



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 il Lazio

(Sezione Prima Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3152 del 2021, proposto da Jolly Scarpe s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Massimiliano Passi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio del difensore in Roma, Corso d'Italia, 92;

contro

Ministero dell'interno – Dipartimento dei vigili del fuoco, del soccorso pubblico e della difesa civile, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, con domicilio *ex lege* in Roma, Via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Calzaturificio Play Sport s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Loredana Milone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di giustizia;

per l'annullamento

quanto al ricorso introduttivo:

- della comunicazione di aggiudicazione della procedura di gara in favore della società Calzaturificio Play Sport s.r.l., inviata in data 4 febbraio 2021;

- del verbale n. 2 del 6 novembre 2020, nella parte in cui non esclude il Calzaturificio Play Sport s.r.l. per violazione delle disposizioni del Capitolato tecnico;
- di ogni altro atto alla stessa procedura annesso, connesso, presupposto e/o conseguente, ivi compreso il contratto di fornitura, ove nelle more sottoscritto tra le parti;

quanto al ricorso incidentale depositato da Calzaturificio Play Sport s.r.l. il 14 aprile 2021:

- del verbale della prima seduta pubblica di gara del 25 settembre 2020 e degli eventuali successivi verbali di sedute riservate del RUP e della sua struttura di supporto, non noti, di analisi del contenuto della documentazione amministrativa di Jolly Scarpe, nelle parti in cui è stata disposta l'ammissione alla gara di Jolly Scarpe;
- di ogni altro atto presupposto e/o consequenziale e/o comunque connesso, ove lesivo per la ricorrente incidentale, ancorché da questa allo stato sconosciuto, ivi inclusi: il verbale della Commissione di gara n. 1 del 28 ottobre 2020, nella parte in cui si dà atto dell'attività, esperita a cura del RUP, di valutazione della documentazione amministrativa di Jolly Scarpe; per quanto di ragione, il verbale della seconda seduta pubblica di gara del 25 settembre 2020 e i verbali della Commissione di gara n. 3 dell'11 novembre 2020, n. 5 del 23 novembre 2020, n. 6 del 24 novembre 2020, n. 7 del 10 dicembre 2020 e n. 8 del 23 dicembre 2020.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dell'interno – Dipartimento dei vigili del fuoco, del soccorso pubblico e della difesa civile e di Calzaturificio Play Sport s.r.l.;

Visto il ricorso incidentale proposto da Calzaturificio Play Sport s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 luglio 2021 la dott.ssa Floriana Venera Di Mauro, secondo quanto disposto dall'articolo 25 del decreto legge 28 ottobre 2020, n. 137, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176, come da ultimo modificato dall'articolo 6, comma 1, lett. e), del decreto legge 1° aprile 2021, n. 44, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 maggio 2021, n. 76;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con la proposizione del ricorso introduttivo del giudizio, Jolly Scarpe s.p.a. ha impugnato principalmente l'aggiudicazione in favore di Calzaturificio Play Sport s.r.l. della gara a procedura aperta indetta dal Dipartimento dei vigili del fuoco, del soccorso pubblico e della difesa civile del Ministero dell'interno per la fornitura di 40.000 paia di scarponcini multifunzione di sicurezza.

2. Secondo quanto risulta agli atti del giudizio, il Bando di gara è stato pubblicato sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione Europea il 24 aprile 2020.

Il valore stimato della fornitura è stato indicato in 6.000.000,00 di euro, IVA esclusa, e il criterio di aggiudicazione è stato stabilito in quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Alla gara hanno partecipato due operatori economici: Jolly Scarpe e Calzaturificio Play Sport.

Entrambe le domande di partecipazione pervenute sono state ritenute ammissibili e, in esito alla valutazione delle offerte tecniche ed economiche, la gara è stata aggiudicata a Calzaturificio Play Sport con provvedimento del 3 febbraio 2021.

3. Avverso l'aggiudicazione, la società ricorrente Jolly Scarpe ha proposto un unico articolato motivo, con il quale ha allegato la violazione dell'articolo 97 della Costituzione, degli articoli 29 e 83 del Codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo n. 50 del 18 aprile 2016, della *lex specialis* di gara, del Capitolato speciale di appalto e delle allegate Specifiche tecniche, nonché profili di *error in iudicando*, omessa motivazione e violazione dei principi di *par condicio* e di concorrenza.

In particolare, la ricorrente ha sostenuto che:

(a) il campione di prova depositato in gara dall'aggiudicataria non sarebbe stato conforme al punto B.2.0 delle Specifiche tecniche, poiché avrebbe presentato delle pieghe sulla fodera interna; sarebbe stato violato, inoltre, il Capo XII delle medesime Specifiche tecniche, in quanto il predetto campione non sarebbe stato munito dell'apposito "tag", finalizzato ad assicurare la tracciabilità del prodotto;

(b) l'aggiudicataria avrebbe omesso di produrre le allegazioni a comprova di tutto quanto previsto al Capo IX delle Specifiche tecniche; in particolare, a eccezione della documentazione relativa alla responsabilità sociale di impresa e al sistema di gestione ambientale, Calzaturificio Play Sport si sarebbe limitata a impegnarsi a garantire e dimostrare quanto richiesto in un momento successivo alla presentazione dell'offerta; ciò sarebbe avvenuto con riferimento alle prescrizioni relative alla "*Tracciabilità della*

filiera produttiva”, alle “*Sostanze pericolose nel prodotto finale*”, al “*Consumo idrico*”, alla “*Domanda chimica di ossigeno*” e alla “*Riduzione del carico di cromo nei reflui*”;

(c) Calzaturificio Play Sport non avrebbe, inoltre, prodotto in sede di gara la nota informativa, richiesta a pena di esclusione, la quale avrebbe dovuto contenere, in prima pagina, con carattere evidenziato, l’indicazione della durata di immagazzinamento del DPI (dispositivo di protezione individuale), secondo quanto prescritto dal Capo I del Capitolato tecnico; più in dettaglio, l’aggiudicataria avrebbe bensì depositato la nota informativa, ma senza che questa contenesse le specifiche necessarie a qualificarla ai fini della procedura in esame, poiché il documento avrebbe potuto riferirsi a qualunque tipologia di scarpa; la circostanza sarebbe stata rilevata dalla Commissione giudicatrice nel verbale n. 2, senza tuttavia che tale constatazione conducesse all’esclusione dell’operatore.

4. Il Ministero dell’interno – Dipartimento dei vigili del fuoco, del soccorso pubblico e della difesa civile si è costituito in giudizio e ha chiesto il rigetto dell’impugnazione.

