal significato proprio di una singola clausola, in modo atomistico e slegato da una lettura sistematica dell'intero testo contrattuale.

Proprio sulla scorta dell'interpretazione complessiva delle clausole, è necessario rilevare che il punto 2) del contratto specifica che *«l'impegno dell'ausiliaria [art. 1] decorre dalla data del presente contratto ed è assunto per l'intera durata del contratto d'appalto; detto impegno diviene inefficace in caso di mancata aggiudicazione della gara all'impresa ausiliata»*. In virtù del chiaro tenore letterale di questa disposizione, deve ritenersi che il contratto in discussione produca con effetto immediato il prestito del requisito di capacità tecnica e professionale di cui alla lettera B.2 del *«Dettaglio requisiti»*.

Tale assunto trova peraltro conferma nella dichiarazione di impegno resa da (omissis) nei confronti della stazione appaltante, da cui si evince, senza ambiguità, la volontà della stessa ausiliaria di prestare il requisito di partecipazione a (omissis) sin dal momento di conclusione del contratto di avvalimento; del resto, la medesima dichiarazione non contiene alcun riferimento alla necessità di un successivo subappalto tra le parti al fine di conferire attualità al previo rapporto obbligatorio.

In detta promessa unilaterale, infatti, l'ausiliaria ha dapprima dichiarato *«di essere in possesso delle risorse oggetto di avvalimento»*, di poi si è impegnata *«senza limiti né condizioni a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse e i mezzi necessari di cui è carente il concorrente stesso»*. Inoltre la stessa impresa, nel riferirsi al contratto già stipulato con (omissis) di cui all'art. 89 del d.lgs. n. 50 del 2016, ha lasciato intendere, in modo inequivocabile, di aver già adempiuto alle obbligazioni da esso scaturite, allorché ha richiamato *«utilizzando il participio passato le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico»* all'ausiliata al fine dell'integrazione del requisito di partecipazione di cui essa è sprovvista.

Di conseguenza, il contestato punto 2.bis) del contratto di avvalimento deve essere inteso nel senso che l'apporto dei requisiti prestati assumerà concreta rilevanza nel momento in cui l'aggiudicataria, in fase esecutiva, avrà affidato le relative lavorazioni a un'impresa terza, diversa dall'ausiliaria, per mezzo di subappalto c.d. necessario. D'altronde, (omissis), nell'istanza di partecipazione, ha per l'appunto specificato di voler ricorrere a quest'ultimo istituto con riguardo alle lavorazioni ricomprese nelle categorie scorporabili, compresa dunque la categoria OS22, concernente gli interventi di cui alla lettera B.2 del *«Dettaglio requisiti»*.

Sicché, da un lato, deve escludersi che il prestito del requisito di partecipazione da parte di (*omissis*) sia sospensivamente condizionato alla stipula di un successivo contratto di subappalto tra le stesse parti. Di contro, esso integra un avvalimento la cui efficacia inizia a decorrere dal momento della conclusione del relativo contratto, con termine finale coincidente con l'adempimento definitivo dell'appalto al quale accede.

Dall'altro lato, deve negarsi che il medesimo prestito del requisito sia necessariamente destinato a tramutarsi, attraverso la stipula di un subappalto tra l'ausiliata e l'ausiliaria, in un'obbligazione di *facere* relativa a interventi richiedenti una specifica qualificazione, non posseduta da (*omissis*). A ben vedere, la pattuizione assume i caratteri di un avvalimento di garanzia e non operativo, con specifico riferimento al requisito di ordine speciale afferente al fatturato realizzato nell'ultimo quinquennio per lavori di natura analoga a quelli oggetto dell'affidamento.

Sotto questo profilo, merita di essere sottolineato che nel solco delle difese avanzate dall'Amministrazione resistente che il requisito in discussione, in quanto ancorato ad un dato verificatosi nel passato (vale a dire ai lavori analoghi realizzati nell'ultimo quinquennio) e non al possesso di specifiche professionalità o mezzi tecnici da impiegare nell'esecuzione dell'appalto, non implica alcuno sviluppo in fase esecutiva in cui debba necessariamente trovare spazio l'esecuzione di lavori, in subappalto, da parte dell'ausiliaria, bensì mira a ottenere la garanzia che il contratto venga affidato a un concorrente che presenti sufficiente solidità sotto il profilo tecnico, al fine di assicurare la buona riuscita dei lavori messi in gara.

