

N. 00092/2016 REG.PROV.COLL.

N. 01500/2015 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1500 del 2015, proposto da:
C.P.M. Gestioni Termiche S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dagli avv.ti Fabio Orlando, Alessandro Lucchetti ed Elena
Daniele, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Firenze, Via Lorenzo il
Magnifico 83;

contro

Comune di Bibbiena, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso
dall'avv. Lorian Maccari, presso il cui studio è elettivamente domiciliato in
Firenze, Via Fiume 11;

nei confronti di

Enel Sole S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e
difesa dall'avv. Stefano Grassi, presso il cui studio è elettivamente domiciliata in
Firenze, Via G. La Pira 21;

per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia,

dell'aggiudicazione definitiva dell'appalto relativo al servizio di gestione e manutenzione degli impianti di pubblica illuminazione del Comune di Bibbiena, disposta con determinazione n. 776 del 12 agosto 2015.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Bibbiena e della controinteressata Enel Sole S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 dicembre 2015 il dott. Pierpaolo Grauso e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La C.P.M. Gestioni Termiche S.r.l. (di seguito, C.P.M.) ha partecipato alla gara indetta dal Comune di Bibbiena, nel maggio del 2014, per l'affidamento del servizio di pubblica illuminazione, comprensivo della gestione, manutenzione ed efficientamento degli impianti.

Con determinazione del 30 marzo 2015, l'appalto è stato inizialmente aggiudicato alla concorrente CPL Concordia, incorsa tuttavia, a seguito di interdittiva antimafia proveniente dalla Prefettura di Modena, nella revoca dell'aggiudicazione disposta dalla stazione appaltante con determinazione del 17 giugno 2015, recante altresì lo scorrimento della graduatoria a vantaggio della seconda classificata Enel Sole S.r.l.. L'ulteriore determinazione comunale del 12 agosto 2015 ha conferito definitiva efficacia all'aggiudicazione.

1.1. Con ricorso notificato l'11 e depositato il 24 settembre 2015, la predetta società C.P.M., seconda classificata all'esito dello scorrimento della graduatoria, impugna l'aggiudicazione definitiva della gara in questione e ne chiede l'annullamento sulla scorta di tre motivi in diritto, proposti in via gradata. L'assunto di fondo dell'impugnativa è costituito dalla asserita carenza, in capo all'aggiudicataria, del requisito della certificazione etica SA8000, indefettibilmente richiesta dalla legge di gara.

1.2. Costituitisi in giudizio il Comune di Bibbiena e la controinteressata Enel Sole S.r.l., con ordinanza del 7 ottobre 2015 il collegio ha accolto, ai fini della celere trattazione del merito, la domanda cautelare formulata dalla ricorrente con lo stesso atto introduttivo del giudizio. La causa è stata pertanto discussa e trattenuta per la decisione nella pubblica udienza del 10 dicembre 2015.

2. L'amministrazione resistente e la controinteressata eccepiscono, sin dalla loro costituzione, la tardività del gravame, sostenendo che il provvedimento di aggiudicazione definitiva dell'appalto dovrebbe identificarsi con la determinazione del 17 giugno 2015, comunicata il 19 giugno e recante la revoca della precedente aggiudicazione e lo scorrimento della graduatoria, mentre la determinazione del 12 agosto 2015, rispetto alla quale il ricorso sarebbe tempestivo, non avrebbe avuto altro scopo, se non quello di attestare l'avvenuta prova del possesso dei requisiti autodichiarati dall'aggiudicataria e di consolidare, così, l'efficacia dell'aggiudicazione.

L'eccezione è stata ribadita con vigore nelle memorie difensive depositate in vista dell'udienza di merito, alla luce dell'ordinanza cautelare con cui il collegio, avuto riguardo al contenuto delle comunicazioni intervenute dopo l'aggiudicazione in favore di Enel Sole S.r.l. fra la società ricorrente e il Comune di Bibbiena, aveva adombrato la possibilità di fare luogo alla rimessione in termini di C.P.M. ai sensi dell'art. 37 c.p.a.. Deducono, infatti, le difese resistenti che una lettura analitica e

oggettiva della nota di comunicazione inviata il 19 giugno 2015 alla ricorrente rivelerebbe inequivocabilmente la natura di aggiudicazione definitiva del provvedimento adottato il 17 giugno: in questo senso militerebbero sia il riferimento testuale ai commi 5, 5-*bis*, 5-*ter* e 5-*quater* dell'art. 79 D.Lgs. n. 163/2006, sia la trasmissione del provvedimento in allegato alla nota, sia l'avviso della possibilità di esercitare l'accesso nel termine di dieci giorni dalla comunicazione, ovvero di ricorrere al T.A.R. Toscana nel termine di cui all'art. 120 co. 5 D.Lgs. n. 104/2010, sia, ancora, l'avviso inerente la sospensione dell'efficacia dell'aggiudicazione nelle more delle verifiche circa l'effettivo possesso dei requisiti dichiarati dall'aggiudicataria, ai sensi dell'art. 11 co. 8 D.Lgs. n. 163/2006, cit..

