



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 Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1627 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Sadi Servizi Industriali S.p.A. e A.T.I. con Riccoboni S.p.A.,
rappresentati e difesi dagli Avv.ti Riccardo Montanaro, Maurizio Saladino ed Emanuela Ecce, con domicilio eletto presso lo studio del secondo, in Milano, Viale Regina Margherita, n. 43

contro

Comune di Valle Lomellina, in persona del Sindaco pro tempore,
rappresentato e difeso dagli Avv.ti Marco Brancoli e Graziano Lissandrin, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Milano, Viale Regina Margherita, n. 30

nei confronti di

Cm Cantieri Moderni S.r.l. e Soc. Sarp Industries Sa, rappresentate e

difese dagli Avv. Andrea Abbamonte, Enzo Ribaldo ed Ercole Romano, con domicilio eletto presso lo studio del secondo, in Milano, Via Pietro Mascagni, n. 24;

Grs Valtech Sas

per l'annullamento

-della determinazione del Responsabile del Servizio Tecnico del Comune di Valle Lomellina (PV), n. 39/09-P del 24 aprile 2009, con cui è stata aggiudicata in via definitiva alla costituenda A.T.I, CM Cantieri Moderni S.r.l. – Sarp Industries Sa la gara d'appalto, avente ad oggetto l'intervento di messa in sicurezza e bonifica mediante recupero di ceneri off-site in area <<ex Stabilimento S.I.F.>> in Comune di Valle Lomellina (Pavia) – 3[^] Fase – Lotto 1", atto comunicato alla ricorrente con nota del Comune di Valle Lomellina, prot. n. 2046, in data 29 aprile 2009, ai sensi dell'art. 79, comma 5, lett. a) del D.Lgs. 163/2006;

- della determinazione del Responsabile del Servizio Tecnico n. 133/08-P, del 22.12.2008, con cui è stato approvato l'elenco definitivo delle ditte da invitare;

- delle determinazioni assunte dalla Commissione di gara così come risultanti dai verbali.

- e di ogni ulteriore atto presupposto, preparatorio, consequenziale e/o comunque connesso.

e per l'annullamento degli atti di gara nella parte in cui non hanno escluso le ricorrenti per difetto dei requisiti di partecipazione,

oggetto di ricorso incidentale, integrato da motivi aggiunti, proposto dalle controinteressate.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Valle Lomellina;

Visti l'atto di costituzione ed il ricorso incidentale integrato con motivi aggiunti di Cm Cantieri Moderni Srl e Soc. Sarp Industries Sa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 giugno 2011 il dott. Marco Poppi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando pubblicato in GUCE il 20.11.2008, il Comune di Valle Lomellina ha indetto una procedura ristretta per l'affidamento di interventi "di messa in sicurezza e bonifica mediante recupero di ceneri off-site in area ex stabilimento S.I.F., ...3^ fase – Lotto 1".

A conclusione delle operazioni valutative, con nota n. 2046 del 28.4.2009, l'Amministrazione ha comunicato ex art. 79 del D.Lgs. n. 163/2006 alla ricorrente, seconda classificata, l'aggiudicazione definitiva in favore della costituenda ATI composta da CM Cantieri Moderni e Sarp Industries S.A., quest'ultima appartenente al gruppo

Veolia Propreté .

Con il presente ricorso, parte ricorrente, ha impugnato i provvedimenti in epigrafe specificati deducendo:

1. la violazione degli artt. 55 e 62 del D.Lgs. n. 163/2006 ed eccesso di potere sotto vari profili in relazione alla pretesa illegittimità dell'ammissione in gara delle aggiudicatarie ritenute prive dei prescritti requisiti di capacità tecnica;
2. la violazione degli artt. 55 e 62 del D.Lgs. n. 163/2006 ed eccesso di potere sotto vari profili, in relazione alla mancata comprova, da parte delle aggiudicatarie, dei prescritti requisiti di ammissione;
3. la violazione dell'art. 49 del D.Lgs. n. 163/2006 ed eccesso di potere sotto svariati profili in relazione alle modalità di ricorso ad avvalimento da parte della mandante Sarp;
4. la violazione degli artt. 37, 55 e 62 del D.Lgs. n. 162/2006 ed eccesso di potere sotto vari profili in relazione al mancato possesso, da parte della mandane Sarp delle risorse personali e materiali per lo svolgimento della propria quota di servizio;
5. l'incompletezza delle dichiarazioni rese ex art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006;

Si è costituita l'Amministrazione comunale, eccependo preliminarmente, da un lato, l'inammissibilità del ricorso per difetto di interesse, stante la mancata specificazione in sede di offerta, da parte delle ricorrenti, delle quote di esecuzione riferibili a ciascun soggetto dell'ATI; dall'altro, che anche l'offerta della ricorrente

mancherebbe di referenze specifiche riferite al trattamento di rifiuti polverulenti.

