

Pubblicato il 07/05/2019

**N. 02917/2019REG.PROV.COLL.**

**N. 06618/2018 REG.RIC.**

**N. 06515/2018 REG.RIC.**



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

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 6618 del 2018,  
proposto da:

Poste Italiane s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Catricalà, Andrea Zoppini, Francesca Sbrana e Fabio Baglivo, con domicilio digitale come da PEC Registri Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avvocato Antonio Catricalà in Roma, via Vittoria Colonna, n. 40;

***contro***

Ge.Fi.L. - Gestione Fiscalità Locale s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Ferdinando Bonon, Stefania Lago, Alessandro Calegari e Andrea Manzi, con domicilio digitale come da PEC Registri Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avvocato Andrea Manzi in Roma, via Confalonieri, n. 5;

Regione Marche - Stazione Unica Appaltante Marche, Apra s.p.a., non costituite in giudizio;

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 6515 del 2018, proposto da:

Apra s.p.a, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Vito Iorio, con domicilio digitale come da PEC Registri Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avvocato Vito Iorio in Roma, via Scirè, n. 15;

***contro***

Ge.Fi.L. - Gestione Fiscalità Locale s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Ferdinando Bonon, Stefania Lago, Alessandro Calegari e Andrea Manzi, con domicilio digitale come da PEC Registri Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avvocato Andrea Manzi in Roma, via Confalonieri, n. 5;

***nei confronti***

Regione Marche – Stazione Unica Appaltante Marche (SUAM), Poste Italiane s.p.a., non costituite in giudizio;

***entrambi per la riforma***

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche, Sezione Prima, 26 giugno 2018, n. 471, resa tra le parti;

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Ge.Fi.L. - Gestione Fiscalità Locale s.p.a., che ha spiegato anche appello incidentale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 31 gennaio 2019 il consigliere Angela Rotondano e uditi per le parti gli avvocati Francesca Sbrana, Fabio Baglivo, Alessandro Calegari, Andrea Manzi, Vito Iorio;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. Con bando pubblicato sulla G.U.R.I. n. 141 del 6 dicembre 2017 la Regione Marche- Servizio Stazione Unica Appaltante (di seguito *“la Regione”*) ha indetto una procedura aperta per *“l’affidamento dei servizi informatici e amministrativi a supporto della gestione e controllo della tassa automobilistica regionale”*, della durata triennale (rinnovabile per pari durata) e di importo complessivo a base d’asta pari ad euro 5.658.270,00 (IVA esclusa).

1.1. Alla gara, da aggiudicarsi secondo il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, hanno partecipato solo due concorrenti, il Raggruppamento temporaneo di imprese tra Poste Italiane s.p.a., mandante, e Apra s.p.a., mandataria, (di seguito *“RTI Poste Apra”*) e Ge.Fi.L.- Gestione Fiscalità Locale s.p.a. (nel prosieguo *“Gefil”*).

Aperte le buste contenenti la documentazione amministrativa, entrambe le concorrenti sono state ammesse alla fase successiva della procedura.

1.2. Con ricorso ai sensi dell’articolo 120, comma 2 *bis*, Cod. proc. amm., integrato con la proposizione di motivi aggiunti, Gefil ha impugnato dinanzi al T.a.r. per le Marche l’ammissione alla gara del RTI Poste Apra, formulando le seguenti censure: I. Violazione dell’art. 80, comma 5, lett. c) del D.Lgs. n. 50 del 18 aprile 2016, per non avere Poste Italiane dichiarato, attraverso il prescritto modello DGUE, di aver subito una sanzione amministrativa pecuniaria (di euro 23.126.057,00), inflittale dall’Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato (*“AGCM”*), con provvedimento n. 26900 del 13 dicembre 2017, in relazione ad

accertati abusi di posizione dominante contrari all'art. 102 del TFUE e finalizzati ad ostacolare l'effettiva concorrenza tra i diversi operatori economici del mercato di riferimento; II. Violazione dell'art. 80, comma 5, lett. c) del D.Lgs. n. 50 del 18 aprile 2016, per non avere Poste Italiane dichiarato di aver subito, nell'anno 2016, una risoluzione per grave inadempimento nell'esecuzione del contratto sottoscritto, in ATI con Eservice Società Cooperativa ed Open Software s.r.l. (nel prosieguo "Eservice"), con la società Solori s.p.a. in qualità di società "in house" del Comune di Verona per lo svolgimento del servizio di gestione delle procedure sanzionatorie amministrative; III. Violazione degli artt. 83 e 89 del D.Lgs. n. 50 del 2016, dell'art. 88 del d.P.R. n. 207 del 2010 e dei paragrafi 6.5, 9 e 9.4 del disciplinare di gara, per inidoneità del contratto di avvalimento, sottoscritto tra la mandataria Apra e Pal Informatica s.r.l., al fine di dimostrare, in capo alla prima, il possesso del requisito di capacità tecnica e professionale previsto al paragrafo 6.5., prima parte del disciplinare (*"servizi analoghi effettuati negli ultimi tre anni decorrenti dalla data di pubblicazione del bando, come da specifico elenco prodotto, tali che la somma dei relativi importi sia non inferiore ad un valore pari ad euro 6.000,000,00"*).

1.3. Con il ricorso per motivi aggiunti Gefil ha dedotto ulteriori censure inerenti l'inidoneità del contratto di avvalimento sia quanto al requisito di cui al paragrafo 6.5 del disciplinare, sia in relazione al preteso mancato possesso anche del requisito di capacità economico e finanziaria attinente al fatturato specifico di cui al paragrafo 6.4. del disciplinare; ha poi lamentato la mancata esclusione anche con riguardo alla carenza del possesso di alcune certificazioni di qualità in capo al raggruppamento controinteressato.