Sul punto, è condivisibile l'indirizzo giurisprudenziale valorizzato in giudizio sempre da (*omissis*), per il quale quando viene in rilievo *un requisito rivolto al passato e prescritto al fine di garantire che il contratto fosse stipulato con un'impresa avente solidità nel mercato*, esso debba intendersi come *un requisito assimilabile a quelli di capacità economica e finanziaria dei candidati ad una gara d'appalto, per i quali la giurisprudenza ammette pacificamente il ricorso all'avvalimento in garanzia. In questo caso l'impresa ausiliaria si fa garante, con la sua solidità economica o, come nel caso di specie, tecnica in termini di posizionamento sul mercato, dello spessore richiesto dalla stazione appaltante all'impresa candidata ad eseguire il contratto in gara* (cfr. T.A.R. Toscana, Sez. II, 19 dicembre 2022, n. 1463).

D'altronde, l'esecuzione diretta dei lavori da parte dell'impresa che presta il requisito di partecipazione in forza di un successivo subappalto è consentita dall'art. 89, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016, secondo cui *l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati*. È una mera facoltà rimessa al concorrente nel corso della fase esecutiva. Facoltà che (*omissis*) alla luce del contratto di avvalimento non risulta essersi impegnata in anticipo a esercitare nei confronti di (*omissis*).

10. Il secondo motivo del ricorso principale Ã" parimenti infondato.

Come sopra ricordato, attraverso di esso (*omissis*) contesta la nullitÃ e comunque lâ"inefficacia del contratto di avvalimento stipulato tra lâ"aggiudicataria e (*omissis*) per quattro diverse ragioni: tutte, invero, non meritevoli di condivisione.

10.1. Con riguardo, innanzitutto, alla circostanza per cui il prestito del requisito di partecipazione â"sarebbe illegittimamente condizionato alla successiva stipula di un contratto di subappalto, necessario per la sua attivazioneâ", Ã" sufficiente rinviare a quanto sopra esposto al fine di dimostrare lâ"infondatezza della prima doglianza avanzata da (*omissis*).

Basti qui sottolineare che il punto 2) del contratto stabilisce che lâ"avvalimento Ã" efficace sin dal momento di conclusione dellâ"accordo, senza subordinarne il momento produttivo degli effetti alla stipula di un successivo subappalto.

10.2. In relazione, invece, al presunta nullitÃ del contratto di avvalimento per mancanza di causa in concreto, in quanto â"privo di corrispettivo e/o comunque di un interesse economicamente rilevante alla stipula da parte dellâ"ausiliariaâ", Ã" opportuno specificare che il punto 7) del contratto prescrive che â"lâ"impresa ausiliata, solo in caso di aggiudicazione, riconosce allâ"impresa ausiliaria un compenso onnicomprensivo pari allâ"1% (uno per cento) della quota concessa con lâ"avvalimento relativamente alle opere di propria competenzaâ".

Nondimeno, la ricorrente sostiene che tale compenso sia, di fatto, inesistente in quanto parametrato su una quota di esecuzione dellâ"appalto, rimessa allâ"impresa ausiliaria, non specificata nello stesso contratto. Inoltre, la gratuitÃ del prestito del requisito emergerebbe anche dal fatto che (*omissis*), priva di qualificazione S.O.A. per tutte le categorie di lavori oggetto dellâ"affidamento, non possa in ogni caso svolgere â"opere di propria competenzaâ".

Al fine di confutare la prospettazione della ricorrente, Ã" necessario evidenziare che il contratto di avvalimento non richiede, come requisito di validitÃ, lâ"indicazione esatta del corrispettivo sin dal momento genetico della stipulazione: tale corrispettivo, infatti, puÃ² essere definito successivamente dalle stesse parti, mediante un patto annesso al contratto principale, oppure puÃ² essere determinato in virtÃ dei criteri legali di integrazione del contenuto contrattuale, stabiliti dallâ"art. 1657 cod. civ. con riguardo allâ"appalto e applicabili in via analogica anche allâ"avvalimento, stante la dipendenza funzionale che avvince il secondo contratto al primo.