Nel merito ha confutato le avverse doglianze, chiedendo la reiezione del ricorso.

Le controinteressate, costitutesi in giudizio, hanno contestato i rilievi di parte ricorrente, chiedendo la reiezione del ricorso ed hanno, altresì, proposto ricorso incidentale censurando la disciplina di gara qualora dovesse interpretarsi nel senso di non considerare le referenze aventi ad oggetto la bonifica di terreni contaminati equivalenti a quelle riferite alla gestione di rifiuti polverulenti.

Nella camera di consiglio del 29.7.2009, la discussione è stata rinviata al 9.9.2009 per consentire l'esame della copiosa documentazione versata in atti dal Comune resistente.

Con atto depositato l'8.9.2010, le controinteressate hanno integrato il ricorso incidentale con motivi aggiunti, deducendo, sotto un primo profilo, la mancata specificazione da parte delle ricorrenti delle quote di partecipazione all'esecuzione dell'appalto; sotto altro profilo, la mancata comprova, da parte delle medesime, di pregresse referenze relative ad attività di trattamento di rifiuti "polverulenti".

Nella camera di consiglio del 24.11.2009, con ordinanza istruttoria n. 254/2009, è stata disposta una verifica tesa all'accertamento della sussistenza dei requisiti di capacità tecnica della costituenda ATI CM-SARP con particolare riferimento alla natura delle prestazioni oggetto delle referenze contrattuali allegate in sede di

domanda di partecipazione.

Con il medesimo provvedimento è stato, altresì, richiesto all'Amministrazione comunale di far conoscere se si configuri o meno la rispondenza dell'effettivo riparto dei compiti fra mandataria e mandante dell'ATI aggiudicataria alle quote dichiarate in sede di domanda (rispettivamente 60% e 40%)

All'esito delle camere di consiglio del 12 e 26.1.2011, con ordinanza n. 636/2011 è stato disposto un supplemento di verifica, avente ad oggetto la sussistenza dei requisiti di capacità tecnica dei ricorrenti principali contestata dalle aggiudicatarie in sede di ricorso incidentale. Alla pubblica udienza del 20.4.2011, la causa è stata rinviata stante la pendenza del procedimento di verifica ed all'udienza dell'8 giugno 2011, è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Il Collegio ritiene di poter definire il presente giudizio indipendentemente dall'esame dei profili di inammissibilità eccepiti dall'Amministrazione resistente in quanto il ricorso è infondato nel merito.

Irrilevante ai fini del giudizio è, altresì, la questione relativa all'ordine di trattazione dei ricorsi in quanto, una volta affermata l'infondatezza di quello principale, il ricorso incidentale diviene improcedibile poiché non più sorretto da un concreto interesse.

Quanto al merito del ricorso, parte ricorrente, con il primo motivo deduce la violazione degli artt. 55 e 62 del D.Lgs. n. 163/2006 ed

eccesso di potere sotto vari profili, in relazione alla pretesa illegittimità dell'ammissione delle aggiudicatarie ritenute prive dei prescritti requisiti di capacità tecnica specificati ai punti 8 e 12 del bando.

Il punto 8 prescriveva che la partecipazione alla gara fosse riservata a soggetti “che abbiano acquisito esperienza nell'ambito di tale settore” ed “in possesso dei Requisiti di Capacità tecnica specificati nel successivo punto 12”.

Il punto 12, al paragrafo “b) Capacità tecnica”, prescriveva la produzione dell'elenco “dei principali servizi analoghi a quelli cui si riferisce il presente appalto prestati nell'arco di 60 mesi continuativi, compresi nel periodo tra l'01/01/2003 e la data di emissione del presente bando, con l'indicazione degli importi espressi in euro, delle date e dei Committenti destinatari dei servizi stessi”, nonché, di una “dichiarazione di aver eseguito con buon esito ... almeno un intervento di bonifica analogo a quello in oggetto per importo non inferiore a quello a base di gara e relativa descrizione, da cui si possa desumere l'analogia”.