5. Si è, inoltre, costituita la controinteressata Calzaturificio Play Sport, la quale ha anzitutto eccepito la tardività del ricorso, in quanto, a fronte della pubblicazione del provvedimento di aggiudicazione sul c.d. “profilo committente” in data 3 febbraio 2021, Jolly Scarpe ha notificato l’impugnazione solo dopo l’accesso agli atti, avvenuto il 15 marzo 2021, senza comprovare che il tardivo svolgimento dell’incombente fosse dovuto a ragioni imputabili esclusivamente alla Stazione appaltante, e non anche all’inerzia della medesima ricorrente.

Sotto altro profilo, la controinteressata ha eccepito l’inammissibilità delle censure avversarie, le quali sarebbero generiche e pretestuose e, inoltre, dirette a contestare la discrezionalità tecnica della Commissione giudicatrice nella valutazione dell’offerta tecnica di Calzaturificio Play Sport.

La parte ha, inoltre, eccepito l’inammissibilità delle censure concernenti la conformità del campione di prova al punto B.2.0 delle Specifiche tecniche e l’omessa produzione della documentazione a comprova di quanto previsto al Capo IX delle Specifiche tecniche, in considerazione della mancata impugnazione dei verbali della Commissione giudicatrice che si riferiscono alla valutazione dei suddetti profili di conformità dell’offerta tecnica.

Nel merito, la controinteressata ha insistito per il rigetto del ricorso.

6. In esito alla camera di consiglio del 9 aprile 2021, la Sezione ha emesso l'ordinanza n. 2151 del 2021, con la quale ha accolto l'istanza cautelare, avendo ritenuto “*a un primo sommario esame, proprio della fase cautelare, che non appaiano meritevoli di positiva delibazione le eccezioni di irricevibilità e inammissibilità del ricorso e che quest'ultimo presenti sufficienti profili di possibile fondatezza, atteso, in particolare, che:*

- *l'aggiudicataria non risulta aver prodotto quanto richiesto dal Capo IX delle Specifiche tecniche (all. A al Capitolato tecnico) al fine di comprovare il rispetto dei criteri ambientali minimi in materia di fornitura di calzature da lavoro, fissati con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare ministeriale del 17 maggio 2018, ai sensi dell'art. 34 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50;*

- *dal tenore del suddetto Capo IX appare evincibile che tale dimostrazione andava resa, con le modalità ivi indicate, in sede di presentazione dell'offerta e, al riguardo, le previsioni del medesimo Capo IX appaiono ricalcare il testo del d.m. 17 maggio 2018, nella parte in cui si riferisce alle specifiche tecniche da comprovare in sede di offerta, distinte rispetto ai criteri premianti e alle condizioni di esecuzione del contratto”.*

7. Il 14 aprile 2021 Calzaturificio Play Sport ha depositato un ricorso incidentale, corredato di domanda cautelare, con il quale ha impugnato principalmente il verbale della prima seduta pubblica di gara del 25 settembre 2020, unitamente agli altri atti specificati in epigrafe, nella parte concernente l'ammissione alla gara di Jolly Scarpe.

Sono stati dedotti: la violazione dell'articolo 89, commi 1 e 7, del Codice dei contratti pubblici, dell'articolo 88, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica n. 207 del 5 maggio 2010, dell'articolo 59, comma 4, lettera *b*), del Codice dei contratti pubblici, della *lex specialis* di gara e degli articoli 8, 12, 14, punto 10A), del Disciplinare di gara; la nullità del contratto di avvalimento con Bodany Prod Shoes s.r.l.; profili di erroneità procedimentale e difetto di istruttoria; la violazione della *par condicio competitorum*.

In particolare:

(a) il contratto di avvalimento stipulato dal Jolly Sport con Bodany Prod Shoes s.r.l. sarebbe affetto da nullità per indeterminatezza dell'oggetto, in quanto completamente sprovvisto sia dell'elenco dei macchinari/attrezzature messi a disposizione per l'esecuzione delle fasi di lavorazione, che dell'elenco delle risorse umane messe a disposizione per assolvere alle prestazioni dedotte nell'appalto;

(b) sarebbero riscontrabili ulteriori carenze a pena di inammissibilità dell'offerta, sempre con riferimento all'avvalimento, in quanto Jolly Scarpe non avrebbe prodotto in gara: (b.1) la dichiarazione, sottoscritta dall'ausiliaria, con la quale quest'ultima si obbliga, verso il concorrente e verso la Stazione appaltante, a mettere a disposizione, per tutta la durata dell'appalto, le risorse necessarie di cui è carente il concorrente; (b.2) la dichiarazione, sottoscritta dall'ausiliaria, con la quale quest'ultima attesta di non partecipare alla gara in proprio o come associata o consorziata.

8. La domanda cautelare proposta con il ricorso incidentale, trattata nella camera di consiglio del 7 maggio 2021, è stata respinta dalla Sezione con l'ordinanza n. 2695 del 2021, essendo state ritenute “(...) *insussistenti le esigenze di tutela cautelare rappresentate dalla ricorrente incidentale Calzaturificio Play Sport s.r.l., in quanto:*

- con ordinanza n. 2151 del 12 aprile 2021, in accoglimento dell'istanza cautelare proposta dalla ricorrente principale, la Sezione ha disposto la sospensione dell'efficacia del procedimento di aggiudicazione della gara in favore di Calzaturificio Play Sport s.r.l., fissando, per la trattazione di merito del ricorso, l'udienza pubblica del 12 luglio 2021;

- le questioni poste dal ricorso incidentale potranno pertanto essere scrutinate nella predetta sede di merito e, d'altro canto, non risulta che, allo stato, l'Amministrazione abbia assunto alcuna determinazione, successiva alla misura cautelare già disposta, che possa risultare lesiva delle ragioni della controinteressata che agisce quale ricorrente incidentale”.

9. In prossimità dell'udienza pubblica fissata, Jolly Scarpe ha prodotto documenti e una memoria.

Calzaturificio Play Sport ha anch'essa depositato una memoria, nonché una replica alle produzioni avversarie.

10. All'udienza pubblica del 12 luglio 2021, tenutasi ai sensi dell'articolo 25 del decreto legge n. 137 del 2020, la causa è stata infine trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Il Collegio deve preliminarmente affrontare il tema dell'ordine di decisione dei ricorsi.

1.1. Calzaturificio Play Sport ha, infatti, sostenuto nelle proprie difese che, in applicazione dei principi affermati dall'Adunanza plenaria nella sentenza n. 9 del 2014, il ricorso incidentale dovrebbe essere scrutinato prioritariamente, poiché recherebbe contestazioni attinenti a una fase della procedura anteriore rispetto a quella su cui si

focalizza il ricorso principale. E ciò in quanto il ricorso incidentale, contenendo esclusivamente censure riferite al rapporto di avvalimento, sarebbe volto a contestare il possesso dei requisiti di capacità tecnica richiesti per la partecipazione alla gara, mentre il ricorso principale avrebbe ad oggetto una fase successiva della procedura, attinente al riscontro degli elementi essenziali dell'offerta prescritti a pena di esclusione.