2. Con la sentenza in epigrafe, nella resistenza della Regione e del RTI Poste Apra, il Tribunale amministrativo ha: *a)* ritenuto infondato il primo motivo del ricorso introduttivo attinente alla mancata dichiarazione da parte di Poste Italiane nel DGUE della sanzione amministrativa pecuniaria inflittale da AGCM; *b)* accolto il

secondo e il terzo motivo del ricorso introduttivo, ritenendo che fosse censurabile l'omessa dichiarazione da parte di Poste della risoluzione contrattuale intervenuta nel contratto stipulato da Poste in RTI con Eservice e Solori, ciò comportando violazione dell'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50 del 2016 e che fosse nullo per indeterminatezza e indeterminabilità dell'oggetto anche il contratto di avvalimento stipulato da Poste con Pal Informatica sull'assunto che si trattasse di un avvalimento c.d. operativo, in cui oggetto del prestito era un requisito di capacità tecnico professionale, e che l'impegno assunto dall'ausiliaria avesse carattere del tutto generico (se non, in taluni casi, finanche eventuale e ipotetico) in quanto dal suo contenuto non erano evincibili le risorse mancanti all'ausiliata e quelle messe a disposizione dall'ausiliaria; d) dichiarato le censure dedotte con i motivi aggiunti in parte fondate (quanto a quelle inerenti al requisito di cui al paragrafo 6.5. del Disciplinare) per le medesime ragioni indicate al punto b), in parte assorbite (quelle relative al mancato possesso delle certificazioni di qualità e del fatturato specifico richiesto al paragrafo 6.4. del disciplinare, anche in considerazione dell'opportunità di evitare l'aggravamento degli oneri processuali e l'allungamento dei tempi di definizione del contenzioso per evadere la complessa istanza istruttoria formulata della ricorrente).

3. Avverso la sentenza ha proposto appello Poste Italiane (ricorso R.G. 6618/2018), impugnandone i capi che avevano accolto rispettivamente il secondo e il terzo motivo del ricorso introduttivo di Gefil e chiedendone la riforma alla stregua di due motivi di censura: *I) Error in iudicando. Violazione e falsa applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. c) ed F-bis) del D.Lgs. n. 50 del 2016- Violazione e falsa applicazione dell'art. 57, §4, lett. c) della Direttiva 2014/24/UE – Violazione e falsa applicazione dei principi di ragionevolezza, proporzionalità, tassatività delle cause di esclusione e massima partecipazione alle procedure di evidenza pubblica- valutazione erronea e omissiva dei*

*fatti di causa; II. Error in iudicando. Violazione e falsa applicazione degli artt. 83 e 89 del D.Lgs. n. 50 del 2016– Erronea valutazione dei fatti e dei documenti di causa.*

3.1. Anche Apra s.p.a. ha appellato la predetta sentenza con autonomo ricorso (iscritto al numero di R.G. 2018-6515) deducendone l'erroneità ed ingiustizia sugli stessi capi gravati da Poste Italiane per *“I. Violazione e falsa applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. c) ed F-Bis. del D.Lgs. n. 50 del 2016- Violazione e falsa applicazione dell'art. 57, par. 4, lett. c) delle Direttiva 2014/24/UE- Error in iudicando- Violazione e falsa applicazione dei principi di ragionevolezza, proporzionalità, tassatività delle cause di esclusione e massima partecipazione alle procedure di evidenza pubblica- Errore nella qualificazione giuridica di primo grado sotto il profilo della erronea valutazione dei documenti di causa; II. Violazione e falsa applicazione degli artt. 4, 83 e 89 del D.Lgs. n. 50 del 2016. Violazione e falsa applicazione dei Paragrafi 6.5, 9 e 9.4 del Disciplinare di Gara- Violazione e falsa applicazione dell'art. 58 della direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014- Erronea valutazione dei fatti e dei documenti di causa-Error in iudicando. Errore nella qualificazione giuridica di primo grado- Contraddittorietà ed illogicità della motivazione- Violazione e falsa applicazione dei principi di ragionevolezza, proporzionalità, tassatività delle cause di esclusione e massima partecipazione alle procedure di evidenza pubblica.”*

3.2. La Regione non si è costituita nel presente grado di giudizio né ha interposto appello.

3.3. Si è invece costituita in entrambi i giudizi in epigrafe Gefil che ha innanzitutto eccepito l'infondatezza degli avversi gravami proposti ed ha riproposto, ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm., le censure dedotte con il ricorso per motivi aggiunti (quarto e quinto motivo aggiunto al ricorso introduttivo), non esaminate e dichiarate assorbite dal tribunale; ha inoltre spiegato in entrambi i giudizi appello incidentale con cui ha impugnato le statuizioni della sentenza che avevano ritenuto infondato il primo motivo del ricorso introduttivo, lamentando *“Error in iudicando. Violazione o falsa applicazione di legge e, in particolare,*

*degli artt. 80 (comma 5, lettere c) ed f-bis) e 83 del D.Lgs. n. 50 del 2016 e degli artt. 75 e 76 del d.P.R. 445/2000; Violazione della lex specialis di gara (con particolare riferimento alla dichiarazione del possesso, alla dimostrazione e alla valutazione dei requisiti di cui all'art. 80 del D.Lgs. n. 50 del 2016); Eccesso di potere sotto i profili del difetto di istruttoria, del difetto di motivazione, dell'erroneità del presupposto. Violazione e falsa applicazione delle Linee Guida dell'ANAC n. 6 sull'art. 80, comma 5, lett. c) D.Lgs. n. 50/2016. Erronea valutazione dei documenti di causa.”*

3.5. Le appellanti principali hanno eccepito con apposite memorie l'irricevibilità per tardività degli appelli incidentali di Gefil perché notificati oltre il termine di trenta giorni dalla comunicazione della sentenza ai sensi dell'articolo 120 comma 2 *bis* Cod. proc. amm.

3.6. Abbinata al merito, su accordo delle parti, la domanda cautelare incidentalmente formulata dalle appellanti principali, all'udienza pubblica del 31 gennaio 2019, la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

4. Deve essere innanzitutto disposta la riunione degli appelli in trattazione in quanto proposti avverso la medesima sentenza, e quindi ai sensi dell'art. 96, comma 1, c.p.a.

5. Ragioni di ordine sistematico e di coerenza espositiva inducono ad esaminare in via prioritaria gli appelli incidentali con cui Gefil ha contestato l'erroneo rigetto del primo motivo del suo ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, con il quale si era censurata la mancata esclusione del raggruppamento controinteressato per non aver dichiarato la sanzione inflitta a Poste Italiane da AGCM (con provvedimento esecutivo, ancorché non ancora definitivo).

5.1. Le appellate/appellanti principali hanno eccepito l'irricevibilità dei gravami incidentali, sostenendo che essi avrebbero dovuto essere proposti entro il termine previsto dall'art. 120, comma 2 *bis* e 6 *bis*, Cod. proc. amm, ovvero entro trenta

giorni dalla comunicazione della sentenza di primo grado, ciò in forza della disciplina prevista dall'art. 120 comma 11 c.p.a., che estende l'applicabilità delle disposizioni di cui ai precedenti commi “*anche nel giudizio di appello innanzi al Consiglio di Stato proposto avverso la sentenza*”(richiamando al riguardo Cons. Stato, sez. V, 23 agosto 2018, n. 5036; Ad.Plen. 6 aprile 2018, n. 4).