In merito, questa Sezione ha giÃ avuto modo di chiarire, in una recente pronuncia, che â"«con riferimento al contratto di avvalimento ricorre lâ"esigenza di ancorare la determinazione del corrispettivo allâ"effettiva entitÃ della prestazione resa dallâ"impresa ausiliaria, quale potrÃ delinearsi solo allâ"esito, o comunque nel corso, dellâ"esecuzione dellâ"appalto, alla luce delle specifiche esigenze di â"soccorsoâ" manifestate dallâ"impresa ausiliata ovvero della concreta attivitÃ sostitutiva posta in essere da quella ausiliaria. Lâ"eventuale lacuna derivante

dalla mancata espressa determinazione del (così inteso) corrispettivo può essere colmata in forza della norma suppletiva, analogicamente applicabile, di cui all'art. 1657 c.c., concernente il contratto di appalto, a mente della quale «se le parti non hanno determinato la misura del corrispettivo non hanno stabilito il modo di determinarla, essa è calcolata con riferimento alle tariffe esistenti o agli usi; in mancanza, è determinata dal giudice» (Cons. St., Sez. III, n. 6655 del 2021). Alla stregua di tale principio, osserva il Collegio che la lamentata carenza di onerosità testuale del contratto di avvalimento non legittima affatto a ritenere che esso sia privo del carattere della onerosità, ben potendosi ritenere che la lacuna sia suscettibile di integrazione successiva per volontà delle parti, specie nell'ambito dei negozi attuativi volti a regolare l'esecuzione del contratto di avvalimento, o comunque ai sensi del richiamato art. 1657 c.c. (cfr. sentenza n. 328 del 10 marzo 2023).

Ad ogni modo, la censura avanzata da (omissis) è priva di fondamento poiché il punto 7) del contratto di avvalimento qui contestato prevede espressamente, e in modo determinato, il compenso da riconoscere all'impresa ausiliaria, in misura pari all'1% (uno per cento) della quota concessa con avvalimento relativamente alle opere di propria competenza: vale a dire in una quota percentuale del valore complessivo dei lavori analoghi, svolti nell'ultimo quinquennio, prestati dall'ausiliaria alla concorrente al fine di dimostrare il requisito tecnico e professionale della lettera B.2 del «Dettaglio requisiti».

10.3. La ricorrente contesta, poi, «una illegittima limitazione della responsabilità solidale dell'ausiliaria nei confronti della stazione appaltante». Ciò in quanto il punto 3) del contratto di avvalimento «specificando che l'Impresa ausiliaria assume con il presente contratto la responsabilità solidale con l'Impresa ausiliata nei confronti di (omissis) S.c.a r.l., relativamente alla parte dei lavori che riguardano le attività svolte dalla ditta ausiliaria» circoscriverebbe la responsabilità di (omissis) alle sole lavorazioni ad essa successivamente affidate in subappalto, in violazione dell'art. 89, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016.

A ben vedere, l'interpretazione offerta da (omissis) alla clausola contrattuale sopra riportata risulta condizionata dalla supposizione «invero infondata» per cui il contratto di avvalimento abbisogni, per acquisire efficacia, di confluire in un contratto di subappalto. Tuttavia, una volta considerata (omissis) come semplice impresa ausiliaria «unica qualità», come visto, che sia dato desumere dai documenti di gara, detta clausola risulta assumere un significato coerente con la responsabilità solidale, in capo alla stessa società, prescritta dalla normativa primaria in relazione al complesso delle prestazioni oggetto del contratto di appalto.

Infatti, le parti hanno inteso chiarire nel contratto come la responsabilità dell'ausiliaria tragga origine dal requisito esperienziale prestato, consistente nei lavori analoghi dalla stessa realizzati nell'ultimo quinquennio. Siccome detto requisito concerne un dato del passato ed è volto, come visto, ad assicurare la stazione appaltante sulla buona riuscita dei lavori messi in gara, ne consegue che la responsabilità sorta in virtù di questa esperienza professionale pregressa si

estenda al complesso delle lavorazioni messe in gara.

