

**APPALTI - AVVALIMENTO - IMPEGNO AUSILIARIA - DETERMINATEZZA - RECESSO - NON ALEATORIETA'**

Nell'ambito di un contratto di avvalimento, è illegittima la clausola con la quale l'impresa ausiliaria si impegna solidalmente con l'impresa avvalente "*relativamente a parte delle prestazioni oggetto di gara*", in quanto espressione generica e indeterminata, inidonea a definire *ab initio* gli ambiti di effettiva responsabilità delle parti. Parimenti illegittima la clausola che facoltizza ambedue le parti a recedere liberamente, mediante comunicazione con posta certificata, in modo tale da rendere evanescente l'obbligazione dell'ausiliaria di sovvenire il soggetto ausiliato in caso di necessità.

**TAR Calabria, Reggio Calabria, sentenza n. 591/2019**

Pubblicato il 09/10/2019

**N. 00591/2019 REG.PROV.COLL.**

**N. 00504/2019 REG.RIC.**



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

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria**

**Sezione Staccata di Reggio Calabria**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 504 del 2019, proposto da Società Scenario S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Alessio Centanaro e Simone Carrea, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Reggio Calabria, domiciliataria ex lege in Reggio Calabria, via del Plebiscito n. 15; Istituto di Istruzione Superiore "E. Fermi", in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituito in giudizio;

***nei confronti***

Cal-Tek S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Achille Morcavallo e Oreste Morcavallo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; DLI S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

***per l'annullamento***

*previa emanazione di idonee misure cautelari, anche ai sensi dell'art. 56 c.p.a.,* di tutti gli atti, provvedimenti, documenti e verbali, per quanto di interesse ed in parte qua, anche se non conosciuti, relativi alla Procedura negoziata sotto soglia mediante richiesta di offerta (R.D.O.) su piattaforma MEPA – Criterio di aggiudicazione offerta economicamente più vantaggiosa. Realizzazione progetto «Un laboratorio per una professione». Codice progetto 10.8.1.B2 – FESRPON-CL-2018-13 – CUP F17D19000020007 – CIG 79480591C7, ivi espressamente inclusi, a titolo meramente riepilogativo e non esaustivo: (1) la determina del Dirigente Scolastico prot. 4251/IV.5 del 19 giugno 2019 che contempla l'avvio di una procedura di acquisto negoziata mediante MEPA per la fornitura beni e servizi per la realizzazione del Progetto; (2) RDO n. 2345289 del 6 luglio 2019 con cui sono state invitate le ditte, selezionate tramite manifestazione d'interesse, a presentare offerta; (3) decreto prot. n. 4407/IV.5 del 4 luglio 2019, avente ad oggetto Criteri di scelta di n. 2 operatori economici

a seguito dell'espletamento della manifestazione d'interesse; (4) il Disciplinare della procedura negoziata, adottato con nota prot. n. 4424/IV.5; (5) il Capitolato tecnico ed elenco attrezzature della procedura negoziata di cui sopra; (6) il decreto prot. n. 4544/IV.5 del 22 luglio 2019, avente ad oggetto Nomina e contestuale convocazione, commissione giudicatrice per la valutazione delle offerte pervenute – richiesta di offerta (RDO) sul MEPA n. 2345289 per la fornitura di attrezzature per l'attuazione del progetto finalizzato alla realizzazione del laboratorio «Un laboratorio per una professione»; (7) il verbale della Commissione di gara prot. n. 4549/IV.5 del 22 luglio 2019, relativo alla validità delle offerte ed all'attribuzione dei punteggi in relazione ai singoli elementi di valutazione del merito tecnico e del merito economico indicati nella lettera di invito; (8) la determina di aggiudicazione provvisoria prot. n. 4550/IV.5 del 22 luglio 2019; (9) la determina prot. n. 4575/IV.5 del 31 luglio 2019, recante Dispositivo di aggiudicazione definitiva della procedura in considerazione e la relativa aggiudicazione definitiva; (10) tutti gli atti, provvedimenti, documenti e verbali presupposti, connessi e/o consequenziali, ivi richiamati ed anche se non conosciuti; ove necessario l'annullamento e/o la dichiarazione di inefficacia, previa sospensione, del contratto di affidamento della procedura di cui sopra, ove medio tempore stipulato; nonché per la dichiarazione di subentro di Scenario S.r.l. nel medesimo contratto, ove medio tempore stipulato; per l'accertamento e la condanna al risarcimento dei danni patiti e patenti da Scenario S.r.l. in conseguenza dei provvedimenti impugnati e comunque ad essi connessi, da quantificarsi, eventualmente in via equitativa, anche in corso di causa; in via subordinata, ove necessario, l'annullamento e conseguente rinnovo della procedura di gara in parte qua con adozione di ogni consequenziale provvedimento di legge.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione del Ministero dell'Università e della Ricerca e della controinteressata Cal-Tek S.r.l.;