La parte ha, inoltre, affermato che, una volta accolto il ricorso incidentale, il Collegio non sarebbe tenuto all'esame di quello principale, in quanto Jolly Sport non avrebbe mai dichiarato di avere un interesse strumentale alla riedizione della gara, a seguito dell'eventuale accoglimento di entrambi i ricorsi principale e incidentale.

1.2. Al riguardo, il Collegio deve rilevare tuttavia che la posizione espressa dall'Adunanza plenaria nella pronuncia richiamata risulta superata alla luce dei successivi sviluppi giurisprudenziali registrati nell'ambito della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea.

È sufficiente richiamare, al riguardo, la sentenza della Decima Sezione della Corte resa il 5 settembre 2019 nella causa C-333/18, ove si è concluso che *“l'articolo 1, paragrafo 1, terzo comma, e paragrafo 3, della direttiva 89/665 deve essere interpretato nel senso che esso osta a che un ricorso principale, proposto da un offerente che abbia interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme che traspongono quest'ultimo, ed inteso ad ottenere l'esclusione di un altro offerente, venga dichiarato irricevibile in applicazione delle norme o delle prassi giurisprudenziali procedurali nazionali disciplinanti il trattamento dei ricorsi intesi alla reciproca esclusione, quali che siano il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto e il numero di quelli che hanno presentato ricorsi”*.

Discende da tale statuizione che il Giudice amministrativo non può esimersi dallo scrutinare tutte le impugnazioni e che l'interesse strumentale all'eventuale riedizione della gara deve ritenersi immanente alla posizione della parte ricorrente.

1.3. Il Collegio è tenuto, pertanto, a procedere anzitutto all'esame del ricorso principale e solo in caso di rigetto di quest'ultimo potrà esimersi dallo scrutinio del ricorso incidentale, il quale dovrà essere invece vagliato laddove il ricorso principale venga accolto.

2. Ciò posto, va presa in esame l'eccezione di tardività del ricorso principale sollevata da Calzaturificio Play Sport.

2.1. Come detto, secondo la controinteressata, Jolly Scarpe non avrebbe comprovato che l'accesso agli atti sarebbe avvenuto il 15 marzo 2021 – ossia a oltre trenta giorni dalla pubblicazione del provvedimento di aggiudicazione – per fatto non imputabile alla medesima ricorrente.

2.2. Occorre tenere presente che l'Adunanza plenaria, nella sentenza n. 12 del 2020, ha statuito che i termini per la proposizione del ricorso decorrono dalla pubblicazione degli atti, anche mediante le forme di comunicazione e di pubblicità individuate nel bando di gara ed accettate dai partecipanti alla procedura, purché gli atti stessi siano comunicati o pubblicati unitamente ai relativi allegati; d'altro canto, *“la proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara comporta la ‘dilazione temporale’ quando i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta”* (cfr. § 32).

Sotto quest'ultimo profilo, in particolare, l'Adunanza plenaria ha affermato che *“L'Amministrazione aggiudicatrice deve consentire all'impresa interessata di accedere agli atti, sicché - in presenza di eventuali suoi comportamenti dilatori (che non possono comportare suoi vantaggi processuali, per il principio della parità delle parti) - va ribadito quanto già affermato dalla giurisprudenza sopra richiamata al § 19, per la quale, qualora l'Amministrazione aggiudicatrice rifiuti l'accesso o impedisca con comportamenti dilatori l'immediata conoscenza degli atti di gara (e dei relativi allegati), il termine per l'impugnazione degli atti comincia a decorrere solo da quando l'interessato li abbia conosciuti”* (§ 25.2). In coerenza con questa affermazione, la pronuncia richiamata ha aggiunto che *“Poiché il termine di impugnazione comincia a decorrere dalla conoscenza del contenuto degli atti, anche in tal caso non è necessaria la previa proposizione di un ricorso ‘al buio’ [‘in abstracto’, nella terminologia della Corte di Giustizia, e di per sé destinato ad essere dichiarato inammissibile, per violazione della regola sulla specificazione dei motivi di ricorso, contenuta nell'art. 40, comma 1, lettera d), del c.p.a.], cui dovrebbe seguire la proposizione di motivi aggiunti”* (§ 31).

In altri termini, se i profili contestati non erano conoscibili sulla base della documentazione pubblicata dalla Stazione appaltante o comunque resa accessibile con le modalità previste dalla *lex specialis* di gara, il termine per la proposizione del ricorso decorre da quando i medesimi profili sono stati conosciuti dal concorrente a seguito di accesso agli atti.

2.3. Nel caso oggetto del presente giudizio, non è controverso che le censure di Jolly Scarpe si riferiscano a dati conosciuti soltanto mediante accesso agli atti e che

l'incombente abbia avuto luogo il 15 marzo 2021.

Conseguentemente, il ricorso notificato il successivo 17 marzo e depositato il 19 marzo risulta tempestivo.

2.4. D'altro canto, non emerge neppure un'inerzia della parte nel proporre istanza di accesso, né avrebbe potuto esigersi la produzione in giudizio di documentazione ulteriore rispetto a quella depositata, al fine di dimostrare la diligenza dell'operatore nel prendere conoscenza degli atti di gara.

A fronte della pubblicazione del provvedimento di aggiudicazione in data 3 febbraio 2021, Jolly Scarpe risulta infatti aver prodotto un'istanza rivolta alla Stazione appaltante, datata 8 febbraio 2021, con la quale ha chiesto di *“esercitare il diritto di accesso agli atti e di prendere visione ed estrarre copia dei verbali di gara ed in particolare dei rapporti di prova oggetto di valutazione tecnica”*.

Una seconda istanza, datata 15 febbraio 2021, è stata poi formulata con l'indicazione dettagliata dei documenti ai quali si chiedeva l'accesso.

Risultano, ancora, dalla documentazione depositata, interlocuzioni mediante posta elettronica con l'Amministrazione, successive a tale data, e – infine – la comunicazione conclusiva, con la quale l'operatore ha reso noto alla Stazione appaltante che i propri delegati avrebbero esercitato l'accesso in data 15 marzo 2021 alle ore 12,30.

Posti tali dati, la contestazione secondo la quale non sarebbe comprovata la data di invio delle istanze di accesso e i dubbi della controinteressata circa l'effettivo invio della prima di tali istanze (quella datata 8 febbraio 2021) non hanno pregio. E ciò non solo in quanto la ricezione di entrambe le domande di accesso non è stata contestata dall'Amministrazione, ma anche perché la ricorrente risulta essersi comunque attivata per l'accesso agli atti prima della scadenza del termine di trenta giorni dalla pubblicazione dell'aggiudicazione. In caso contrario, infatti, non avrebbe potuto ricevere dall'Amministrazione la comunicazione di posta elettronica datata 2 marzo 2021 (comunicazione di cui si ha traccia nel doc. 9 depositato da Jolly Scarpe con il ricorso).