Del resto, che sia proprio questo il significato da attribuire al punto 3) del contratto di avvalimento risulta dalla dichiarazione di impegno resa dall'impresa ausiliaria nei confronti della stazione appaltante, l'Ã dove (omissis) ha dichiarato *di obbligarsi verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse e i mezzi necessari di cui Ã carente il concorrente stesso*.¹ Trattasi di una promessa unilaterale volta ad assicurare l'Amministrazione circa l'adempimento delle obbligazioni derivanti dal contratto di prestito del requisito di partecipazione: pertanto, dato che il possesso di detto requisito ha permesso a (omissis) di aggiudicarsi l'appalto, deve necessariamente concludersi che l'assunzione di responsabilitÃ da parte dell'ausiliaria riguardi tutte le prestazioni oggetto dell'affidamento.

10.4. Risulta, infine, priva di pregio la doglianza per la quale il contratto di avvalimento sarebbe *nullo per indeterminatezza dell'oggetto del contratto, con particolare riferimento al requisito di capacitÃ tecnica e professionale fornito dall'ausiliaria*.²

Nello specifico, la ricorrente sostiene che *l'ausiliaria avrebbe dovuto determinare in modo specifico, all'interno delle previsioni contrattuali, la consistenza del requisito del fatturato messo a disposizione dell'ausiliata (e non solo le risorse a supporto del prestito), non potendosi limitare a richiamare pedissequamente la previsione del punto B.2. dell'Allegato al Disciplinare*.³

Giova ricordare, a tal proposito, che nel contestato contratto (omissis) ha dapprima attestato di disporre del requisito obbligatorio di cui Ã carente l'impresa ausiliata, prescritto dalla summenzionata lettera B.2; dipoi, ha precisato che *il possesso del suddetto requisito risulta da quanto dichiarato dalla ditta ausiliaria nel modello «Modulo dichiarazione requisiti tecnici»*.⁴

Per mezzo di questa disposizione, le parti hanno inteso rinviare a un documento esterno al contratto, da loro pienamente conosciuto, onde specificare il contenuto dell'accordo: documento che, proprio in forza di questo rinvio, Ã divenuto a tutti gli effetti parte del regolamento contrattuale. Come noto, infatti, le parti di un negozio formale possono rinviare, per la determinazione di una porzione del contenuto di esso, a dichiarazioni dotate di un livello di forma non inferiore a quello richiesto per il negozio che stipulano, col risultato che la volontÃ espressa nel documento richiamato si deve reputare come espressa e ripetuta integralmente nel negozio, anche se in esso non riprodotta materialmente.

In merito, la Corte di cassazione ha in piÃ¹ occasioni osservato *che, anche nei negozi formali, Ã possibile rinviare, per la completa determinazione del contenuto del contratto, a fonti esterne rispetto al regolamento negoziale, purchÃ permanga una coerenza tra il grado di formalismo interno, rispettato dal documento rinviante, e il grado di formalismo dello strumento di*

accertamento richiamato con riguardo a un dato integrativo esterno. Il contenuto ulteriore del contratto, rispetto a quello minimo essenziale, può dunque essere fissato con riguardo ad una fonte esterna, realizzandosi in tal modo una integrazione originaria, ab extra, del contenuto del contratto stesso, a condizione che le parti abbiano previamente individuato i criteri di operatività del rinvio e di integrazione ab extra del contenuto essenziale del contratto» (cfr. Sez. II, 27 marzo 2023, n. 8574; Sez. VI, 30 marzo 2011, n. 7197)

Il richiamo, nel caso di specie, deve intendersi riferito alla «Dichiarazione dei requisiti di capacità tecnica e professionale» prodotta in gara dalla concorrente, ove «per appunto riportato, in modo dettagliato, l'elenco dei contratti analoghi da cui l'ausiliaria ha ricavato il fatturato richiesto per l'integrazione del requisito di partecipazione in esame.