Visto il Decreto Presidenziale n.206 del 24 settembre 2019;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 2 ottobre 2019 il dott. Andrea De Col e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Premesso che:

-la società Scenario S.r.l. partecipava alla procedura negoziata sotto soglia mediante richiesta di offerta su piattaforma MEPA indetta dall'Istituto scolastico "E. Fermi" di Bagnara Calabria per l'affidamento della fornitura relativa al progetto "Un laboratorio per una professione" e cioè di simulatori di navigazione da utilizzare a fini didattici e destinati a riprodurre in scala multimediale un sistema di addestramento navale conforme agli standard internazionali di cui alla Convenzione STWC ("*Standards of Training, Certification and Watchkeeping for Seafarers*") emendamenti Manila 2010;

-la *lex specialis* di gara stabiliva che la selezione dell'offerta migliore sarebbe avvenuta in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa;

-al termine della procedura contraddistinta dalla presentazione di sole due offerte, la ricorrente si collocava al secondo posto della graduatoria con punti 57 dopo l'aggiudicataria ed odierna controinteressata Cal-Tek S.r.l. che riportava punti 87,37;

-la ricorrente impugnava quindi il provvedimento di aggiudicazione assunto in data 31 luglio 2019 dal RUP e gli atti della relativa serie procedimentale in epigrafe indicati, lamentando che l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere

estromessa dalla procedura: 1) per aver formulato un'offerta tecnica non conforme al disciplinare di gara (artt. 5 e 8) e al capitolato (art.1), non avendo dimostrato di possedere, nemmeno attraverso l'ausiliaria DLI S.r.l, alcuna certificazione di conformità della fornitura agli standard internazionali STCW richiesta a pena di esclusione (1^motivo); 2) per avere omesso di indicare, in contrasto con gli artt. 5 e 10 del disciplinare di gara, la marca del p.c. e della componenti hardware destinati alla plancia del simulatore, impedendo alla commissione giudicatrice di saggiarne la conformità ai requisiti cd. di minima per poter partecipare alla gara (2^motivo); 3) per violazione dell'art.89 D. Lgs. n.50/2016, in quanto il contratto di avvalimento stipulato con l'ausiliaria DLI srl sarebbe illegittimo: 3.1.) nella parte in cui limiterebbe la responsabilità della ditta ausiliaria nei confronti della stazione appaltante alle sole prestazioni oggetto del contratto di avvalimento e non dell'intero contratto di appalto (*“abilitazione all'installazione, alla trasformazione, all'ampliamento e manutenzione degli impianti di cui all'art.1 della D.M. 37/08; fatturato specifico per l'attività di configurazione e la fornitura di laboratori in progetti PON/POR PER Istituti scolastici di ogni ordine e grado pari ad almeno € 219.500,00; realizzazione di almeno 10 forniture di laboratori navigazione/multimediali, cofinanziati da fondi europei o dal MIUR verso istituti scolastici di ogni ordine e grado”*); 3.2.) nella parte in cui non avrebbe indicato in modo determinato e specifico le risorse messe a disposizione della ditta ausiliata per tutta la durata dell'appalto; 3.3.) nella parte in cui l'impresa ausiliaria non si sarebbe formalmente impegnata ad eseguire direttamente la fornitura; 3.4.) nella parte in cui il contratto di avvalimento stesso, contraddicendo l'effettività dell'impegno assunto dalla ditta ausiliaria nei confronti di quella ausiliata e della stazione appaltante avrebbe previsto una clausola di rescissione (*rectius* recesso) *“ad nutum”* (3^ motivo); 4) per