2.5. L'eccezione va, perciò, rigettata.

3. Le rimanenti eccezioni in rito formulate dalla controinteressata vanno esaminate in relazione alle singole censure contenute nel ricorso principale.

4. In questa prospettiva, il Collegio ritiene di dover prendere in esame anzitutto la doglianza – già scrutinata positivamente in sede cautelare – con la quale si sostiene che

l'offerta tecnica dell'aggiudicataria avrebbe dovuto essere ritenuta non ammissibile, perché la concorrente non avrebbe comprovato i requisiti richiesti al Capo IX delle Specifiche tecniche che fanno parte della *lex specialis* di gara.

5. Al riguardo, va rilevato anzitutto che, contrariamente a quanto sostenuto da Calzaturificio Play Sport, la censura non è generica, né pretestuosa, ma è formulata in termini chiari e precisi. Conseguentemente, non può essere ritenuta inammissibile per violazione del principio di specificità dei motivi di cui all'articolo 40, comma 1, lett. *d*), e comma 2, cod. proc. amm.

Quanto dedotto dalla ricorrente non tocca, inoltre, il merito della discrezionalità tecnica riservata alla Commissione giudicatrice, atteso che la parte si è limitata ad affermare che la predetta Commissione avrebbe dovuto escludere l'aggiudicataria sulla base del riscontro della carenza della documentazione a comprova di elementi essenziali dell'offerta tecnica presentata in gara.

Le eccezioni sollevate al riguardo vanno, pertanto, disattese.

6. Sotto altro profilo, non può ritenersi che la doglianza sia inammissibile soltanto perché la ricorrente ha ommesso di impugnare specificamente il verbale di gara n. 1 del 28 ottobre 2020, relativo alle operazioni con le quali la Commissione giudicatrice ha verificato e accertato la completezza della documentazione presentata in gara da Calzaturificio Play Sport.

Al riguardo, è sufficiente rilevare che i verbali della Commissione sono atti endoprocedimentali, oggetto di approvazione mediante il decreto di aggiudicazione della gara del 3 febbraio 2021.

Questo dato, che discende di per sé dai principi, è anche espressamente affermato nel provvedimento, il quale richiama nelle premesse tutti gli atti della procedura, inclusi i verbali della Commissione, e nel dispositivo afferma che “*Si approvano le premesse e si aggiudica la procedura di gara in narrativa alla Soc. Calzaturificio Play Sport Srl*”.

Conseguentemente, il provvedimento lesivo, che la ricorrente principale aveva l'onere di impugnare, era proprio il decreto di aggiudicazione. La parte non era invece tenuta alla specifica impugnazione degli atti endoprocedimentali, di per se stessi privi di efficacia lesiva, ai quali far risalire la dedotta illegittimità dell'esito della procedura.

Anche questa eccezione va, perciò, disattesa.

7. Nel merito, la censura è fondata, dovendo trovare conferma, anche a un più approfondito esame, proprio della sede di merito, quanto già ritenuto dalla Sezione in

sede cautelare.

8. L'esame della questione posta nel ricorso richiede la preliminare ricostruzione del quadro normativo di riferimento.

8.1. Occorre ricordare che, ai sensi dell'articolo 34, comma 1, del Codice dei contratti pubblici, *“Le stazioni appaltanti contribuiscono al conseguimento degli obiettivi ambientali previsti dal Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione attraverso l'inserimento, nella documentazione progettuale e di gara, almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi adottati con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare (...)”*.

Il comma 2 del medesimo articolo prevede che *“I criteri ambientali minimi definiti dal decreto di cui al comma 1, in particolare i criteri premianti, sono tenuti in considerazione anche ai fini della stesura dei documenti di gara per l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'articolo 95, comma 6 (...)”*, mentre il successivo comma 3 stabilisce che *“L'obbligo di cui ai commi 1 e 2 si applica per gli affidamenti di qualunque importo, relativamente alle categorie di forniture e di affidamenti di servizi e lavori oggetto dei criteri ambientali minimi adottati nell'ambito del citato Piano d'azione”*.

8.2. Il *“Piano d'azione”* richiamato dall'articolo 34 del Codice dei contratti pubblici è previsto dai commi 1126 e 1127 dell'articolo 1 della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (legge finanziaria 2007).

In particolare, il comma 1126 stabilisce l'approvazione di un *“Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione”*, il quale è *“predisposto dal Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, di concerto con i Ministri dell'economia e delle finanze e dello sviluppo economico, d'intesa con le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, e sottoposto alla approvazione dalla CONSIP Spa, costituita in attuazione del decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 414”* e *“prevede l'adozione di misure volte all'integrazione delle esigenze di sostenibilità ambientale nelle procedure di acquisto di beni e servizi delle amministrazioni competenti, sulla base dei seguenti criteri: a) riduzione dell'uso delle risorse naturali; b) sostituzione delle fonti energetiche non rinnovabili con fonti rinnovabili; c) riduzione della produzione di rifiuti; d) riduzione delle emissioni inquinanti; e) riduzione dei rischi ambientali”*.

Secondo quanto stabilito dal successivo comma 1127, *“Il piano di cui al comma 1126 indica gli obiettivi di sostenibilità ambientale da raggiungere per gli acquisti nelle seguenti categorie merceologiche: a) arredi; b) materiali da costruzione; c) manutenzione delle strade; d) gestione del verde*

pubblico; e) illuminazione e riscaldamento; f) elettronica; g) tessile; h) cancelleria; i) ristorazione; l) materiali per l'igiene; m) trasporti?

Il “*Piano d'azione*”, effettivamente approvato con decreto ministeriale 11 aprile 2008 e successivamente aggiornato con decreto ministeriale 10 aprile 2013, ha previsto il rinvio ad appositi decreti emanati dal Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare l'individuazione di un set di criteri ambientali “minimi” (c.d. CAM) per ciascuna tipologia di acquisto che ricade nell'ambito delle categorie merceologiche individuate (§ 4.1, come sostituito dal d.m. 10.4.2013); categorie tra le quali rientra quella relativa a “*prodotti tessili e calzature*” (cfr. § 3.6).

8.3. Il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare (oggi Ministero della transizione ecologica) ha quindi provveduto a determinare, con le modalità previste, i criteri ambientali minimi relativi alle diverse categorie merceologiche e, in particolare – per quanto qui rileva – ha approvato con decreto ministeriale 17 maggio 2018, pubblicato sulla Gazzetta ufficiale 31 maggio 2018, n. 125, i “*Criteri ambientali minimi per la fornitura di calzature da lavoro non dpi e dpi, articoli e accessori di pelle*”.