11. Infine, anche il terzo motivo del ricorso principale risulta infondato.

Nella ricostruzione della ricorrente, l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa in forza dell'anomalia della sua offerta, in quanto avrebbe tralasciato di indicare, nell'ambito della miglioria proposta, la previsione dei costi relativi alla demolizione delle coperture esistenti. Costi che sarebbero stati aggiunti soltanto in occasione del subprocedimento di verifica dell'adeguatezza dell'offerta, con una illegittima modifica sostanziale di quest'ultima.

È opportuno rilevare, a tal fine, che la società (omissis) in risposta alla richiesta di chiarimenti del R.U.P., trasmessa con nota prot. n. 11998 del 17 maggio 2023 ha presentato, in data 1 giugno 2023, una «Relazione tecnica esplicativa», correlata dall'«Analisi del prezzo NV.1-bis» e dall'«Offerta (omissis) del 20/02/2023 nr. 1633/23».

Proprio sulla scorta di tali giustificazioni, «in data 09/06/2023 il R.U.P. ha giudicato l'offerta congrua, sostenibile e realizzabile», come riportato nel provvedimento di aggiudicazione qui impugnato: giudizio, questo, ora contestato da (omissis).

Sul punto, è necessario evidenziare che, per il costante orientamento giurisprudenziale, «la valutazione di anomalia dell'offerta costituisce tipica espressione della discrezionalità tecnica di cui l'Amministrazione titolare per il conseguimento e la cura dell'interesse pubblico ad essa affidato dalla legge: detta valutazione di norma sottratta al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non sia manifestamente inficiata da irragionevolezza, irrazionalità, illogicità, arbitrarietà o travisamento dei fatti; in altri termini, il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni operate dalla stazione appaltante in ordine al giudizio di anomalia dell'offerta non può estendersi oltre l'apprezzamento della loro intrinseca logicità e ragionevolezza, nonché della congruità della relativa istruttoria, essendo preclusa all'organo giurisdizionale la possibilità di svolgere (autonomamente o a mezzo di consulenti tecnici) un'autonoma verifica circa la sussistenza, o meno, dell'anomalia, trattandosi di questione riservata all'esclusiva discrezionalità tecnica dell'Amministrazione» (cfr., ex plurimis, Cons. Stato, Sez. V, 1 marzo 2023, n. 2170).

Nel caso qui controverso, la valutazione di (*omissis*) sulla congruit  e sostenibilit  dell'offerta non risulta inficiata da errori o palesi illogicit , stante l'esautiva documentazione presentata da (*omissis*) al fine di giustificare l'attendibilit  della specifica voce di costo concernente la migliorata proposta.

Ivi, (*omissis*) ha provveduto a scomporre il costo complessivo della sostituzione delle travature primarie: a tal scopo, ha distinto il costo per la progettazione, fornitura e posa delle nuove coperture da quello per la demolizione e lo smaltimento di quelle esistenti, giustificando il primo con il richiamo a un preventivo che aveva ricevuto   in data 20 febbraio 2023, ossia prima della scadenza del termine di partecipazione alla gara   da (*omissis*), nella sua qualit  di operatore economico nel mercato di riferimento.

Si tratta, quindi, di un preventivo che non implica necessariamente   come invece supposto dalla ricorrente   l'affidamento in subappalto della relativa lavorazione all'impresa ausiliaria, ma che costituisce, nell'ambito del subprocedimento qui in discussione, un elemento giustificativo dell'offerta, volto a chiarirne la formulazione in base ai costi di mercato.

Pi ¹ nel dettaglio, l'odierna controinteressata   nell'analisi del prezzo NV.1-bis , costituente parte integrante delle proprie giustificazioni   ha disaggregato il costo della manodopera preventivata per la demolizione delle coperture esistenti, risultato pari a 25.354,80 euro, aggregando la restante parte alla voce  materiali , ora comprendente quindi non solo la fornitura, ma anche la posa in opera delle tre nuove coperture di alluminio.

Di conseguenza, l'importo della manodopera   variato al ribasso nell'analisi del prezzo da ultimo presentata rispetto alla corrispondente analisi dimessa in sede di gara, in quanto, per   appunto, la quota parte di manodopera dovuta all'installazione delle nuove coperture   stata inclusa nella voce  materiali , cio  nel costo complessivo della fornitura e posa in opera delle coperture di alluminio, la quale per   effetto   aumentata.