La disposizione conteneva la precisazione che “per intervento analogo, ai fini della sola ammissione, si intende, sulla scorta del progetto operativo depositato presso il Comune, un intervento di messa in sicurezza e/o bonifica ambientale con asportazione, confezionamento, trasporto e smaltimento off-site di rifiuti pulverulenti”

Al punto 12 veniva precisato ulteriormente che “in caso di Imprese riunite la documentazione richiesta dovrà essere prodotta da ognuna delle imprese componenti il Raggruppamento Temporaneo di imprese salvo sia specificato diversamente; in tal caso, i requisiti finanziari e tecnici di cui ai punti 12 a) e 12 b), qualora frazionabili, devono essere posseduti nella misura di almeno il 60% dalla capogruppo e la restante percentuale cumulativamente dalle mandanti nella misura non inferiore al 30% ciascuna”.

Nessuna delle referenze allegata dalle controinteressate, secondo parte ricorrente, poteva riferirsi al trattamento di rifiuti pulverulenti.

Sempre in tema di comprova dei requisiti di capacità tecnica, viene dedotto che Sarp Industries, in sede di prequalifica, ai sensi del punto 12 b) del bando (servizi analoghi) avrebbe allegato lavori svolti da altro soggetto, Veolia Propretè, senza, peraltro, dichiarare che di questo si sarebbe avvalsa per la dimostrazione della capacità tecnica.

Le esposte censure presentano profili di sovrapposizione con le censure contenute nel secondo motivo di ricorso con il quale viene dedotta, sotto altri profili, la violazione delle medesime norme (artt. 55 e 62 del D.Lgs. n. 163/2006) quale conseguenza del mancato accertamento, anche nelle fasi successive alla prequalifica, della omessa allegazione, da parte delle controinteressate, di documentazione comprovante la natura dei lavori oggetto delle referenze allegata.

In particolare è stato rilevato che:

- i certificati di buona esecuzione prodotti in sede di gara da CM Cantieri, non consentirebbero di evincere l'analogia delle prestazioni allegare quali referenza per quelle oggetto di affidamento;
- non sarebbero stati prodotti in sede di prequalifica i certificati di buona esecuzione relativi a tutti i servizi analoghi elencati;
- relativamente alla mandante Sarp, la certificazione di buona esecuzione era riferita ai soli lavori effettuati da GRS Valthec che veniva indicata quale Società avvalsa per la prima volta in sede di offerta;

Entrambi i motivi sono infondati.

Quanto alla questione riferita alla natura pulverulenta o meno dei rifiuti, le ricorrenti sostengono che la definizione in parola avrebbe una propria rilevanza riconosciuta dalla normativa di settore e allegano a tal proposito che il DM 2.5.2006 del Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio, "Approvazione dei modelli di registro di carico e scarico dei rifiuti, ai sensi dell'art. 195, commi 2, lettera n), e 4, del decreto legislativo 3 aprile 2006, n.152", in All. A, al punto "5 Caratteristiche del rifiuto" contemplerebbe la qualifica di rifiuto "solido pulverulento".

La circostanza conferirebbe al concetto di "rifiuto pulverulento" una dignità giuridica idonea ad individuare una specifica categoria di rifiuti che rilevarebbe anche sotto il profilo delle attitudini e della capacità dei soggetti preposti al loro trattamento che, in tema di operazioni di messa in sicurezza e bonifica, a norma del D.Lgs. n.

36/2003 dovrebbero applicare “specifiche prescrizioni di natura tecnica (ad esempio sistemi di contenimento e di stoccaggio atti a ridurre al minimo i disturbi e i rischi tipici di tali rifiuti”.

Con riferimento alla specifica questione, trattandosi di qualificazione del rifiuto rispondente a specifiche fisiche, come anticipato in fatto, è stata disposta una verifica con la quale, preso atto che “con il primo motivo di gravame le ricorrenti principali lamentano la mancata esclusione dell’ATI aggiudicataria, assumendo che nessuna delle due imprese controinteressate abbia eseguito interventi di bonifica analoghi a quelli oggetto della presente gara, concernenti attività su rifiuti pulverulenti, e che pertanto difettino del requisito di capacità tecnica espressamente richiesto nel bando di gara” è stato chiesto di accertare “se, sulla scorta di quanto dichiarato e documentato al momento della presentazione della domanda, tali concorrenti fossero o meno in possesso di detto requisito, ossia se le attività di bonifica in precedenza svolte fossero del tipo di quelle oggetto del presente appalto, nel quale si fa espresso riferimento a rifiuti pulverulenti”.