In particolare, l'Allegato al predetto decreto, ove sono indicati i CAM nel suddetto settore merceologico, indica separatamente:

- i “*Criteri di Selezione degli operatori economici: capacità tecniche e professionali*” (§ 2.2), nell'ambito dei quali sono inclusi i profili concernenti la “*Responsabilità sociale di impresa*” (§ 2.2.1) e il “*Sistema di gestione ambientale*” (§ 2.2.2);
- le “*Specifiche Tecniche*” che devono essere comprovate in sede di offerta, talora soltanto al superamento di determinate soglie di valore della fornitura (§ 2.3);
- i “*Criteri premianti*” (§ 2.4);
- le “*Condizioni di esecuzione/ clausole contrattuali*” (§ 2.5).

9. Con riferimento alla procedura di gara oggetto della presente controversia, i CAM relativi alla categoria merceologica cui si riferisce la fornitura sono stati recepiti al Capo IX delle Specifiche tecniche incluse nella *lex specialis* di gara quale Allegato A al Capitolato tecnico.

Il predetto Capo IX reca, infatti, i “*Criteri ambientali minimi di cui al Decreto Ministeriale 17/05/2018 del Ministro dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare (...) in materia di calzature da lavoro*”, specificando che “*dovranno essere comprovati, come indicato nei relativi metodi di verifica, i seguenti punti*” (v. p. 11 delle Specifiche tecniche).

Seguono appositi paragrafi alla “*Responsabilità sociale di impresa*”, al “*Sistema di gestione ambientale*”, alla “*Tracciabilità della filiera produttiva*”, alle “*Sostanze pericolose nel prodotto finale*”, al “*Consumo idrico*”, alla “*Domanda chimica di ossigeno (COD) nei reflui provenienti dai distretti conciari, dai processi di finissaggio dei tessili e dai processi di produzione dei polimeri/resine naturali e sintetici/che*” e alla “*Riduzione del carico di cromo nei reflui*”.

Si tratta di profili disciplinati dall’Allegato al decreto ministeriale 17 maggio 2018, e in particolare:

- la “*Responsabilità sociale di impresa*” e il “*Sistema di gestione ambientale*” trovano riscontro nei “*Criteri di Selezione degli operatori economici: capacità tecniche e professionali?*” di cui al § 2.2 dell’Allegato al decreto ministeriale;

- le rimanenti indicazioni tecniche si riferiscono ad altrettanti aspetti regolamentati al § 2.3 dello stesso Allegato, dedicato – come sopra detto – alle “*Specifiche Tecniche*”.

10. Ciò posto, la ricorrente ha contestato che l’offerta di Calzaturificio Play Sport non sarebbe stata corredata di tutta la documentazione prescritta a comprova di questo secondo gruppo di requisiti.

10.1. La circostanza trova riscontro nella documentazione depositata agli atti del giudizio.

10.2. Si rileva, in effetti, che l’aggiudicataria non ha prodotto quando specificamente richiesto dalla *lex specialis* di gara, in conformità al decreto ministeriale 17 maggio 2018, al fine di dimostrare la conformità del prodotto e dei propri processi produttivi ai criteri ambientali minimi, bensì soltanto una dichiarazione sostitutiva di certificazione, con la quale si è impegnata ad assicurare il rispetto dei suddetti criteri in fase esecutiva.

Più in dettaglio, si osserva quanto segue.

(i) Con riguardo alla “*Tracciabilità della filiera produttiva*”, il Capo IX delle Specifiche tecniche stabilisce che, al fine di comprovare il requisito, “*L’offerente dovrà presentare la documentazione atta a dimostrare la trasparenza e la tracciabilità in tutte le fasi del processo produttivo dell’oggetto dell’appalto (...), le registrazioni e le evidenze oggettive che indichino la conformità ai requisiti richiesti per il criterio. A tal fine l’offerente dovrà presentare una dichiarazione del rappresentante legale contenente il nome completo di tutte le unità di produzione e degli impianti di trasformazione autorizzati, gli indirizzi dei siti produttivi, e le tipologie di prodotti realizzati (...)*”.

In proposito, Calzaturificio Play Sport si è limitata a dichiarare “*di impegnarsi a garantire e dimostrare, in caso di aggiudicazione, la massima trasparenza lungo l’intera filiera rispetto alle unità di produzione coinvolte nelle principali fasi del processo produttivo e ai rispettivi luoghi di lavorazione*”.

(ii) Quanto alle “*Sostanze pericolose nel prodotto finale*”, la *lex specialis* di gara richiede che “*l’offerente dovrà presentare una dichiarazione di conformità redatta in base alle dichiarazioni dei fornitori e a supporti documentali come la Scheda Dati di Sicurezza ove presente, relativamente alla conformità ai requisiti di cui sopra per i materiali omogenei o gli articoli che compongono il prodotto. La dichiarazione di conformità dovrà essere corredata dai rapporti di prova relativi alle sostanze soggette a restrizioni indicate nella lista presente nell’appendice I, rilasciati da organismi di valutazione della conformità accreditati ai sensi della norma tecnica ISO 17025. Al fine di tener conto della sostenibilità economica delle prove, le sostanze da testare saranno selezionate dal fornitore delle sostanze considerando anche gli usi specifici della calzatura oggetto dell’offerta. Le dichiarazioni di conformità dovranno fare riferimento alla versione più recente del Candidate List pubblicata dall’ECHA*”.

Sul punto, l’aggiudicataria ha dichiarato che “*nel manufatto finito e in tutti i materiali omogenei o negli articoli che sono parte della struttura del prodotto finale*” non sarebbero state aggiunte intenzionalmente una serie di sostanze specificate e che “*i materiali omogenei, gli articoli che lo compongono, le formulazioni utilizzate, non conterranno le sostanze specificate nella lista delle sostanze soggette a restrizioni (RSL e s.m.i) se applicabili ai prodotti, comprovabili a mezzo di rapporto di prova se richiesti dall’amministrazione*”.

(iii) Con riferimento al “*Consumo idrico*”, il Capo IX delle Specifiche tecniche prescrive che “*l’offerente dovrà presentare una dichiarazione di conformità da parte dell’azienda fornitrice del cuoio o di lavorazione della pelle. La dichiarazione dovrà indicare l’importo annuo della produzione di cuoio e di consumo relativo di acqua in base ai valori medi mensili degli ultimi 12 mesi precedenti la presentazione dell’offerta, supportata dai valori fatturati dalla società che gestisce il servizio idrico integrato oppure, se del caso, dalla denuncia annuale alle autorità competenti dei volumi idrici derivati dai pozzi*”.

A questo riguardo, Calzaturificio Play Sport ha dichiarato unicamente che “*si impegnerà a richiedere alla ditta fornitrice della pelle, l’osservanza dei limiti sul consumo di acqua (...) come previsto dal Decreto Ministeriale 17/05/2018 (...)*”.

(iv) Per ciò che attiene alla “*Domanda chimica di ossigeno nei reflui (...)*” la *lex specialis* di gara richiede che “*l’offerente dovrà fornire una dichiarazione di conformità supportata dalla documentazione tecnica e dai rapporti di prova per la determinazione della richiesta chimica di ossigeno nelle acque*” secondo specifici metodi di misura, in relazione “*alle medie delle misurazioni effettuate nell’anno precedente l’offerta. I dati dovranno dimostrare la conformità del sito di produzione o, se l’effluente è trattato esternamente al sito, dell’impianto di trattamento delle acque reflue (...)*”.