Del resto, il limitato costo della manodopera per le attivit  di cantiere risulta ragionevole se si considerano i chiarimenti resi dall'aggiudicataria nella  Relazione tecnica esplicativa , l  dove ha evidenziato di aver  perseguito l'economia del procedimento di costruzione e del processo di fabbricazione prevedendo per quanto tecnicamente possibile apparecchiature montate/preassemblate/cablate direttamente presso lo stabilimento di costruzione. La manodopera in sito   limitata perci ² alla sola posa delle apparecchiature. Pertanto vengono praticamente ridotte al minimo le  attivit  di costruzione  presso il cantiere .

In conclusione, alla luce delle giustificazioni fornite da (*omissis*), deve ritenersi che la nuova formulazione dell'analisi dei prezzi della migliorata proposta, con la messa in evidenza del costo per la demolizione e lo smaltimento delle travature esistenti, non costituisca una modifica sostanziale dell'originaria offerta   il cui costo complessivo, con riferimento allo specifico intervento in esame, rimane invariato  , bens  una sua specificazione.

Inoltre, deve essere rilevato che l'odierna controinteressata ha indicato un utile derivante dalla commessa pari al 10%, ammontante dunque a 295.190,37 euro: un importo che sarebbe sufficiente a compensare, senza una erosione esiziale del guadagno dell'impresa, l'asserita mancata considerazione nell'offerta del costo complessivo di euro 149.285,50, dato dai metri cubi di rimozione della travatura principale (mc 50) per il prezzo unitario (euro 2.985,71), che la stessa controinteressata ha indicato per la rimozione delle travature secondarie.

11.1. Infine, è infondata la doglianza concernente la presunta assenza di un provvedimento espresso volto a esplicitare le ragioni sottese al giudizio sull'adeguatezza dell'offerta.

A tal riguardo, è sufficiente osservare che *in materia di anomalia sussiste un analitico e puntuale obbligo di motivazione solo nel caso in cui l'Amministrazione esprima un giudizio negativo sulle giustificazioni, mentre tale onere non sussiste in caso di esito positivo del giudizio di congruità dell'offerta essendo sufficiente in tal caso motivare il provvedimento per relationem alle giustificazioni presentate dal concorrente, sempre che esse non siano manifestamente illogiche* (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. III, 18 gennaio 2021, n. 544; T.A.R. Piemonte, Sez. II, 8 giugno 2023, n. 543).

Come risulta dal provvedimento di aggiudicazione qui gravato, l'Amministrazione ha ritenuto di condividere le ragioni addotte dall'impresa a giustificazione della propria offerta, le quali per quanto sopra esposto devono considerarsi immuni da censure di manifesta illogicità o irragionevolezza, sicché è legittimo il giudizio favorevole di non anomalia dell'offerta espresso semplicemente attraverso il rinvio alle stesse spiegazioni presentate dalla concorrente.

12. Cos'è definito il merito del ricorso principale, deve ritenersi inammissibile l'istanza istruttoria avanzata da (omissis) nelle conclusioni del proprio gravame, finalizzata ad ottenere copia del parere legale assunto a fondamento della scelta del seggio di gara di cui al verbale del 4 maggio 2023.

Detto parere, in specie, è stato richiesto dal Seggio di gara allo scopo di valutare la sussistenza di un eventuale motivo di esclusione nei confronti della società (omissis) per aver indicato quale propria ausiliaria un'impresa priva di alcuna qualificazione S.O.A.: in sostanza, la questione giuridica ivi esaminata è sovrapponibile, almeno in parte, al primo motivo di ricorso proposto, in questa sede, da (omissis).

L'istanza istruttoria ha ad oggetto un atto sottratto all'accesso difensivo, come espressamente disposto dall'art. 53, comma 5, lett. b), del d.lgs. n. 50 del 2016, il quale per appunto esclude il diritto all'ostensione in relazione ai pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del presente codice, per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici. Disposizione, questa, riprodotta anche nell'art. 35, comma 4, del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36: il che ne rafforza il carattere di limite generale al diritto di accesso.