Replica la società ricorrente che il carattere provvisorio dell'aggiudicazione disposta il 17 giugno 2015 sarebbe stato affermato dalla stessa stazione appaltante, la quale, nel rispondere a una richiesta di chiarimenti proveniente proprio da C.P.M., avrebbe così qualificato il proprio atto. La tesi è contestata dalle controparti, le quali affermano come, al contrario, la nota invocata dalla ricorrente confermerebbe proprio la definitività dell'aggiudicazione, ancorché condizionata alla positiva verifica delle dichiarazioni rese da Enel Sole in sede di gara.

2.1. L'eccezione è infondata.

2.1.1. La determinazione del 17 giugno 2015, mediante la quale il Comune di Bibbiena ha disposto lo scorrimento della graduatoria della gara per l'esternalizzazione del servizio di illuminazione pubblica, contiene anche la nuova aggiudicazione in favore della seconda classificata Enel Sole. Il provvedimento, peraltro, nel mentre viene espressamente sottoposto alla condizione di efficacia che l'art. 11 co. 8 del D.Lgs. n. 163/2006 riserva all'aggiudicazione definitiva, allo stesso tempo dà corso alla verifica di congruità dell'offerta ai sensi dell'art. 86 co. 2 del medesimo D.Lgs. n. 163/2006; ed è noto che tale adempimento, nella fisiologica scansione delle fasi di gara, riguarda invece l'aggiudicazione provvisoria,

come inequivocabilmente si ricava dalla previsione di cui al settimo comma, ultimo periodo, dell'art. 88 D.Lgs. n. 163/2006, in forza del quale "All'esito del procedimento di verifica la stazione appaltante dichiara le eventuali esclusioni di ciascuna offerta che, in base all'esame degli elementi forniti, risulta, nel suo complesso, inaffidabile, e procede, nel rispetto delle disposizioni di cui agli articoli 11 e 12, all'aggiudicazione definitiva in favore della migliore offerta non anomala".

La predetta determinazione del 17 giugno 2015 è stata trasmessa all'odierna ricorrente il 19 giugno, in allegato a comunicazione dichiaratamente eseguita a norma dell'art. 79 co. 5 lett. a) del D.Lgs. n. 163/2006, norma relativa all'aggiudicazione definitiva, alla quale appaiono parimenti riferibili l'avviso inerente la possibilità di esercitare l'accesso agli atti del procedimento e l'indicazione delle relative modalità e l'avvertenza in ordine alla sottomissione dell'efficacia dell'aggiudicazione al positivo esito delle verifiche disciplinate dall'art. 11 co. 8 D.Lgs. n. 163/2006. Nella comunicazione, tuttavia, si legge anche che "L'appalto risulta provvisoriamente aggiudicato [...]", affermazione coerente con la non ancora conclusa verifica di congruità dell'offerta, mentre non è da ritenersi decisivo, con riguardo alla natura dell'aggiudicazione, l'avvertimento circa la devoluzione al T.A.R. Toscana di tutte le controversie originate dalla procedura (anche l'aggiudicazione provvisoria è pacificamente suscettibile di impugnazione).

Ancora una volta, nell'operato della stazione appaltante si registra dunque una sovrapposizione di profili, che riflette del resto la commistione di contenuti dispositivi presenti nel provvedimento oggetto della comunicazione. Sovrapposizione e commistione che ritornano nella successiva nota del 15 luglio 2015, con la quale il Comune ha voluto "meglio precisare" la propria precedente comunicazione del 19 giugno, da intendersi "come comunicazione di aggiudicazione provvisoria, in attesa di conoscere l'esito delle verifiche sul possesso di tutti i requisiti giuridici e di affidabilità morale richiesti per la

successiva stipula del contratto”: se è vero che la verifica circa il possesso dei requisiti rappresenta la condizione legale di efficacia dell’aggiudicazione definitiva, resta il fatto che la contestuale verifica di congruità dell’offerta attiene a una fase procedimentale logicamente (e giuridicamente) antecedente, essendo evidente che – pur a fronte dell’acclarato possesso dei requisiti dichiarati in sede di partecipazione alla gara – l’eventuale giudizio di non congruità dell’offerta di Enel Sole avrebbe comportato il regresso del procedimento allo stadio dell’aggiudicazione provvisoria, e non di quella definitiva.