5.2. L'eccezione è infondata.

La particolare *ratio* – cui è ispirato il rito speciale sulle ammissioni – di delimitare con certezza e in modo celere e definitivo la platea dei partecipanti ad una gara ad evidenza pubblica cui consegue l'onere di tutti i concorrenti di contestare immediatamente le ammissioni degli altri operatori in un termine unico per tutto (senza che trovi autonoma considerazione lo specifico interesse del singolo concorrente ad agire solo in presenza di eventuale ricorso di altro concorrente) non può essere *sic e simpliciter* trasposta al giudizio di appello nel senso prospettato dalle appellate, cioè di ritenere che, analogamente alle impugnazioni delle esclusioni, tutte decorrenti da un medesimo termine, anche i termini per la proposizione degli appelli avverso le sentenze che decidono sulle ammissioni avrebbero un unico *dies a quo*, individuato in quello della comunicazione della pubblicazione della sentenza stessa.

Mentre infatti nel giudizio di primo grado avverso le ammissioni i concorrenti sono accomunati dal medesimo interesse ad agire, di natura essenzialmente strumentale, per la corretta individuazione della legittima platea dei ricorrenti, la sentenza, che quelle impugnazioni decide, delinea e specifica quell'interesse originariamente solo strumentale, facendo rivivere al riguardo i principi generali in materia di impugnazione: pertanto nell'ipotesi in cui la sentenza di prime cure abbia, in parziale accoglimento del ricorso di un'impresa, disposto l'esclusione di un'altra, ritenendo fondate solo alcune delle dedotte censure, l'impresa vittoriosa già consegue pienamente l'utilità perseguita e vede integralmente soddisfatto il



proprio interesse (coincidente con l'estromissione dell'operatore avversario dal confronto concorrenziale a seguito dell'annullamento del provvedimento di ammissione), così che non le può essere imposto di impugnare in via incidentale, nello stesso termine dell'appellante principale, la sentenza che, pur avendole assicurato la completa utilità perseguita, non ha accolto tutte le ragioni prospettate, dovendo ammettersi che tale scelta (di gravare incidentalmente la sentenza per riproporre in via evidentemente subordinata le censure non accolte) e cioè l'interesse all'impugnazione incidentale possa sorgere anche soltanto in caso di eventuale proposizione dell'impugnazione principale.

A tale conclusione conduce, secondo un'interpretazione sistematica, il tenore letterale dell'art. 120, comma 11, c.p.a., contenente un rinvio della disciplina in materia di rito superaccelerato e termine per impugnare anche al giudizio di appello proposto avverso la sentenza, la cui previsione non può essere disgiunta dal disposto del comma 6 bis, secondo cui *"l'appello deve essere proposto entro trenta giorni dalla comunicazione o, se anteriore, notificazione della sentenza, e non trova applicazione il termine lungo decorrente dalla sua pubblicazione"*: come già rilevato da questa Sezione (Cons. di Stato, Sez. V, 3 settembre 2018, n. 5142) è evidente che la disposizione da ultimo citata individua un termine derogatorio di proposizione del gravame avverso le sentenze con esclusivo riferimento all'atto introduttivo del giudizio di appello dinanzi al Consiglio di Stato (come emerge dal fatto che il termine di impugnazione decorre dal momento di avvenuta conoscenza della sentenza, e non di altro atto di parte), senza disciplinare espressamente anche il termine per la proposizione delle impugnazioni incidentali, per le quali, in mancanza di corrispondente disciplina derogatoria, trovano applicazione le regole generali stabilite dall'art. 96, comma 3 e ss. cod. proc. amm.

Non vi sono in definitiva plausibili ragioni per discostarsi dal principio generale secondo cui la parte vittoriosa in primo grado (*id est*: che ha ottenuto

l'annullamento degli atti gravati) ha interesse ad impugnare in via incidentale i capi della sentenza che hanno disatteso alcune censure solo allorquando la parte soccombente (che persegue l'opposto interesse al mantenimento o al ripristino di tali atti) abbia, con l'appello principale, messo in discussione il *decisum* di prime cure: lo specifico onere di appellare tempestivamente in via principale la sentenza di annullamento favorevole al ricorrente vittorioso non può che essere delle parti soccombenti.

5.3. Nel merito l'appello incidentale è infondato.

Gefil ha riproposto la questione della mancata esclusione dalla gara del RTI Poste Apra per l'omessa dichiarazione nel DGUE presentato da Poste della sanzione inflittale da AGCM per la commissione di un abuso di posizione dominante contrario all'articolo 102 TFUE, censura che sarebbe stata sbrigativamente e superficialmente respinta anche con riferimento al fatto che, a prescindere dall'omessa dichiarazione, si sarebbe versato in un'ipotesi di illecito professionale grave, ugualmente comportante l'esclusione dalla gara.

Il motivo di gravame involge due profili: *a)* se Poste abbia reso una dichiarazione infedele, incompleta e non veritiera; *b)* se l'illecito anticoncorrenziale e la conseguente irrogazione della sanzione, ancorché sulla base di un provvedimento che al momento della domanda di partecipazione alla gara era solo esecutivo, ma non definitivo, fosse comunque comportamento valutabile dalla stazione appaltante quale grave illecito professionale ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del D.lgs. n. 50 del 2016 (sì da assumere, a prescindere da ogni omessa e non veritiera dichiarazione, di per sé valenza escludente "*in quanto tale da rendere dubbia l'integrità o affidabilità*" dell'operatore economico) e, in caso positivo, se ricorresse un vero e proprio obbligo in tal senso a carico della Regione.

5.3.1. Con riguardo al primo profilo risulta corretta e ragionevole la conclusione cui è pervenuto il primo giudice che, prendendo le mosse dalla incontestabile

circostanza che Poste si era limitata a rendere la dichiarazione nel senso stabilito dal modello di DGUE predisposto dalla Regione (modello in linea con la prima versione delle Linee Guida che prevedeva la dichiarazione dei soli illeciti definitivi), ha ritenuto che *“non può essere sanzionata un’impresa che rende una dichiarazione conforme a quanto richiesto dalla stazione appaltante”*.