Sul punto, l'aggiudicataria ha dichiarato di impegnarsi *“a produrre la documentazione tecnica opportuna a dimostrare la conformità dei siti di produzione”*.

(v) Quanto, infine, alla *“Riduzione del carico di cromo nei reflui”*, si prescrive che *“l'offerente o il fornitore della pelle utilizzata per produrre il prodotto finito dovrà presentare una documentazione tecnica sottoscritta dal rappresentante legale in cui si attesta l'impiego di sai di cromo in parte recuperati e/o copia del MUD attestante l'invio dei bagni di concia a recupero. Se utilizzati concianti ad alto esaurimento, l'offerente dovrà presentare le specifiche tecniche dei prodotti utilizzati contenenti il dettaglio della percentuale di efficienza di prestazioni dei prodotti chimici impiegati e/o la documentazione tecnica dei sistemi di dosaggio”*.

Al riguardo, l'aggiudicataria ha dichiarato soltanto di impegnarsi *“a richiedere alla ditta fornitrice la documentazione tecnica necessaria per verificare l'osservanza di tale riduzione, sia in caso di impegno dei bagni di concia in cui sono stati adoperati sali di cromo di recupero, o in caso di collaborazione con consorzio di recupero, oppure in caso di impiego di prodotti concianti ad alto esaurimento che garantiscono risultati equivalenti a quelli tradizionali con impiego di dosaggi inferiori”*.

10.3. Emerge da quanto riportato che effettivamente l'offerta di Calzaturificio Play Sport non presentava gli elementi prescritti dalla *lex specialis* di gara, in conformità al decreto ministeriale 17 maggio 2018, che ha determinato i CAM relativi alla specifica categoria merceologica. Circostanza, questa, che avrebbe dovuto comportare l'esclusione dell'operatore dalla gara.

Del resto, che tale conseguenza possa derivare dalla mancata produzione della documentazione attestante il rispetto dei CAM è stato già affermato dalla giurisprudenza (cfr. TRGA Trentino-Alto Adige, Trento, 14 maggio 2020, n. 66; Id. 18 dicembre 2019, n. 168; TAR Toscana, Sez. III, 20 febbraio 2020, n. 225).

Non convincono, in senso contrario, le allegazioni dell'Amministrazione resistente e della controinteressata.

10.4. Il Ministero dell'interno ha affermato che la Commissione giudicatrice ha ritenuto esigibile in sede di gara soltanto quanto richiesto al Capo IX delle Specifiche tecniche in tema di *“Responsabilità sociale di impresa”* e di *“Sistema di gestione ambientale”*.

Quanto alle altre prescrizioni, rilevato che l'operatore ha presentato la certificazione SA 8000 (a comprova della propria capacità di applicare misure per la gestione etica della catena della fornitura) e la certificazione ISO 14001 (che specifica i requisiti di un sistema ambientale), la Commissione ha ritenuto di poter accettare una dichiarazione di intenti da parte del concorrente. E ciò sulla base della considerazione che il rispetto di

tali ulteriori prescrizioni richiederebbe il deposito di documentazione, spesso proveniente da soggetti terzi, che potrebbe essere acquisita soltanto se il bene oggetto di gara è già in produzione. Si tratterebbe, quindi, di una scelta finalizzata ad assicurare la massima partecipazione alla gara.

Analoghe considerazioni sono state svolte anche dalla controinteressata, la quale ha inoltre evidenziato che il Disciplinare di gara e il Capitolato tecnico indicano i documenti che avrebbero dovuto comporre a pena di esclusione l'offerta tecnica, senza includervi la documentazione a comprova dei CAM, ma dando solo la possibilità ai concorrenti di inserire "*eventuale ulteriore documentazione tecnica*". Secondo la parte, quest'ultima voce sarebbe stata volta a consentire la produzione discrezionale, da parte dei concorrenti, di documentazione comunque non idonea a determinare l'attribuzione di punteggi o premialità. Di tale facoltà Calzaturificio Play Sport si sarebbe avvalsa, pur non essendovi obbligata, producendo il certificato SA 8000 sia della medesima concorrente che dell'ausiliaria, la certificazione ambientale ISO 14001 e la dichiarazione di impegno al rispetto dei CAM in fase esecutiva, sopra richiamata.

10.4.1. Al riguardo, deve anzitutto osservarsi che l'obbligatorietà dei criteri ambientali minimi per l'Amministrazione è espressamente stabilita dalla legge (Cons. Stato, Sez. V, 3 febbraio 2021, n. 972) e che, nel caso in esame, tale obbligo è stato effettivamente osservato, posto che i CAM sono stati espressamente recepiti nell'ambito delle Specifiche tecniche allegate al Capitolato tecnico.

10.4.2. Quanto al momento in cui deve essere verificato il rispetto dei suddetti criteri, deve osservarsi che, con specifico riferimento ai CAM relativi alla categoria merceologica oggetto del presente giudizio, la suddetta valutazione è stata già compiuta dal decreto ministeriale 17 maggio 2018, il quale – come sopra detto – ha distintamente indicato le "*Specifiche Tecniche*", il cui possesso deve essere dimostrato in sede di offerta con le modalità stabilite, rispetto ai "*Criteri premianti*", che l'Amministrazione può prendere in considerazione ai fini dell'attribuzione di un punteggio aggiuntivo, e alle "*Condizioni di esecuzione/clausole contrattuali*", il cui rispetto va quindi accertato soltanto in fase esecutiva.

Le "*Specifiche Tecniche*" fanno riferimento, quanto alla dimostrazione dei requisiti, al soggetto "*offerente*" e indicano, talora, alla necessità di comprovare determinati elementi "*nell'anno precedente l'offerta*".

Risulta, inoltre, che il decreto ministeriale abbia preso in considerazione l'onerosità insita nella prova di determinate “*Specifiche Tecniche*”, stabilendone l'applicazione soltanto al di sopra di una certa soglia di valore dell'affidamento.

D'altro canto, il recepimento delle prescrizioni contenute nel decreto ministeriale 17 maggio 2018 non è avvenuto in modo acritico da parte dell'Amministrazione, la quale ha opportunamente selezionato – trasfondendoli nel più volte richiamato Capo IX delle Specifiche tecniche – i soli requisiti ritenuti pertinenti rispetto alla commessa.