Difatti se, di regola, l'interesse alla difesa in giudizio delle proprie situazioni giuridiche soggettive in capo a ciascun partecipante alla procedura selettiva prevale sull'interesse alla riservatezza della documentazione di gara e delle offerte degli altri concorrenti, in quanto preordinato all'esercizio dell'inviolabile diritto di difesa ex art. 24 Cost., esso invece si arresta di fronte all'identico interesse difensivo della stazione appaltante: i principi di effettività della tutela giurisdizionale e di parità delle armi in giudizio implicano che i due identici interessi difensivi ricevano equa tutela, sicché il loro bilanciamento si risolve nell'equilibrio tra le due istanze (da una parte, quella all'ostensione; dall'altra, quella alla segretezza), senza che l'una prevalga sull'altra.

13. In definitiva, il ricorso principale deve essere respinto nel senso precisato in motivazione.

13.1. La reiezione del ricorso comporta il conseguente rigetto della domanda formulata ai sensi degli artt. 30 e 124 cod. proc. amm. al risarcimento dei danni in forma equivalente.

14. Il ricorso incidentale va invece dichiarato improcedibile ai sensi dell'art. 35, comma 1, lett. c), cod. proc. amm.. È infatti evidente che l'interesse sotteso alla proposizione del gravame incidentale, volto a contestare la mancata esclusione dalla gara della ricorrente principale, viene inevitabilmente meno qualora come nel caso di specie l'impugnativa da quest'ultima proposta sia respinta, dal momento che, in tal modo, la società aggiudicataria conserva il bene della vita ottenuto in esito alla procedura selettiva.

15. Sussistono giusti motivi per compensare le spese del giudizio, tenuto conto della particolarità delle questioni oggetto della controversia.

In special modo, è ragionevole ritenere che la non immediata intellegibilità del punto 2.bis) del contratto di avvalimento tra (omissis) e (omissis) abbia indotto in errore (omissis) sulla necessità del ricorso a un successivo contratto di subappalto tra le stesse parti al fine di rendere effettivo il prestito del requisito di cui alla lettera B.2 del *Dettaglio requisiti*.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

• respinge il ricorso principale;

• dichiara improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse il ricorso incidentale, ai sensi dell'art. 35, comma 1, lett. c), cod. proc. amm..

Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 11 ottobre 2023 con l'intervento dei magistrati:

(omissis), Presidente

(omissis), Primo Referendario

(omissis), Referendario, Estensore

Campi meta

Massima : *Il contratto di avvalimento non richiede, come requisito di validità, l'indicazione esatta del corrispettivo sin dal momento genetico della stipulazione: tale corrispettivo, infatti, può essere definito successivamente dalle stesse parti, mediante un patto annesso al contratto principale, oppure può essere determinato in virtù dei criteri legali di integrazione del contenuto contrattuale, stabiliti dall'art. 1657 cod. civ. con riguardo all'appalto e applicabili in via analogica anche all'avvalimento, stante la dipendenza funzionale che avvince il secondo contratto al primo.*

Supporto Alla Lettura :

AVVALIMENTO

Con avvalimento (**disciplinato dall' art. 104 d.lgs. 36/2023**) si intende il contratto, da redigere in forma scritta a pena nullità, normalmente oneroso, tramite cui un determinato operatore economico, sprovvisto dei requisiti tecnici, economici o finanziari, può prendere comunque parte alla procedura di gara tramite il prestatore degli stessi da parte di altro operatore (impresa ausiliaria) che invece siffatti requisiti possiede. L'istituto dell'avvalimento realizza il principio di massima partecipazione alla gara, impedendo l'esclusione di un operatore privo dei requisiti prescritti nella *lex specialis*. Sul piano strutturale, l'avvalimento si concreta nella messa a disposizione, a favore dell'impresa ausiliata, da parte dell'impresa ausiliaria, dei requisiti di carattere economico finanziario e tecnico organizzativo, necessari per la valida partecipazione ad una procedura di affidamento di un contratto di appalto o di concessione, o per l'ottenimento dell'attestazione di qualificazione. Messa a disposizione che, almeno di regola, ha luogo in cambio di un corrispettivo in denaro o di altra utilità di natura patrimoniale.