Infine, la determinazione del 12 agosto 2015, qui impugnata in via principale, conferisce efficacia all’aggiudicazione disposta in favore della controinteressata, dando conto del positivo esito della verifica condotta sul possesso, da parte dell’aggiudicataria, dei requisiti richiesti per la partecipazione alla gara e la stipula del contratto. Che non si tratti di una semplice attestazione dell’avvenuto avveramento di una condizione di efficacia di una preesistente aggiudicazione definitiva lo si ricava, però, dal giudizio di congruità dell’offerta di Enel Sole contenuto nella stessa determinazione: ai sensi dell’art. 88 co. 7 D.Lgs. n. 163/2006, cit., è solo in presenza di tale giudizio che può parlarsi di definitività dell’aggiudicazione, di modo che, a ben vedere, la determinazione del 12 agosto finisce per racchiudere in sé sia l’aggiudicazione definitiva, sia la sua verifica di efficacia a norma dell’art. 11 co. 8 D.Lgs. n. 163/2006.

2.1.2. In altri termini, non è tanto l’autoqualificazione presente nelle comunicazioni del 19 giugno e del 15 luglio, quanto il contenuto sostanziale delle determinazioni assunte dal Comune a dimostrare il carattere provvisorio dell’aggiudicazione disposta il 17 giugno, non potendosi parlare di aggiudicazione definitiva in pendenza della verifica di congruità dell’offerta, che non rappresenta una mera condizione di efficacia, bensì il presupposto di legge affinché la stazione appaltante possa procedere dall’aggiudicazione provvisoria alla definitiva. Questa, nella specie,

non può pertanto dirsi perfezionata prima del 12 agosto, data dalla quale va pertanto fatto decorrere il termine per l'impugnazione.

In ogni caso, le rilevate ambivalenze contenutistiche degli atti e provvedimenti esaminati si traducono in altrettanti profili di perplessità dell'azione amministrativa, tali da giustificare appieno la concessione del beneficio disciplinato dall'art. 37 c.p.a., che, stando al costante insegnamento della giurisprudenza, ben può essere concesso laddove sia lo stesso comportamento ambiguo dell'amministrazione a ingenerare una obiettiva situazione di incertezza, non superabile dalla parte interessata con l'uso dell'ordinaria diligenza (da ultimo, e per tutte, cfr. Cons. Stato, sez. III, 21 ottobre 2015, n. 4808; id., sez. V, 28 luglio 2015, n. 3710; id., sez. V, 18 giugno 2015, n. 3118).

Né può sostenersi che, trattandosi di un operatore economico professionale ed esperto di appalti pubblici, C.P.M. avrebbe potuto e dovuto avvedersi della presunta definitività dell'aggiudicazione disposto con la determinazione del 19 giugno. Anche a voler ipotizzare che si sia trattato di un'aggiudicazione già definitiva, il che è da escludere per le ragioni che si sono esposte, è proprio il contenuto non univoco di quella determinazione a rendere del tutto plausibili, agli occhi di un diligente operatore professionale d'impresa (la cui conoscenza delle regole giuridiche non può essere parametrata alla perizia dell'operatore professionale del diritto), i chiarimenti forniti dal Comune circa la provvisorietà dell'aggiudicazione e a legittimare il conseguente affidamento.

3. Le difese resistenti insistono, altresì, nell'eccezione di inammissibilità del gravame per mancata impugnativa della prima aggiudicazione in favore di CPL Concordia e della sottostante graduatoria, formata sul presupposto della regolare partecipazione alla gara di Enel Sole, con particolare riguardo al contratto di avvalimento da essa stipulato per munirsi del requisito della c.d. certificazione etica.

Sul punto basti osservare che l'odierna ricorrente, allora terza graduata, non avrebbe tratto alcun vantaggio da un'eventuale esclusione di Enel Sole dalla procedura e che l'interesse all'esclusione è sorto unicamente a seguito dello scorrimento della graduatoria in favore della controinteressata (in precedenza, si sarebbe trattato di un interesse solo eventuale e perciò inidoneo a legittimare la proposizione dell'azione).