Come sopra detto, peraltro, anche le prescrizioni contenute nel predetto Capo IX ai fini della prova del rispetto dei CAM sono costantemente riferite all'operatore “*offerente*”, secondo quanto sopra riportato, e non all'aggiudicatario o all'esecutore della commessa. Ne consegue che, sia in considerazione della lettera e dell'articolazione sistematica interna del decreto ministeriale 17 maggio 2018, sia anche in base alla formulazione del Capo IX delle Specifiche tecniche della *lex specialis* della procedura, non possa dubitarsi che il rispetto delle prescrizioni in esame dovesse essere comprovato in sede di gara, con le modalità specificamente prescritte, senza che tale dato possa essere posto nel nulla dalla mera circostanza che la presentazione della documentazione a comprova dei CAM non fosse specificamente riepilogata tra i documenti da produrre a pena di esclusione. Non a caso, la controinteressata si è avvalsa della possibilità di inserimento telematico di “*eventuale ulteriore documentazione tecnica*” proprio per la presentazione di quanto a suo avviso ritenuto utile per dimostrare il rispetto dei criteri ambientali minimi.

10.4.3. Prova troppo, poi, l'affermazione secondo la quale l'interpretazione della Commissione – che ha ritenuto sufficiente un mero impegno dell'aggiudicatario a dimostrare il possesso dei CAM in sede esecutiva – andrebbe a beneficio della concorrenza.

È sufficiente osservare, infatti, come un'interpretazione della *lex specialis* di gara contraria al tenore testuale delle Specifiche tecniche e del decreto ministeriale 17 maggio 2018 finisca potenzialmente per favorire chi abbia partecipato alla gara, pur non essendo in grado di dimostrare l'osservanza dei CAM, rispetto a chi se ne sia astenuto, a fronte di previsioni che prescrivevano univocamente di comprovare nell'ambito della procedura, con specifiche modalità, determinati requisiti del prodotto finito e dei processi produttivi.

Il *favor* per la concorrenza non può, infatti, essere disgiunto dal necessario rispetto della *par condicio* tra gli operatori, la quale impone di non attribuire agli atti di gara una portata diversa rispetto a quella obiettivamente evincibile dal loro tenore testuale. Costituisce, infatti, *ius receptum* il principio secondo il quale “*Le preminenti esigenze di certezza connesse allo svolgimento delle procedure concorsuali di selezione dei partecipanti impongono di ritenere di stretta interpretazione le clausole del bando di gara: ne va perciò preclusa qualsiasi lettura che non sia in sé giustificata da un’obiettiva incertezza del loro significato letterale*” (Cons. Stato, Sez. V, 12 settembre 2017, n. 4307; nello stesso senso, *ex multis*, Id., 2 dicembre 2019, n. 8237).

10.4.4. D’altro canto, nel caso in esame, l’aggiudicataria non ha sottoposto alla Commissione le specifiche ragioni per le quali eventualmente non sarebbe stata in grado di dimostrare puntualmente in sede di gara il rispetto di alcuni CAM, né ha fornito elementi idonei a costituire un principio di prova dell’osservanza di tali criteri, ma si è limitata genericamente a rinviare, per tutti e cinque i CAM riconducibili al § 2.3 dell’Allegato al decreto ministeriale 17 maggio 2018, a documentazione da produrre in sede esecutiva. E ciò non soltanto per i criteri riferiti ai processi produttivi, ma persino per quello attinente alle “*Sostanze pericolose nel prodotto finale*”, rispetto al quale la concorrente si è impegnata soltanto a non aggiungere intenzionalmente nel prodotto le sostanze specificate e a fare in modo che i materiali omogenei, gli articoli che compongono il prodotto e le formulazioni utilizzate non contenessero sostanze soggette a restrizioni.

Ritiene il Collegio che l’offerta, così formulata, oltre a non risultare conforme ai CAM stabiliti a livello nazionale e alla *lex specialis* di gara, non consentisse neppure alla Stazione appaltante di poter confidare con certezza nella dimostrazione del rigoroso rispetto di tutti i criteri ambientali minimi in sede esecutiva.

10.5. La controinteressata ha sostenuto poi, nelle difese depositate in prossimità dell’udienza, che l’obbligo del rispetto dei CAM non opererebbe per la categoria merceologica “*calzature*”, in quanto non compresa tra quelle indicate all’articolo 1, comma 1127, della legge n. 296 del 2006.

Come sopra detto, tuttavia, la generica categoria merceologica “*tessile*” è stata concretamente declinata dal “*Piano d’azione*” del 2008, il quale fa riferimento a “*prodotti tessili e calzature*” (cfr. § 3.6).

Non vi è dubbio, pertanto, che la determinazione dei criteri ambientali minimi per le calzature rientri nel perimetro del predetto “*Piano d’azione*”.

Deve, peraltro, aggiungersi che i CAM stabiliti dal decreto ministeriale 17 maggio 2018 sono stati recepiti nel Capo IX delle Specifiche tecniche, nei limiti di quanto ritenuto necessario dalla Stazione appaltante, per cui traggono in ogni caso la propria vincolatività dalla *lex specialis* di gara, che la parte non ha impugnato.

10.6. In definitiva, per le ragioni sin qui esposte, la censura scrutinata deve essere accolta.

Il Collegio ritiene di potersi esimere dallo scrutinio delle altre doglianze dedotte con il ricorso principale, in considerazione del carattere assorbente di quella esaminata, di per sé idonea a determinare la caducazione dell'aggiudicazione della gara.

11. Deve quindi passarsi all'esame del ricorso incidentale, il quale si rivela infondato, per le ragioni che si espongono di seguito.

12. Calzaturificio Play Sport sostiene, anzitutto, che il contratto di avvalimento stipulato tra Jolly Scarpe e l'ausiliaria Bodani Prod Shoes sarebbe radicalmente nullo per indeterminatezza dell'oggetto.

12.1. Al riguardo, occorre tenere presente che, secondo quanto ribadito anche di recente dal Consiglio di Stato, *“La giurisprudenza amministrativa (cfr., in particolare, Cons. Stato, Adunanza plenaria, decisione n. 23 del 4 novembre 2016), ha chiarito che l'indagine in ordine agli elementi essenziali dell'avvalimento c.d. “operativo” “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.). Il contratto di avvalimento non deve quindi necessariamente spingersi, ad esempio, sino alla rigida quantificazione dei mezzi d'opera, all'esatta indicazione delle qualifiche del personale messo a disposizione ovvero alla indicazione numerica dello stesso personale. Tuttavia, l'assetto negoziale deve consentire quantomeno “l'individuazione delle esatte funzioni che l'impresa ausiliaria andrà a svolgere, direttamente o in ausilio all'impresa ausiliata, e i parametri cui rapportare le risorse messe a disposizione” (Cons. Stato, sez. IV, 26 luglio 2017, n. 3682); deve cioè prevedere, da un lato, la messa a disposizione di personale qualificato, specificando se per la diretta esecuzione del servizio o per la formazione del personale dipendente dell'impresa ausiliata, dall'altro i criteri per la quantificazione delle risorse e/o dei mezzi forniti” (Cons. Stato, Sez. IV, 30 giugno 2021, n. 4935).*