violazione dell'art.5 del disciplinare di gara perché la controinteressata non sarebbe in possesso, né direttamente né indirettamente attraverso l'ausiliaria DLI S.r.l., dei requisiti tecnico-professionali necessari alla partecipazione alla gara rappresentati dall'aver già realizzato presso Istituzioni scolastiche negli ultimi tre anni solari (2015-2019) *“almeno 10 forniture di laboratori di navigazione/multimediali cofinanziati da Fondi europei o dal MIUR”* (4^motivo); 5) per violazione dell'art.80 D. Lgs n.50/2016 lett. c) in quanto l'aggiudicataria si sarebbe resa responsabile di un grave inadempimento professionale nella fornitura di un laboratorio multimediale al Liceo Ginnasio Manara di Roma (5^motivo); 6) per anomalia dell'offerta non rilevata dalla stazione appaltante (6^motivo).

Da ultimo e in via subordinata, la ricorrente chiedeva l'annullamento dell'intera gara con conseguente rinnovazione delle operazioni concorsuali per vizi inerenti alla composizione della commissione giudicatrice in cui non figurerebbero persone esperte della materia oggetto della fornitura (motivo di ricorso n.7).

-contestualmente all'impugnativa, la ricorrente proponeva domande di accertamento dell'inefficacia del contratto e di condanna al risarcimento del danno in forma specifica e, nell'ipotesi di impossibilità di subentrare nel contratto (nel frattempo stipulato in data 30.08.2019 -cfr.all.3 controinteressata), di condanna al risarcimento per equivalente, tanto per danno emergente quanto per lucro cessante, di cui ci si riservava di produrre idonea documentazione nel prosieguo del giudizio;

Rilevato che con decreto n.206 del 24 settembre 2009 il Presidente del T.A.R. ha respinto l'istanza di misure monocratiche urgenti formulata ai sensi dell'art.56 c.p.a.;

Rilevato che si sono costituite in giudizio sia l'Amministrazione intimata con atto formale e documenti, che la controinteressata con memoria difensiva;

Rilevato che all'udienza in camera di consiglio del 2 ottobre 2019, fissata per la trattazione dell'istanza incidentale di sospensione dell'atto impugnato, la causa è stata discussa e posta in decisione;

Ritenuto, in primo luogo, che sussistono i presupposti di legge per definire il giudizio nella presente sede cautelare, con sentenza in forma semplificata ai sensi dell'art. 60 del c.p.a., essendo, tra l'altro, state rese edotte le parti di tale eventualità, come consta dal verbale d'udienza;

Considerato, nel merito, che:

- la ricorrente, con una prima censura diretta avverso il provvedimento di aggiudicazione, deduce che la Cal-Tek S.r.l. avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura perché, non avendo prodotto la certificazione di conformità agli standard internazionali in premessa indicati della fornitura oggetto dell'appalto, avrebbe offerto un prodotto non rispondente alle esigenze dell'amministrazione, come individuate nel capitolato tecnico;

- la censura è fondata e merita accoglimento, avuto riguardo a quanto testualmente previsto dall'art.1 del capitolato tecnico che individua il "core business" della fornitura ovvero un "*sistema di addestramento navale che dovrà essere certificato, come conforme e rispondente alle sezioni A-I/12 e B-I/12 della convenzione STCW emendamenti Manila 2010*".

Già da una interpretazione testuale di quest'ultima disposizione è ragionevole desumere che il possesso della certificazione debba intendersi come una condizione di partecipazione alla gara e non come condizione di esecuzione del contratto, per giunta da verificarsi, come pretenderebbe l'Istituto scolastico (cfr. relazione del RUP -all.2 Ministero resistente) all'esito del collaudo finale della fornitura.

Il mancato possesso della certificazione richiesta è resa poi evidente dalle premesse del contratto di avvalimento stipulato con la DLI S.r.l. (all.8 parte ricorrente), laddove è scritto che *“l’impresa avvalente Cal.Tek ...è carente dei requisiti relativi a certificazioni”*, senza che poi essi vengano espressamente contemplati tra quelli messi concretamente a disposizione da parte della ditta ausiliaria.

A prescindere dal dato positivo, militano a favore della fondatezza del mezzo almeno altri due elementi di ordine logico-sistematico destinati a smentire definitivamente gli assunti difensivi sviluppati dalle parti resistenti.