Tanto è del resto conforme a consolidati principi giurisprudenziali, secondo cui la circostanza che il concorrente abbia puntualmente seguito le indicazioni fornite dalla stazione appaltante, nella modulistica pubblicata insieme al bando, non può ridondare a danno del medesimo, in violazione dei principi di massima partecipazione alle gare e di tutela del legittimo affidamento delle concorrenti in buona fede; ciò anche quando la predisposta modulistica risulti non conforme alla legge di gara, in quanto l’obiettivo incertezza così ingenerata dalla stessa stazione appaltante non può pregiudicare il concorrente determinandone l’esclusione per aver compilato l’offerta in conformità al facsimile predisposto, dovendo in tal caso prevalere il *favor participationis* (Cons. di Stato, V, 28 maggio 2009, n. 3320; Cons. di Stato, V, 5 luglio 2011, n. 4029), anche in applicazione del più generale principio di tutela dell’affidamento (Cons. di Stato, Sezione V, 28 maggio 2009, n. 3320)

5.3.2. In definitiva in presenza di un modulo DGUE, predisposto dalla stessa stazione appaltante *“al fine di rendere tutte le dichiarazioni necessarie per la partecipazione alla procedura”* (così testualmente la previsione di cui allo 0.3 del Disciplinare), che conteneva il rinvio alle indicazioni delle Linee guida che si riferivano esclusivamente alle sanzioni divenute inoppugnabili o confermate con sentenza passata in giudicato (circostanze pacificamente non ricorrenti nella fattispecie in esame) e non anche a quelle meramente esecutive (contemplate dalla versione aggiornata delle Linee guida di cui alla deliberazione del Consiglio n. 1008 dell’11 ottobre 2017) ed in assenza di specifiche previsioni della *lex specialis* idonee ad avvalorare tale ultima opzione (cioè l’obbligo di dichiarare anche sanzioni

meramente esecutive), non vi è alcun elemento univoco e ragionevole da cui far emergere un obbligo del concorrente di dichiarare le sanzioni non definitive e tanto meno la volontà (implicita) dell'amministrazione di ottenere dal concorrente la conoscenza di qualsiasi notizia idonea a poter essere valutata (con effetto potenzialmente negativo per il concorrente).

Né può ritenersi che la eventuale negligenza dell'amministrazione per non aver richiamato (o fatto rinvio) nel predisposto modello DGUE il contenuto delle Linee Guida aggiornate sia irrilevante ai fini della pretesa incompletezza o reticente dichiarazione della concorrente Poste, dovendo in tal senso richiamarsi i già cennati principi di tutela dell'affidamento (altrimenti ponendosi a carico del concorrente un onere contrario agli ordinari doveri di diligenza e buona fede).

Neppure può assumere autonomo rilievo la circostanza che il disciplinare di gara (punto 0.3.) richiamasse specificamente i legali rappresentanti delle concorrenti all'adozione di *“adeguate cautele volte ad evitare il rischio di rendere dichiarazioni incomplete o non veritiere”* o che il Disciplinare si limitasse a dare suggerimenti, solo prevedendo più moduli alternativi (punto *“0.3. Istruzioni per la compilazione del Documento di Gara Unico Europeo –DGUE e dei moduli predisposti dalla SUAM”* che prevedeva la possibilità di utilizzare diversi modelli precisandone di volta in volta l'accessibilità), trattandosi di circostanze che non sono idonee ad escludere, anzi confermano, una situazione di ambiguità ed incertezza circa l'effettivo contenuto degli obblighi di dichiarazione e che di conseguenza non possono incidere negativamente sulla tutela dell'affidamento incolpevole.

Resta da aggiungere per completezza che la contestazione operata dall'appellante incidentale, secondo cui le previsioni del disciplinare non potevano derogare alle previsioni legislative (consentendo di non dichiarare illeciti professionali *sub iudice*, in violazione dell'art. 80, comma 5, D. Lgs. 50 del 2016) non può essere favorevolmente considerata perché, anche a prescindere dalle osservazioni

precedenti circa la tutela dell'affidamento incolpevole e sull'inesigibilità della diversa dichiarazione in presenza di un modello predisposto dalla stessa stazione appaltante, sarebbe stata necessaria la rituale impugnazione della predetta previsione (anche sotto il profilo del rinvio operato dall'amministrazione al contenuto delle Linee Guida non aggiornate).

Detta previsione, contenente il rinvio alla primigenia versione, non risulta comunque né irragionevole nella misura in cui riduce il potenziale perimetro delle cause di esclusione, conformemente al generale principio di massima partecipazione, né nulla (come, al contrario, sarebbe stata se avesse introdotto un'ulteriore fattispecie espulsiva al di fuori dei casi tassativamente indicati dalla legge).

5.3.3. A tanto consegue poi, sotto altro diverso profilo, che la condotta di Poste non può essere configurata, in relazione alle dichiarazioni rese ai fini della partecipazione alla gara, come un grave illecito professionale di per sé valutabile dalla stazione appaltante, che consiste nel *“fornire anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura”* (integrando tale fattispecie proprio una delle ipotesi esemplificativamente indicate dallo stesso art. 80, comma 5 lett. c), cit.).

5.3.4. In relazione all'autonoma valutabilità quale grave illecito professionale della sanzione irrogata a prescindere dall'esistenza, nella fattispecie, di uno specifico obbligo dichiarativo e di una sua violazione nel senso prospettato dall'appellante incidentale deve osservarsi come la potenziale ascrivibilità dell'illecito anticoncorrenziale ad un'ipotesi escludente e la sua inclusione tra le condotte professionali autonomamente valutabili ai fini della possibile estromissione di un concorrente da una gara pubblica non ricorre nella procedura in oggetto ove la stazione appaltante, nell'esercizio dei legittimi poteri discrezionali, mediante il

riferimento alla previgente versione delle Linee Guida (che valgono “*quali elementi ermeneutici per la corretta interpretazione dell’art. 80, comma 5, lett. c), come peraltro prevede il comma 13 dello stesso art. 80*”: in tal senso cfr. Cons. di Stato, III, 5 settembre 2017, n. 4192), per un verso, ha stabilito *ex ante* quale tipo di sanzione le imprese partecipanti avevano l’obbligo di segnalare con la prescritta dichiarazione (solo quelle definitive), per altro verso non ha inteso attribuire alcuna autonoma valenza escludente all’irrogazione di una sanzione meramente esecutiva, non ritenendo che fosse obbligatoria dichiararla in quanto idonea a rendere in sé dubbia l’integrità e affidabilità del concorrente.