12.2. Nel caso oggetto del presente giudizio, dal contratto di avvalimento stipulato tra Jolly Scarpe e Bodani Prod Shoes risulta che:

- *“L’impresa ausiliata, sebbene economicamente organizzata, è in parte carente delle seguenti capacità: Capacità tecnica, con specifico riferimento alle fasi di produzione: acquisto, immagazzinamento e controllo qualità materie prime, taglio, orlatura tomaia, assemblaggio componenti e montaggio (intero quantitativo)”*;

- l’impresa ausiliaria si dichiara in possesso di *“idonei requisiti e capacità tecniche di elevata specializzazione, nonché macchinari/attrezzature e risorse umane per l’esecuzione”* delle medesime fasi;

- l’impresa ausiliaria s’impegna a mettere a disposizione dell’impresa ausiliata *“le capacità tecniche ed umane, procedure e apparati organizzativi posseduti in proprio”* e, in particolare: *“a) capacità tecniche e risorse tecniche (macchine/attrezzature, depositi, laboratori, etc.); b) personale dell’impresa ausiliaria, necessario per l’esecuzione corretta delle attività di taglio, giunteria, montaggio e specifiche lavorazioni (...)”*.

L’ausiliaria – dotata dei mezzi tecnici e del personale dettagliatamente documentati in sede di gara, ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità tecnica – ha quindi messo a disposizione dell’ausiliata la propria organizzazione aziendale, nella misura necessaria all’esecuzione delle specifiche fasi di lavorazione indicate nel contratto.

Deve, inoltre, rilevarsi che gli elenchi dettagliati dei mezzi e del personale dell’ausiliaria sono contenuti in documenti sottoscritti dal rappresentante della società in pari data rispetto al contratto di avvalimento. Sia il contratto che gli elenchi sono stati prodotti, del resto, in sede di presentazione dell’offerta.

Il contratto di avvalimento va, pertanto, interpretato, secondo buona fede (art. 1366 cc), nel senso che l’impegno assunto dall’ausiliaria consiste nel mettere a disposizione la propria organizzazione aziendale, comprendente i predetti mezzi e risorse, noti all’ausiliata e alla Stazione appaltante, ai fini dell’esecuzione delle specifiche fasi di lavorazione indicate.

Ritiene il Collegio che, pertanto, debba escludersi che l’oggetto del contratto di avvalimento possa reputarsi indeterminato, in ossequio all’indirizzo giurisprudenziale secondo il quale *“Va (...) confermato il principio (...) per cui L’elemento caratterizzante [l’avvalimento] non è limitato a un mero “prestito” formale di personale e/o di macchinari e/o di beni strumentali necessariamente, sganciato dalla relativa organizzazione aziendale [...] anche se il suo effetto – relativamente al rapporto di appalto - consiste nell’imputazione giuridica ed economica delle prestazioni che ne sono*

oggetto direttamente all'impresa concorrente, che, a tal fine, si avvale dell'ausiliaria' (Cons. Stato, V, 16 marzo 2018, n. 1698). D'altro canto, nel caso di ricorso all'istituto dell'avvalimento, è ben possibile 'che, nel singolo contratto, sia previsto, quando si tratti di c.d. avvalimento tecnico-operativo, l'impiego non di un singolo elemento della produzione, bensì dell'azienda intesa come complesso produttivo unitariamente considerato (o di un ramo di essa). Di questa l'ausiliaria non perde la detenzione, pur mettendola a disposizione, in tutto o in parte, per l'utilizzazione dell'ausiliata, secondo le previsioni del contratto di avvalimento, approvate dalla stazione appaltante.'" (così Cons. Stato, Sez. V, 22 febbraio 2021, n. 1514).

Del resto, la verifica in sede di gara della determinatezza dell'oggetto del contratto di avvalimento è richiesta al fine di evitare che l'istituto sia piegato a finalità elusive, ossia che le prestazioni contrattuali siano eseguite autonomamente da un soggetto (l'impresa ausiliata) che non è in possesso dei requisiti prescritti. Nel caso in esame, il contratto rende chiaramente evincibile quali fasi di produzione vedranno il coinvolgimento dell'ausiliaria, mediante i mezzi a ciò necessari nell'ambito della propria organizzazione aziendale, che è messa complessivamente a disposizione dell'ausiliata. La Stazione appaltate è, pertanto, in grado di verificare che tali fasi siano effettivamente eseguite avvalendosi dell'organizzazione dell'operatore che è in possesso dei requisiti di capacità tecnica, mediante l'impiego dei mezzi e delle risorse debitamente documentati agli atti di gara, benché non formalmente riepilogati nel contratto di avvalimento.

12.3. Da ciò il rigetto della censura.

13. La ricorrente incidentale sostiene, poi, che Jolly Scarpe non avrebbe prodotto in sede di gara né la dichiarazione, sottoscritta dall'ausiliaria, con la quale quest'ultima si obbliga, verso il concorrente e verso la Stazione appaltante, a mettere a disposizione, per tutta la durata dell'appalto, le risorse necessarie di cui è carente il concorrente, né la dichiarazione con la quale la medesima ausiliaria attesta di non partecipare alla gara in proprio o come associata o consorziata.

13.1. L'assenza di tali dichiarazioni risulta, tuttavia, smentita documentalmente dalla relativa produzione agli atti del giudizio da parte di Jolly Scarpe.

13.2. La ricorrente incidentale ha, ancora, sostenuto che, stante la mancata esibizione in proprio favore delle predette dichiarazioni in occasione dell'accesso agli atti, potrebbe ritenersi che le stesse fossero state effettivamente elaborate prima di partecipare alla

gara, ma che non fossero state poi effettivamente inserite nell'apposito portale informatico.

Anche questa supposizione, tuttavia, risulta smentita dalla produzione, da parte di Jolly Scarpe, dell'immagine relativa all'elenco dei documenti caricati sul portale "acquistinretepa", senza ulteriori contestazioni al riguardo.

13.3. La censura va, perciò, rigettata.

14. In definitiva, alla luce di quanto sin qui esposto, il ricorso principale deve essere accolto, con conseguente annullamento dell'aggiudicazione della gara.

Va, invece, respinto il ricorso incidentale.

15. La complessità e la parziale novità delle questioni affrontate sorreggono, tuttavia, la compensazione delle spese del giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Bis), definitivamente pronunciando sul ricorso e sul ricorso incidentale, come in epigrafe proposti:

- accoglie il ricorso principale e, per l'effetto, annulla l'aggiudicazione della gara;
- respinge il ricorso incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio dei giorni 12 luglio e 29 luglio 2021, tenutesi con modalità da remoto, con l'intervento dei magistrati:

Concetta Anastasi, Presidente

Fabrizio D'Alessandri, Consigliere

Floriana Venera Di Mauro, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Floriana Venera Di Mauro

IL PRESIDENTE
Concetta Anastasi

IL SEGRETARIO