4. Nel merito, con il primo motivo di ricorso C.P.M. sostiene che la commissione di gara avrebbe errato nel reputare ammissibile la partecipazione alla procedura della controinteressata, in virtù del contratto di avvalimento da questa stipulata con la Eredi Paci Gerardo S.r.l. e avente ad oggetto il requisito della certificazione SA8000. Ad avviso della ricorrente, il requisito non sarebbe suscettibile di venire messo a disposizione da un'impresa a un'altra, perché pertinente a qualità immateriali non riconducibili a un complesso di beni o a un ramo d'azienda determinato, o all'organizzazione dell'impresa, ma al suo modo di essere e di rapportarsi all'esterno, verso fornitori e collaboratori, e all'interno, verso i dipendenti e nel rispetto dell'ambiente.

Con il secondo motivo, subordinato, la ricorrente contesta l'idoneità in concreto del contratto di avvalimento intercorso fra la controinteressata e l'ausiliaria Eredi Paci Gerardo S.r.l. a realizzare la messa a disposizione del requisito richiesto dalla legge di gara ai fini della partecipazione.

4.1. Le censure sono fondate.

4.1.1. Il paragrafo 12), punto B5., del bando di gara richiede, fra i requisiti di idoneità professionale per la partecipazione alla procedura, il possesso della certificazione etica SA (*Social Accountability*) 8000.

La certificazione in questione attesta il rispetto di standard attinenti alla responsabilità sociale di impresa e, in particolare, al rispetto dei diritti umani e dei diritti dei lavoratori, alla tutela contro lo sfruttamento dei minori, alla sicurezza e

salubrità dei posti di lavoro, sulla base di una regola – elaborata dall'organizzazione non governativa statunitense *Social Accountability International* – che implica in prima battuta l'osservanza delle normative nazionali e dei principi sanciti dalle convenzioni stipulate nell'ambito dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro, dalla Dichiarazione Universale dei Diritti Umani e dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui Diritti del

Bambino. I requisiti di responsabilità sociale, la cui verifica presiede al rilascio della certificazione, riguardano il divieto di utilizzo del lavoro infantile e del lavoro obbligato, la garanzia della sicurezza e l'adozione delle adeguate misure di prevenzione sui luoghi di lavoro, la libertà di associazione dei lavoratori e la loro libertà di contrattazione, il divieto di discriminazione nell'assunzione, retribuzione, accesso alla formazione, promozione, licenziamento o pensionamento, il divieto di punizioni corporali, coercizione mentale o fisica, abuso verbale nei confronti dei lavoratori, il rispetto dell'orario di lavoro e dei limiti al lavoro straordinario, la garanzia del rispetto dei minimi retributivi legali e comunque dell'adeguatezza della retribuzione a

soddisfare i bisogni primari del personale, l'adozione di procedure interne idonee ad assicurare il rispetto degli standard in materia di responsabilità sociale, ivi compreso il controllo sulla scelta di fornitori a loro volta capaci di rispondere ai requisiti della norma SA8000 e disponibili a formalizzare il proprio impegno in tal senso.

Come si vede, la certificazione presuppone un giudizio di conformità che investe l'intera organizzazione aziendale e finisce per atteggiarsi ad attributo soggettivo dell'impresa, nel senso che il grado etico di un'azienda, pur non identificandosi con la morale individuale dei soggetti che dell'impresa fanno parte o che vi collaborano, esprime l'attitudine di quella individuata organizzazione a offrire il rispetto di uno standard di responsabilità sociale, che, sulla falsariga di quanto

avviene per gli standard di qualità stabiliti dalle norme tecniche UNI EN ISO, rappresenta l'essenza stessa dell'impresa moderna negli Stati democratici e, come tale, è materialmente irriproducibile fuori dal contesto aziendale al cui interno è generato (cfr. Cons. Stato, sez. III, 25 febbraio 2014, n. 887).