In altri termini, la stazione appaltante ha definito a monte, con le previsioni della *lex specialis* come integrata dalla modulistica allegata e dalle indicazioni ivi rese, ciò che costituiva mezzo adeguato di prova per la dimostrazione del grave illecito professionale ai sensi dell’art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50 del 2016, ritenendo che tali fossero, ai fini che qui interessano, esclusivamente le sanzioni inoppugnabili e definitivamente accertate.

Non può, pertanto, ritenersi che la concorrente abbia effettuato un’inammissibile autovalutazione circa l’irrilevanza della sanzione, omettendo di segnalare: al contrario, la stazione appaltante ha provveduto a circoscrivere a monte il perimetro degli obblighi dichiarativi dei precedenti professionali incombenti sulle imprese partecipanti (obblighi invero strumentali, secondo costante giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, formatasi anche nella vigenza del precedente codice, rispetto alle valutazioni discrezionali di competenza della stazione appaltante in ordine all’affidabilità dei partecipanti a procedure di affidamento: cfr. Cons. di Stato, V, 4 dicembre 2017, n. 5704), così riempiendo di contenuto un concetto giuridico indeterminato quale è quello di “grave errore professionale” (anche ai fini della descrizione effettiva di quale fosse la sanzione per illecito anticoncorrenziale ad esso riconducibile e perciò *ex se* valutabile nella gara in oggetto).

Tale operato è conforme all'indirizzo giurisprudenziale richiamato dalla stessa appellante incidentale in base al quale *“l'art. 80, comma 5, del D.lgs. n. 50 del 2016 riserva il compito del vaglio alle stazioni appaltanti e non lo lascia all'autovalutazione evidentemente non priva di rischi di conflitto di interessi- delle concorrenti per cui non è ammissibile che la relativa valutazione sia eseguita, a monte, dalla concorrente la quale autonomamente giudichi irrilevanti i propri precedenti negativi, omettendo di segnalarli con la prescritta dichiarazione”* (Cons. di Stato, Sezione V, 28 marzo 2018, n. 1935; Cons. di Stato, V, 18 gennaio 2016, n. 122).

Se, dunque, le ragioni di gravità sono rimesse al vaglio discrezionale della stazione appaltante al quale è riservata la legittima valutazione sull'affidabilità e moralità professionale del potenziale contraente e affidatario di pubbliche commesse, quanto preteso da GEFIL, in presenza di un inequivoca ed espressa volontà da parte della Regione (mediante inequivoco rinvio alla primigenia versione delle Linee Guida) di richiedere la sola dichiarazione in gara dei provvedimenti sanzionatori definitivi dell'Autorità e di attribuire, in definitiva, rilievo solo a questi ultimi anche ai fini dell'autonoma valutabilità del grave errore professionale, comporterebbe la formulazione da parte di questo giudice di un proprio giudizio di inaffidabilità professionale evidentemente sostitutivo rispetto a quello dell'amministrazione, così esercitando un sindacato di merito al di fuori dei casi tassativi previsti dall'art. 134 Cod. proc. amm. (in tal senso cfr. Cons. di Stato, V, 4 dicembre 2017, n. 5704, relativa ad un caso inerente proprio l'ammissione alla gara, con sottostante giudizio di affidabilità da parte della stazione appaltante, dell'operatore malgrado l'illecito antitrust accertato con sentenza non passata in giudicato nei suoi confronti).

5.4. Gli appelli incidentali devono essere in definitiva respinti.

6. Passando all'esame degli appelli principali di Poste Italiane e di Apra, si osserva quanto segue.

6.1. Con il primo motivo delle rispettive impugnazioni (di contenuto sovrapponibile e pertanto oggetto di trattazione unitaria) le appellanti principali lamentano l'erroneità della sentenza per aver ritenuto fondato il motivo di ricorso concernente la pretesa omessa di dichiarazione da parte di Poste di un precedente contratto di appalto stipulato, in raggruppamento con la società Eservice, con Solori s.p.a.

La doglianza è fondata.

6.1.1. Posto che è pacifico, in punto di fatto, che il raggruppamento temporaneo di cui Poste era capogruppo aveva subito nel 2016 una risoluzione contrattuale anticipata, ad opera di Solori, *“per grave inadempimento e grave irregolarità e grave ritardo ex art. 136 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163”*, a tale circostanza non corrispondeva tuttavia l'esistenza di un obbligo dichiarativo.

Infatti, secondo un condivisibile orientamento giurisprudenziale (relativo ad una gara indetta sotto la vigenza del precedente codice, ma applicabile anche nel vigore del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), *“non può essere esclusa da una gara d'appalto un'impresa laddove la risoluzione contrattuale di un precedente contratto con una diversa amministrazione appaltante sia conseguente all'inadempimento imputabile ad altro operatore del raggruppamento temporaneo (Cons. Stato, V, 28 settembre 2015, n. 4512, 26 giugno 2015, n. 3241). In caso contrario il giudizio di affidabilità professionale dell'operatore economico riposerebbe irragionevolmente su fatti ad esso non ascrivibili”* (Cons. di Stato, 4 dicembre 2017, n. 5704).

6.1.2. Nel caso in esame le appellanti principali hanno dedotto che l'inadempimento delle obbligazioni, che aveva condotto alla risoluzione contrattuale, aveva riguardato le sole prestazioni di *“rinotifica degli atti non recapitati dal servizio postale”*, demandate esclusivamente alla società Eservice, mandante del raggruppamento di cui Poste era capogruppo mandataria.



Tale argomentazione ha trovato conforto nella documentazione versata in atti, da cui emerge inequivocabilmente che effettivamente la Eservice si era obbligata in via esclusiva nei confronti della stazione appaltante ad *“effettuare la rinotificazione degli atti non recapitati dal Servizio Postale”* (come da *“dichiarazione di impegno di RTI non ancora costituiti- Modello C”*), di svolgere tale servizio *“a propria esclusiva cura e spese”* e *“conservando la propria autonomia nella esecuzione, gestione ed amministrazione delle prestazioni di propria competenza”* (si veda Regolamento interno del RTI Poste-Eservice-Os), sicché risulta smentita l’affermazione della Gefil, secondo la quale anche la mandataria Poste *“aveva espressamente in carico l’attività di rinotifica”*.

Induce ad analoghe considerazioni favorevole alle tesi delle appellanti anche il contenuto dell’accordo transattivo, stipulato in data 4 giugno 2018 tra detto raggruppamento e Solori, da cui emerge che *“nel corso di esecuzione delle prestazioni sono sorte contestazioni...con particolare riferimento alla attività di rinotifica degli atti non recapitati dal servizio postale”* (ovvero proprio quelli non rientranti tra le prestazioni assunte da Poste), risultando, altresì, privo di fondamento anche l’assunto di Gefil secondo cui la terminologia impiegata non consentirebbe di inferire l’*“esclusività”* di dette contestazioni alla sola attività di rinotifica demandata, come si è visto, unicamente a Eservice.