Il primo è che non è sufficiente dichiarare semplicemente la presunta compatibilità del sistema o del prodotto informatico senza fornire alcuna prova a supporto per ritenere gli stessi conformi alla legge di gara.

Ciò è tanto vero che il capitolato tecnico, proprio in vista della complessità e della elevata qualità tecnico-specialistica dei beni oggetto della fornitura, richiedeva che la conformità rispetto agli standard internazionali STCW fosse previamente e specificamente attestata da idonea documentazione.

Nella relazione depositata in atti, il RUP, incaricato dall’Istituto scolastico, mostra di aver inteso di poter rinviare l’accertamento della conformità della fornitura offerta addirittura ad una fase successiva all’aggiudicazione con l’intero sistema informatico di addestramento navale in uso (fase di collaudo), ma il presupposto della sussistenza dei “requisiti tecnici” minimi previsti per la partecipazione alla procedura ad evidenza pubblica deve invece essere verificato ex ante, pena la violazione delle disposizioni (auto)vincolanti del bando di gara (Cons. Stato sez. V, 13 settembre 2016., n. 3859 e A.P. n.9 del 2014).

Ed invero, ragionare *“diversamente significherebbe non solo inficiare la certezza dell’operato della stessa Commissione, ma soprattutto violare la*

*regola fondamentale dell'imparzialità e della trasparenza dell'azione della P.A., poiché la stazione appaltante deve - in ossequio alla "par condicio competitorum" - assicurare un rigoroso rispetto delle disposizioni del bando di gara, che essa stessa ha posto a fondamento del regolare svolgimento della procedura concorsuale"* (cfr. T.A.R. Salerno 13 novembre 2015, n. 2374).

Il secondo elemento da considerare è che, proprio nel rispetto della par condicio tra i concorrenti, la stazione appaltante è tenuta ad escludere dalla gara quelle offerte che, prive delle caratteristiche tecniche previste nel capitolato, si rivelano inidonee a definire il contenuto della prestazione contrattuale.

In altri termini, le caratteristiche tecniche previste nel capitolato di appalto *"valgono a qualificare i beni oggetto di fornitura e concorrono, dunque, a definire il contenuto della prestazione sulla quale deve perfezionarsi l'accordo contrattuale, di talché eventuali e apprezzabili difformità registrate nell'offerta concretizzano una forma di aliud pro alio comportante, di per sé, l'esclusione dalla gara, anche in mancanza di apposita comminatoria"* (cfr. T.A.R. Emilia Romagna (Parma), 10 gennaio 2019 n.1).

Sotto questo aspetto, ritiene il Collegio che il sistema di addestramento navale così come descritto dall'art.1 del capitolato, non configuri semplicemente uno standard tecnico-normativo dettagliato passibile d'equivalenza secondo la ratio sottesa all'art.82 del D.Lgs.n.50/2016, ma valga a definire in termini generali l'oggetto della fornitura, discrezionalmente confezionato dall'amministrazione (cfr. Cons. Stato sez. III, 24 febbraio 2016, n. 746), prevalendo in questo caso l'assorbente constatazione della difformità del bene rispetto a quello descritto dalla *lex specialis*, con conseguente integrazione, come si è detto, di un'ipotesi di aliud pro alio non rimediabile.

Nel caso di specie, il riferimento negli atti di gara a specifiche certificazioni tecniche avrebbe dovuto quindi imporre alla stazione appaltante, anche alla

stregua dell'art.5 della *lex specialis* (“*Tutti i prodotti offerti che avranno caratteristiche tecniche minime non corrispondenti a quanto richiesto nel capitolato tecnico comporteranno la immediata esclusione dalla gara*”), l'esclusione dell'offerta di Cal-tek S.r.l., non avendo questa provato in alcun modo il possesso (diretto o mediato dallo strumento dell'avvalimento) della certificazione richiesta.

Nell'impossibilità di verificare se l'offerta tecnica presentata dall'aggiudicataria fosse conforme agli standard della Convenzione STCW, la stazione appaltante ha invece ugualmente aggiudicato la fornitura alla controinteressata, incorrendo nella denunciata violazione dell'art.82 del D. Lgs. n.50/2016;

- risulta fondata anche la seconda censura relativa alla mancata descrizione e allegazione delle schede tecniche e delle informazioni relative alla marca del personal computer e degli altri componenti hardware che ridonda in una carenza essenziale e non sanabile dell'offerta tecnica e del suo contenuto.