È vero, peraltro, che la giurisprudenza – quantomeno quella del giudice di secondo grado – sembra essersi da ultimo attestata sull'affermazione secondo cui nulla osta, in astratto, a che l'avvalimento possa riguardare anche i requisiti soggettivi di qualità, purché in questo caso l'impresa ausiliaria assuma l'impegno di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata non la certificazione di cui dispone, ma le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, in termini di mezzi, personale e di ogni altro elemento aziendale qualificante per l'acquisto della certificazione medesima, in modo tale che l'avvalimento non si risolva nel prestito di un valore meramente cartolare (per tutte, cfr. Cons. Stato, sez. V, 22 ottobre 2015, n. 4860; id., sez. VI, 30 settembre 2015, n. 4544; id., sez. VI, 15 maggio 2015, n. 2486, e i numerosi precedenti ivi citati). Nondimeno, la generale ammissibilità di un avvalimento del requisito qualitativo è stata esclusa in concreto sul rilievo che, non potendo l'avvalimento della certificazione di qualità andare disgiunto dal “prestito” dell'intero sistema aziendale dell'ausiliaria cui la certificazione stessa pertiene, si avrebbe nei fatti un utilizzo distorto dell'istituto e una sorta di subappalto dissimulato (così Cons. Stato, III, n. 887/2014, cit.): ragionamento che vale *a fortiori* se riferito alla certificazione etica, la quale non misura la qualità del processo produttivo, ma l'impegno sociale dell'impresa, ovvero il suo modo di essere e di comportarsi (innanzitutto nei confronti dei lavoratori), requisito di per sé intrasmissibile; il che inevitabilmente comporta che le prestazioni oggetto dell'appalto non possano essere eseguite se non attraverso l'unico complesso aziendale certificato, che è quello dell'ausiliaria, con l'effetto di dare luogo a una fattispecie assimilabile, appunto, al subappalto.

4.1.2. Ma anche a voler ritenere – secondo l'impostazione più favorevole alle parti resistenti – che l'avvalimento non possa in nessun caso soffrire di esclusioni generalizzate sulla base della oggettiva difficoltà di circoscriverne in concreto l'oggetto, è la stessa giurisprudenza che si è richiamata ad esigere che l'impegno assunto dall'impresa ausiliaria a norma degli artt. 49 D.Lgs. n. 163/2006 e 88 D.P.R. n. 207/2010, per potersi dire effettivo, specifichi con esattezza le risorse e i mezzi prestati all'impresa ausiliata.

Al contrario, il contratto di avvalimento del 1 settembre 2014, prodotto in gara dalla controinteressata, non va oltre l'utilizzo di espressioni tautologiche, poco più che ripetitive delle formule normative (l'impresa ausiliaria “mette a disposizione della Enel Sole S.r.l., per tutta la durata dell'appalto, con riferimento ai suddetti requisiti [la certificazione etica SA8000, n.d.r.], le risorse necessarie e qualunque requisito, risorsa, capacità, bene (materiale e immateriale), mezzo e/o conoscenza (anche tecnico-gestionale), di ordine generale, ivi comprese [sic] l'esperienza maturata dalla medesima, nell'erogazione di precedenti lavori che risultino in concreto necessari o anche soltanto utili per dotare Enel Sole S.r.l. dei requisiti di cui sopra”). La genericità delle espressioni adoperate dai contraenti non dà conto della materiale consistenza delle “risorse” effettivamente messe a disposizione e non consente di poter stabilire quali e quanti delle dotazioni di personale e dei mezzi strumentali, e, con essi, delle capacità organizzative e gestionali dell'impresa ausiliaria siano concretamente messi a disposizione dell'ausiliata; risultandone perciò indimostrato l'effettivo trasferimento alla controinteressata della disponibilità di un attributo – la certificazione etica – che nella sostanza qualifica non il prodotto o la prestazione dell'impresa, ma, come detto, il suo modo di essere e di operare sul piano sociale (per inciso, a evitare di ridurre l'avvalimento della certificazione SA8000 a un fenomeno meramente cartolare, pare evidente che lo specifico oggetto del contratto di avvalimento avrebbe dovuto essere costituito

dall'intero complesso aziendale dell'impresa ausiliaria, in tutti i suoi beni e con l'espressa inclusione delle prestazioni del personale dipendente, dei collaboratori, e dei rapporti con i fornitori).

5. Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, il ricorso deve essere accolto, con assorbimento delle doglianze articolate con il terzo motivo, proposto in via di ulteriore subordine.

Per l'effetto, gli atti e provvedimenti impugnati vanno annullati nella parte in cui l'appalto per cui è causa è stato aggiudicato alla controinteressata Enel Sole S.r.l. sulla base della previa positiva verifica di conformità al disposto normativo dell'avvalimento della certificazione SA8000 posseduta dall'ausiliaria Eredi Paci Gerardo S.r.l..

5.1. Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima), definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso e per l'effetto annulla gli atti e provvedimenti impugnati.

Condanna il Comune di Bibbiena e la contro interessata Enel Sole S.r.l. alla rifusione delle spese processuali sostenute dalla ricorrente, che liquida in complessivi euro 4.000,00, oltre agli accessori di legge, a carico di ciascuna delle parti resistenti.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 10 dicembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Armando Pozzi, Presidente

Bernardo Massari, Consigliere

Pierpaolo Grauso, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/01/2016

IL SEGRETARIO

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