Né può condividersi l’ulteriore prospettazione di Gefil circa l’irrilevanza di tale accordo in quanto successivo alla domanda di partecipazione alla gara e quindi inidoneo ad esonerare Poste dagli obblighi dichiarativi prescritti dall’articolo 80, comma 5, del D.Lgs. n. 50 del 2016, giacché detto accordo (ed il suo contenuto, non contestato) è rilevante sotto il diverso e decisivo versante di costituire ragionevole prova che il contratto era stato risolto consensualmente per un inadempimento imputabile in via esclusiva ad altra società del raggruppamento, quest’ultima essendo la causa della inesistenza dell’obbligo dichiarativo di cui si discute.

E' da aggiungere che l'inesistenza dell'obbligo dichiarativo nella fattispecie (in relazione ad una risoluzione subita dal RTI di cui Poste faceva parte nel suo complesso, ma per fatti ascrivibili esclusivamente alla specifica responsabilità di un'altra società componente il raggruppamento) si ricava dallo stesso tenore letterale dell'art. 80, comma 5, lett. c) del D.Lgs. n. 50 del 2016 che fa specifico riferimento al comportamento dell'operatore economico che *“si è reso colpevole di gravi illeciti professionali tali da rendere dubbia la sua integrità e affidabilità”*, ciò implicando che l'illecito deve essere commesso dal concorrente e ad esso deve essere ascrivibile in quanto relativo a proprie precedenti vicende professionali (Cons. di Stato, V, 3 settembre 2018, 5142).

6.1.3. L'ulteriore prospettazione di Gefil, secondo cui non potrebbe darsi rilievo alla suddivisione dei compiti nel RTI Poste- Esrvice-Os, trattandosi di raggruppamento orizzontale e non verticale, con ogni conseguenza in ordine alla responsabilità delle imprese raggruppate, non è suscettibile di favorevole considerazione.

E' sufficiente al riguardo rilevare che un conto è l'inadempimento posto in essere da una società raggruppata in una precedente gara, idoneo a determinare effetti pregiudizievoli per il raggruppamento nel suo complesso e per tutte le imprese che ne fanno parte (costrette a subire la risoluzione contrattuale dell'affidamento), altro è l'obbligo di dichiarare anche nelle successive gare tale inadempimento e la vicenda risolutiva che ne è conseguita, che, in quanto integranti un'ipotesi di grave illecito professionale, devono essere considerati come “propri” solo dalle imprese che li hanno posti colpevolmente in essere.

6.2. Con il secondo motivo degli appelli principali (anch'essi esaminabili unitariamente perché volti a contestare i medesimi capi della sentenza impugnata) Poste e Apra contestano la sentenza per aver ritenuto invalido l'avvalimento utilizzato in gara ai fini della dimostrazione del possesso del requisito previsto al

paragrafo 6.5 prima parte del Disciplinare (*“servizi analoghi effettuati negli ultimi tre anni decorrenti dalla data di pubblicazione del bando, come da specifico elenco prodotto, tali che la somma dei relativi importi sia non inferiore ad un valore pari a euro 6.000.000,00”*).

In particolare, a fronte della decisione del tribunale di ritenere quel requisito quale espressione di capacità tecnico e professionale e l'avvalimento come operativo, con conseguente nullità del relativo contratto per indeterminatezza e indeterminabilità dell'oggetto e perché contenente un impegno del tutto generico, se non addirittura eventuale e ipotetico, le appellanti hanno sostenuto che: a) Apra, con la stipula del contratto, aveva inteso avvalersi di un requisito di “capacità economica e finanziaria”, di cui all'art. 83, comma 1, lett. b) e comma 4 del D.Lgs. n. 50 del 2016, con conseguente erroneità della qualifica del requisito in parola come di capacità tecnico professionale, trattandosi di requisito immateriale in quanto esperenziale; b) l'avvalimento in questione doveva ritenersi di garanzia e non operativo, con conseguente erroneità della pronuncia che aveva dato rilievo non già alla natura in sé del requisito oggetto di avvalimento, quanto piuttosto - inopinatamente - alla sua collocazione e alla forma della dichiarazione di avvalimento nel Disciplinare (in sostanza, secondo le appellanti, ancorché previsto nel Disciplinare alla voce 6.5. - capacità tecnica - e non a quella di cui al 6.4. - capacità economica finanziaria - si sarebbe trattato di un requisito di carattere economico – finanziario, siccome relativo alla dimostrazione attraverso il fatturato specifico dell'esperienza acquisita dalle concorrenti negli anni trascorsi, con la conseguenza che l'avvalimento non richiedeva di per sé l'indicazione dei mezzi e delle risorse messi a disposizione dell'ausiliaria in termini specifici e dettagliati); c) in ogni caso il contratto non era affatto invalido sotto il profilo della determinatezza dell'oggetto, contenendo una puntuale e compiuta indicazione tanto delle risorse messe a disposizione, quanto di quelle di cui l'ausiliata necessitava.

Il motivo è infondato.

6.2.1. Il contratto di avvalimento sottoscritto tra Apra e Pal Informatica s.r.l. in data 18 gennaio 2018 prevedeva che *“In particolare, saranno forniti e messi a disposizione dell’impresa ausiliata i seguenti requisiti, mezzi e risorse: - servizi analoghi a quelli oggetto dell’appalto effettuati negli ultimi tre esercizi; - le risorse, mancanti all’ausiliata, di qualsiasi genere o tipo nella disponibilità dell’impresa ausiliaria ivi comprese eventuali consulenze; - le eventuali risorse umane, mancanti all’ausiliata, che possano supportare quest’ultima nella corretta e precisa esecuzione del contratto; - non è necessaria la fornitura di mezzi e/o strutture tecniche particolari in quanto la società ausiliata possiede già l’occorrente per poter gestire la fornitura”*.