A questo proposito, è sufficiente rilevare che la “lex” di gara prevedeva l'obbligo per i concorrenti di dimostrare chiaramente le caratteristiche tecniche delle apparecchiature offerte attraverso la produzione di schede tecniche (v.art.5 del disciplinare di gara: “*allegare le schede tecniche di tutti i prodotti offerti*”) con particolare riguardo all'indicazione nell'offerta tecnica “*della marca ed il modello dei prodotti offerti (non sono ammessi prodotti assemblati) che devono rispettare le caratteristiche minime previste dal capitolato tecnico e tutte le eventuali caratteristiche migliorative rispetto alle caratteristiche minime richieste, che saranno prese in esame per l'assegnazione del punteggio tecnico secondo quanto indicato nel successivo abaco dei punteggi. Allegare le schede tecniche di tutti i prodotti offerti. Le specifiche tecniche dichiarate dovranno essere facilmente verificabili consultando le relative schede tecniche allegate e/o le schede tecniche presenti sui siti web dei produttori*”.

Diversamente da quanto sostenuto da Cal.Tek S.r.l. , l'art. 5 del disciplinare non lasciava alla libera scelta del concorrente il "se" della produzione di documentazione tecnica a corredo dell'offerta, prevista invece come assolutamente obbligatoria, ma solo la scelta della tipologia di documentazione da produrre, lasciando liberi i partecipanti alla gara di dimostrare al meglio, ciascuno secondo il proprio punto di vista, con la documentazione ritenuta più utile a tal fine, il possesso delle caratteristiche delle singole componenti tecnico-informatiche richieste e ciò al fine di mettere la commissione di gara nelle condizioni di poter verificare immediatamente la qualità e la rispondenza dell'offerta ai puntuali requisiti di gara.

Al cospetto di tali prescrizioni, la stazione appaltante non avrebbe potuto certamente valutare e poi aggiudicare l'offerta della controinteressata che pacificamente ha ammesso nella nota allegata in calce all'offerta tecnica che *"che essendo la configurazione dei PC richiesta dal bando molto specifica (vengono indicati processore, memoria, scheda video, etc.), non è possibile allegare la documentazione tecnica del produttore, in quanto sarà necessario (in caso di aggiudicazione del bando) contattare il produttore per farsi "creare" un PC con le configurazioni richieste. In ogni caso si conferma sin d'ora che i PC forniti saranno di marca primaria (ad es. ACER o equivalente) e che, nel momento dell'acquisto dei PC, sarà contattato il produttore (ad es. ACER o equivalente) e verrà richiesta per i PC la configurazione riportata nella Proposta Tecnica.*

*Si può in ogni caso far riferimento ai siti web dei produttori (ACER o equivalenti) per esaminare le caratteristiche dei PC da loro forniti".*

Trattasi di un'offerta tecnica il cui contenuto risulta all'evidenza incerto (nella parte in cui non individua esattamente il fornitore dei pc), indeterminato (nella parte in cui non specifica la marca e la qualità dei singoli componenti della

fornitura informatica), contrario al divieto di fornire prodotti assemblati (nella parte in cui prefigura la consegna del prodotto assemblato) ed infine condizionato (nella parte in cui la stessa aggiudicataria si riserva di integrarlo subordinatamente al verificarsi dell'evento futuro ed incerto dell'aggiudicazione della gara).

Come precisato più volte dalla giurisprudenza (cfr. T.A.R. Piemonte sez. II, 12 dicembre 2016 n.1514), *“la nozione di "offerta condizionata" ricorre nel caso in cui l'offerente subordini il proprio impegno contrattuale ad uno schema modificativo rispetto a quello proposto dalla stazione appaltante; in tal caso l'offerta va dichiarata inammissibile, atteso che le regole che informano la materia degli appalti pubblici esigono, a tutela della par condicio e della certezza dei rapporti giuridici (funzionali all'imparzialità nella scelta del contraente e al buon andamento in ordine alla serietà dell'offerta e alla corretta esecuzione dell'appalto), la perfetta conformità tra il regolamento contrattuale predisposto dalla stazione appaltante e l'offerta presentata dal candidato”*.