Il suo contenuto, come riportato, non è conforme alla previsione dell’art. 89, comma 1, ult. per., d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, secondo cui: *“...il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall’impresa ausiliaria”* e dell’art. 88 d.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207 per il quale il contratto di avvalimento deve riportare: *“...a) oggetto: le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico; b) durata; c) ogni altro utile elemento ai fini dell’avvalimento.”*

6.2.2. Giova al riguardo distinguere tra avvalimento c.d. di garanzia e avvalimento c.d. operativo.

L’avvalimento c.d. di garanzia ricorre nel caso in cui l’ausiliaria mette a disposizione dell’ausiliata la sua solidità economica e finanziaria, assicurando la stazione appaltante sulle sue capacità di far fronte agli impegni economici conseguenti al contratto d’appalto, anche in caso di inadempimento (Cons. Stato, III, 7 luglio 2015 n. 3390; 17 giugno 2014, n. 3057): tale avvalimento riguarda i requisiti di carattere economico – finanziario e, in particolare, per quanto d’interesse nel presente giudizio, il fatturato globale o specifico.

L’avvalimento c.d. operativo ricorre invece quando l’ausiliaria si impegna a mettere a disposizione dell’ausiliata le risorse tecnico – organizzative indispensabili per

l'esecuzione del contratto di appalto; esso concerne i requisiti di capacità tecnico – professionale tra i quali, ad esempio, la dotazione di personale dell'ausiliaria.

Riguardo all'avvalimento di garanzia, la giurisprudenza costantemente afferma il principio secondo cui, avendo esso ad oggetto l'impegno dell'ausiliaria a garantire con proprie risorse economiche l'impresa ausiliata, non è necessario che nel contratto siano specificatamente indicati i beni patrimoniali o gli indici materiali della consistenza patrimoniale dell'ausiliaria, essendo sufficiente che essa si impegni a mettere a disposizione dell'ausiliata la sua complessiva solidità finanziaria e il suo patrimonio di esperienza (cfr. con specifico riguardo al requisito del fatturato globale o specifico, Cons. Stato, V 30 ottobre 2017, n. 4973; III, 11 luglio 2017, n. 3422; V, 22 dicembre 2016, n. 5423; III, 17 novembre 2015, n. 5703; III, 4 novembre 2015, nn. 5038 e 5041).

Diversamente, nell'avvalimento operativo è imposto alle parti di indicare nel contratto i mezzi aziendali messi a disposizione dell'ausiliata per eseguire l'appalto con la precisazione, di cui a Cons. Stato, Ad. plen., 4 novembre 2016, n. 23, per cui: *“l'articolo 88 del d.P.R. 207 del 2010, per la parte in cui prescrive che il contratto di avvalimento debba riportare “in modo compiuto, esplicito ed esauriente [...] le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico”, non legittim[a] né un'interpretazione volta a sancire la nullità del contratto a fronte di un oggetto che sia stato esplicitato in modo (non determinato, ma solo) determinabile, né un'interpretazione volta a riguardare l'invalidità del contratto connessa alle modalità di esplicitazione dell'oggetto sulla base del c.d. ‘requisito della forma-contenuto’.*”

La questione della determinabilità dell'oggetto del contratto -oggi ai sensi dell'art. 89 d.lgs. n. 50 del 2017 e succ. mod.- va risolta evitando di incorrere in aprioristici schematismi concettuali e considerando che *“la messa a disposizione della capacità tecnica richiesta, in caso di avvalimento c.d. tecnico od operativo, avviene attraverso lo strumento contrattuale di diritto civile, la cui determinatezza o determinabilità, ai sensi dell'art. 1346 cod. civ., va valutata tenendo conto che per oggetto del contratto deve intendersi l'insieme delle*

*prestazioni dedotte in contratto, non (solo) l'oggetto (materiale) di queste prestazioni*" (in tal senso Cons. di Stato, V, 19 luglio 2018, n. 4396).

Con riferimento all'avvalimento c.d. "operativo" l'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato (sentenza 4 novembre 2016, n. 23) ha statuito, altresì, che l'indagine in ordine agli elementi essenziali di questa tipologia di avvalimento "*deve essere svolta sulla base delle generali regole sull'ermeneutica contrattuale*" e in particolare secondo i canoni enunciati dal codice civile di interpretazione complessiva e secondo buona fede delle clausole contrattuali (artt. 1363 e 1367 cod. civ.).

6.2.3. Ciò chiarito, deve escludersi che nel caso di specie ricorra un'ipotesi di avvalimento c.d. di garanzia, essendo corretta la qualificazione operata dal primo giudice di avvalimento c.d. operativo.

Oggetto di avvalimento è infatti il requisito di "*servizi analoghi effettuati negli ultimi tre anni decorrenti dalla data di pubblicazione del bando, come da specifico elenco prodotto, tali che la somma dei relativi importi sia non inferiore ad un valore pari a euro 6.000.000,00*", inteso quale requisito di capacità tecnica, richiesto dal punto 6.5. del disciplinare, a dimostrazione dell'esperienza necessaria per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità, secondo quanto previsto dall'art. 83, comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016.

Tale requisito non riguarda affatto la solidità economico finanziaria del concorrente, ma concerne la sua affidabilità e la competenza tecnico-professionale ed è volto a garantire la buona esecuzione dei servizi sotto il profilo qualitativo, attraverso la dimostrazione del possesso dell'idoneità tecnico organizzativa dell'impresa, presupponente l'esecuzione effettiva di servizi analoghi nel triennio.

Le previsioni della *lex specialis*, del resto, sono chiare al riguardo: esse distinguono espressamente, da un lato, i requisiti di capacità economica e finanziaria, descritti al punto 6.4. ("*fatturato globale*" e "*fatturato specifico*", conformemente all'art. 89, comma 5, del D.Lgs. n. 50 del 2016), dall'altro "i requisiti di capacità tecnico

professionale” indicati al punto 6.5. del Disciplinare (tra cui appunto quello attinente ai servizi analoghi).

Detta ricostruzione è poi avvalorata dalle ulteriori disposizioni della legge di gara sul piano della comprova dei requisiti, prevedendo per i requisiti economico finanziari relativi al fatturato *“una dichiarazione...resa dal soggetto o organo preposto al controllo contabile della società attestante la misura (importo e la tipologia (causale della fatturazione) del fatturato dichiarato in sede”* (punto 13.2.2. del disciplinare, pag. 95), per i requisiti di capacità tecnico professionale risultando, invece, necessarie le certificazioni di buona esecuzione provenienti dal committente attestante la regolare esecuzione dei servizi analoghi (punto 13.2.3., pagina 96-99 del Disciplinare).

6.2.4. Trattandosi nel caso di specie di requisito di capacità tecnica, come previsto dalla *lex specialis*, va ribadito l’orientamento giurisprudenziale secondo cui (proprio con riferimento al requisito del fatturato specifico pregresso per rapporti analoghi, inteso come requisito di capacità tecnica) *“L’avalimento di un tale requisito di natura tecnica non può essere generico (e cioè non si può limitare, come nella specie, ad un richiamo ‘meramente cartaceo o dichiarato’ allo svolgimento da parte dell’ausiliaria di attività che evidenzino le sue precedenti esperienze), ma deve comportare il trasferimento, dall’ausiliario all’ausiliato, delle competenze tecniche acquisite con le precedenti esperienze (trasferimento che, per sua natura, implica l’esclusività di tale trasferimento, ovvero delle relative risorse, per tutto il periodo preso in considerazione dalla gara). Ragionando diversamente, il contratto di avalimento avrebbe, nel caso di specie, un contenuto totalmente astratto. [...]. In sostanza, ritiene il Collegio che il “prestito” del requisito in esame ha un significato solo se il relativo contratto prevede i modi – che possono essere diversi, a seconda delle circostanze, dall’affitto d’azienda alla messa a disposizione della dirigenza tecnica, ovvero alla predisposizione di un programma di formazione del personale o altro elemento comunque valutabile dalla stazione appaltante – perché l’esperienza dell’impresa ausiliaria si possa considerare effettivamente trasferita all’impresa ausiliata”* (così

testualmente Cons. Stato, V, 23 febbraio 2015, n. 864; cfr. anche Cons. Stato, III, 5 luglio 2017, n. 3328).

Con riguardo all'avvalimento di requisiti di capacità tecnica e professionale, è stato anche più volte precisato che la specifica indicazione dei mezzi aziendali messi a disposizione per l'esecuzione dell'appalto è necessaria a pena di esclusione: i mezzi, il personale, il *know-how*, la prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti in relazione all'oggetto dell'appalto ed ai requisiti per esso richiesti dalla stazione appaltante sono indispensabili per rendere determinato l'impegno dell'ausiliario tanto nei confronti di quest'ultima che del concorrente aggiudicatario (cfr., tra le altre, Cons. Stato, III, 3 maggio 2017, n. 2022; id., V, 4 novembre 2016, n. 4630), risultando l'indicazione contrattuale degli elementi in questione necessaria per definire l'oggetto dell'avvalimento ai sensi dell'art. 1346 cod. civ.; donde la nullità (strutturale) del contratto medesimo in base alla comminatoria dell'art. 1418, comma 2, cod. civ., laddove risulti impossibile individuare un'obbligazione assunta dall'ausiliario su un oggetto puntuale e che sia coercibile per l'aggiudicatario.

6.2.5. Nel caso di specie il contratto di avvalimento, riguardando il requisito tecnico professionale (la pregressa esperienza maturata nei servizi analoghi a quello oggetto di gara) e avendo natura di avvalimento operativo, avrebbe dovuto contenere un'adeguata specificazione sia dei requisiti forniti sia delle risorse messe a disposizione, cosa che non è invece riscontrabile.

In dettaglio, si rileva come la messa a disposizione di mezzi concreti sia esclusa (*“non è necessaria la fornitura di mezzi e/o strutture tecniche particolari in quanto la società ausiliata possiede già l'occorrente per potere gestire la fornitura”*, senza tuttavia specificare di quali risorse Apra sia già in possesso).

Quanto alle risorse umane, l'impegno alla messa a disposizione è espresso in termini meramente eventuali e ipotetici, senza indicare né il numero, né la qualifica delle stesse, laddove la giurisprudenza richiede sul punto la disponibilità effettiva



del personale dell'ausiliaria, onde evitare avvalimenti meramente astratti o cartolari, vale a dire potenzialmente ingannevoli.

Come correttamente rilevato dal primo giudice, nel contratto in esame è carente finanche la determinazione del requisito prestato né si specifica in che misura lo possieda la stessa ausiliaria.

Gli unici elementi concretamente messi a disposizione sono i fatturati per i servizi elencati nel DGUE di Pal Informatica, il che potrebbe al più risultare sufficiente nell'avvalimento di garanzia, ove non è necessario che la dichiarazione negoziale costitutiva dell'impegno contrattuale contenga la messa a disposizione di beni da descrivere o individuare con precisione, in quanto l'ausiliaria si limita a mettere a disposizione il suo valore aggiunto in termini di solidità finanziaria ed il suo patrimonio esperienziale, garantendo un supplemento di responsabilità (cfr. Cons. di Stato, V. 14 maggio 2018, n. 2855).

6.2.6. Non si attagliano poi alla fattispecie i principi espressi dal precedente di questa Sezione richiamato dalle appellanti principali (Cons. di Stato, V, 14 febbraio 2018, n. 953), in quanto, a prescindere dalla ricorrenza nella fattispecie lì al vaglio di un avvalimento operativo o di garanzia (ed avente ad oggetto un requisito esperienziale o immateriale, come quello che le appellanti assumono essere oggetto di prestito nella presente vicenda), in quel caso era dirimente la considerazione che, anche a qualificare il requisito richiesto dal bando come requisito tecnico professionale che dà luogo ad avvalimento operativo, l'onere di adeguata specificazione delle risorse prestate poteva comunque dirsi assolto dalla concorrente: il che non è, con evidenza, nella presente vicenda, ove per converso non pare nemmeno dubitabile, per quanto detto e sulla scorta delle inequivoche previsioni del disciplinare, che il requisito in parola fosse volto a dimostrare la capacità tecnico-professionale e l'idoneità organizzativa dell'impresa.

6.2.7. Il motivo va quindi respinto e ciò determina il rigetto dell'appello e la conferma della sentenza nei sensi di cui in motivazione, potendo prescindere dalla disamina delle ulteriori censure di cui ai motivi aggiunti al ricorso introduttivo, non esaminate e dichiarate assorbite dal Tribunale, e riproposte ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm

8. In conclusione, gli appelli, incidentale e principali, nei sensi così precisati vanno respinti.

18. Sussistono giusti motivi, in considerazione della complessità delle questioni trattate e della reciproca soccombenza, per disporre la compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, così provvede: *a)* riunisce gli appelli; *b)* respinge gli appelli incidentali proposti da Ge.Fi.L. s.p.a. (R.G. 2018-6618 ed R.G. 2018-6515); *c)* respinge gli appelli principali di Poste Italiane s.p.a. e Apra s.p.a. nei sensi e nei termini di cui in motivazione.

Dispone compensarsi tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 31 gennaio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

**Angela Rotondano**

**Carlo Saltelli**

IL SEGRETARIO