Deve conseguentemente respingersi la deduzione delle parti resistenti secondo la quale l'offerta della controinteressata avrebbe potuto comunque essere ammessa, dato il rinvio operato “per relationem” ad una scheda tecnica corrispondente ai requisiti del capitolato e rinvenibile sui siti WEB del produttore.

Una offerta così formulata non solo disattende l'obbligo di allegare le schede tecniche contestualmente alla presentazione della medesima, ma, proprio in quanto attinente ad aspetti nient'affatto accessori e/o integrativi della commessa, e quindi rilevanti ai fini dell'attribuzione del punteggio tecnico, è inidonea a renderne immediatamente percepibile la corrispondenza al contenuto principale della fornitura.

Il principio ricavabile dalla legge di gara, infatti, è quello per cui solo dalla scheda tecnica del prodotto, ovviamente completa di tutte le informazioni richieste, sarebbe stato possibile desumersi la rispondenza dei prodotti offerti alle caratteristiche generali previste dal disciplinare e, in ultima analisi, la serietà dell'impegno formalizzato dal concorrente con l'assunzione della relativa responsabilità;

- merita condivisione anche il terzo motivo di gravame, limitatamente alle criticità illustrate in premessa ai punti sub.3.1.e 3.4, in relazione alla dedotta invalidità del contratto di avvalimento per violazione dell'art.89 del D.Lgs n.50/2016.

Il contratto di avvalimento stipulato tra la aggiudicataria Cal – Tek S.r.l. (impresa avvalente) e la DLI srl (impresa ausiliaria) ed essenziale ai fini della partecipazione alla procedura di gara da parte della prima, prevede che *“l'impresa ausiliaria DLI srl assume con la presente scrittura la responsabilità solidale con l'impresa avvalente nei confronti della Stazione Appaltante, relativamente a parte delle prestazioni oggetto di gara”*.

Il carattere dell'impegno assunto dall'ausiliaria DLI S.r.l. non sarebbe di per sé ostativo alla ritenuta efficacia del contratto di avvalimento, se non fosse per l'indeterminatezza e la genericità del suo contenuto (*“relativamente a parte delle prestazioni oggetto di gara”*) che, oltre a denotare scarsa correttezza nei confronti della Stazione appaltante, non mette quest'ultima nelle condizioni di conoscere *ab initio* quali siano gli effettivi ambiti di responsabilità facenti carico alla ditta ausiliaria.

Non è possibile, infatti, postulare un inadempimento contrattuale e la conseguente responsabilità di un soggetto il cui obbligo è stato genericamente dedotto in contratto. In altri termini, la genericità dell'impegno assunto, in ragione dell'insufficienza del mero richiamo *“a parte delle prestazioni oggetto*

di gara”, impedisce alla stazione appaltante di far valere in via immediata la responsabilità dell'ausiliaria, la quale, per andare esente da addebiti, potrebbe limitarsi ad indicare proprio la mancanza di una specifica violazione contrattuale.

Allo stesso modo, la serietà e l'effettività degli obblighi contrattuali dell'impresa ausiliaria, con conseguente legittimità del contratto di avvalimento, non sembrano affatto garantite dalla clausola per cui *“E' facoltà di ambo le parti rescindere il presente contratto attraverso comunicazione con posta certificata”*.

Tale clausola, lungi dall'essere riconducibile a qualche formalità, prevede la facoltà per l'impresa avvalente, così come per l'impresa ausiliaria, di *“rescindere”* (*rectius*, recedere) liberamente dal contratto di avvalimento.

Previsioni di questo tipo introducono nella pattuizione del contratto di avvalimento *“un elemento di forte aleatorietà, rimettendo la stabilità e la continuità del vincolo negoziale all'apprezzamento unilaterale dell'impresa ausiliaria. In tale modo, l'obbligazione assunta di sovvenire il soggetto ausiliato in caso di necessità — ossia di attivare la propria garanzia patrimoniale qualora il concorrente si trovi impossibilitato a fronteggiare l'adempimento degli impegni con mezzi propri — è resa nella sostanza evanescente dalla possibilità di sciogliersi in ogni momento dall'accordo perfezionato”* (cfr. T.A.R. Lombardia (Brescia) sez. II, 7 ottobre 2015 n.1254).

Non può, in proposito, neppure giovare la dichiarazione unilaterale con cui DLI S.r.l. si è obbligata a mettere a disposizione i requisiti *“per tutta la durata dell'appalto”*, dal momento che la pattuizione congiuntamente sottoscritta contempla espressamente la clausola di *“recesso”*, mentre sul punto non deve sussistere alcuna ambiguità interpretativa tale da esporre la stazione appaltante al rischio di non poter contare sulle prestazioni dell'ausiliario, essendo la chiara

determinazione del contenuto del contratto di avvalimento è strettamente funzionale alle esigenze di certezza dell'amministrazione;

Ritenuto pertanto, alla luce del ragionamento fin qui svolto, che il ricorso debba essere accolto in relazione ai primi tre motivi di impugnativa, con conseguente annullamento degli atti e dei provvedimenti impugnati, avuto particolare riguardo alla determina di aggiudicazione definitiva della fornitura de qua in favore della controinteressata e l'assorbimento delle restanti censure;

Rilevato che, nonostante nel corso dell'udienza di discussione il Collegio abbia espressamente richiesto alle parti di formulare chiarimenti sul punto, non è stato possibile conoscere il reale stato di esecuzione della fornitura che, a termini di contratto stipulato in data 30 agosto 2019 (cfr.all.3 controinteressata), avrebbe dovuto essere eseguita entro 25 giorni dal giorno della stipula e quindi ad oggi già ultimata, mentre la difesa della controinteressata ha riferito che sarebbe ancora in corso di esecuzione secondo i termini del contratto;

Ritenuto che, in siffatto contesto di incertezza e non essendo stata documentata la consegna dei beni (cui doveva accedere anche, secondo la surriferita prospettazione difensiva, la consegna di certificati e la specificazione della marca, che non risultano effettuati) ed in considerazione dell'annullamento dell'aggiudicazione in favore di Cal-Tek S.r.l., vada accolta anche la domanda di risarcimento in forma specifica ex art. 124 c.p.a., avendo parte ricorrente formulato la domanda di subentro nel contratto; pertanto l'Amministrazione resistente va condannata all'aggiudicazione in favore di parte ricorrente e va dichiarata ex art. 122 c.p.a. l'inefficacia del contratto stipulato con Cal-Tek S.r.l. con decorrenza dalla data della stipula (30.08.2019), avuto riguardo ai vizi riscontrati relativi all'aggiudicazione, disponendo il subentro nel contratto in favore di parte ricorrente a decorrere dalla stessa data, in considerazione del rilievo che la stessa era l'unica altra concorrente in gara;

Ritenuto infine di condannare l'Amministrazione resistente e la controinteressata al pagamento delle spese processuali come liquidate in dispositivo;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria, Sezione Staccata di Reggio Calabria, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, così dispone:

-annulla la determina prot. n. 4575/IV.5 del 31 luglio 2019, recante Dispositivo di aggiudicazione definitiva della procedura in considerazione e la relativa aggiudicazione definitiva in favore di Cal-Tek S.r.l., nonché i relativi atti presupposti ed in particolare il verbale della Commissione di gara prot. n. 4549/IV.5 del 22 luglio 2019, relativo alla validità delle offerte ed all'attribuzione dei punteggi in relazione ai singoli elementi di valutazione del merito tecnico e del merito economico indicati nella lettera di invito;

-condanna l'Amministrazione resistente all'aggiudicazione in favore di parte ricorrente e dichiara l'inefficacia del contratto stipulato con Cal-Tek S.r.l. con decorrenza dalla data della stipula, disponendo il subentro nel contratto in favore di parte ricorrente a decorrere dalla stessa data;

-condanna l'Amministrazione resistente e la controinteressata Cal-Tek s.r.l. al pagamento, in favore della società ricorrente, delle spese del presente giudizio, che liquida in euro 3.000,00 (tremila) a carico di ciascuna parte, oltre oneri accessori e alla refusione del contributo unificato come per legge.

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

Così deciso in Reggio Calabria nella camera di consiglio del giorno 2 ottobre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Caterina Criscenti, Presidente

Agata Gabriella Caudullo, Referendario

Andrea De Col, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Andrea De Col**

**IL PRESIDENTE**  
**Caterina Criscenti**

**IL SEGRETARIO**