Il Verificatore incaricato, ha premesso che:

- non esiste nell’ordinamento anche comunitario una definizione di rifiuto pulverulento né esistono test di laboratorio per valutare la natura pulverulenta di un rifiuto ancorché il termine venga utilizzato in numerosi provvedimenti normativi;
- la natura di rifiuto pulverulento ha “riguardo allo stato fisico di un

rifiuto e perciò esso rappresenta una proprietà importante da considerare ai fini della sua gestione”;

- “la società CM Cantieri Moderni non ha dimostrato di possedere i requisiti richiesti dal bando all’atto della richiesta di invito e tale situazione è stata confermata anche all’atto della presentazione della documentazione di gara. Al contrario la Veolia Properté Gestione rifiuti speciali SARP Industries, pur non avendo dimostrato di possedere i requisiti all’atto della domanda di ammissione alla gara, aveva indicato fra le attività eseguite quelle commissionate dalla Charbonnage de France. Successivamente i documenti presentati all’atto dell’offerta hanno evidenziato che i suddetti lavori avevano comportato la gestione di rifiuti pulverulenti”;

- che, su tale base, ha concluso, rilevando che “la gestione di interventi di bonifica di siti contaminati comportanti lo scavo, lo stoccaggio, il trasporto, lo smaltimento/recupero di terreni contaminati non può essere sufficiente per attestare le capacità tecniche in relazione sia alle tecniche di scavo di rifiuti pulverulenti dal sito sia alle misure di sicurezza da adottare per limitare la diffusione di polveri in tutte le attività suddette” e affermando che “i requisiti di capacità tecnica relativi alla gestione di rifiuti pulverulenti non risultavano essere posseduti né dalla CM Cantieri Moderni né da Veolia Properté Gestione Rifiuti Sartp Industries: Solo con la presentazione dell’offerta, questa ultima società, avvalendosi della società GRS Valtech, ha documentato di possedere la capacità

tecnica di gestire rifiuti pulverulenti derivanti da un'attività di bonifica".

La predetta verifica, a parere del Collegio, presenta profili di ambiguità e contraddittorietà tali da non consentire di essere ritenuta, quanto alle conclusioni, sufficiente a sostenere la dedotta inammissibilità dell'offerta delle controinteressate.

Il verificatore, infatti, ha rilevato che non esiste sul piano normativo, anche comunitario, una nozione univoca di rifiuto pulverulento e, poi, ha precisato che non "esistono test di laboratorio per valutare la natura pulverulenta di un rifiuto", evidenziando con ciò l'insussistenza di un parametro oggettivo cui commisurare, sotto lo specifico profilo, la legittimità dell'offerta delle controinteressate.

Ciò nonostante, nelle proprie conclusioni, sostiene la non rispondenza dell'offerta dell'ATI CM-Sarp alle prescrizioni di gara per mancata dimostrazione di idonee referenze contrattuali aventi ad oggetto trattamento di rifiuti pulverulenti.

Ulteriori profili di contraddittorietà emergono laddove, nonostante la prestazione contrattuale appaltata venga specificata all'art. 1 del Capitolato nella "messa in sicurezza e bonifica...mediante il recupero off-site delle ceneri e lo smaltimento off-site dei limi contaminati frammisti e non alle ceneri", ha ritenuto che le referenze "per interventi di bonifica con asportazione di terreni contaminati non possano considerarsi di per sé sufficienti a dimostrare la capacità tecnica richiesta dal bando" per mancata dimostrazione da parte delle

imprese concorrenti di “competenze specifiche (know how tecnico)”.

La circostanza appare singolare avuto riguardo al prodotto certificato di iscrizione di GRS Valtech all’Albo nazionale Gestori Ambientali-Sez. Regione Lombardia, nella categoria 9, classe A. che garantisce elevati livelli di competenza nelle attività di smaltimento di rifiuti anche pericolosi.

Afferma ancora il Verificatore che “le capacità tecniche di gestione di materiali con amianto [oggetto di riferimento di Sarp] non sono perciò le medesime o quanto meno assimilabili a quelle richieste per la gestione di rifiuti pulverulenti caratterizzati dalla presenza di ceneri”, salvo affermare in altro passo della relazione (nella parte introduttiva in cui effettua una ricognizione della normativa di settore) che l’all. D della parte IV del D.Lgs. n. 159/2006 reca una elencazione di rifiuti “con evidenza di presenza di polveri” fra le quali figurano ceneri, polveri di combustione, polveri metalliche, ed altri richiami alla natura pulverulenta sono rinvenibili nell’All. H ove “fra i costituenti che possono rendere pericoloso un rifiuto è citato al C 5 l’amianto (polveri e fibre)”.

Con riferimento allo specifico profilo, deve ulteriormente porsi in risalto che nella relazione conclusiva ha sostenuto che “la natura di rifiuto pulverulento riguarda lo stato fisico di un rifiuto e perciò rappresenta una proprietà importante da considerare ai fini della sua gestione. Tale importanza deriva dalle possibili conseguenze sulla

salute degli operatori esposti alla diffusione di polveri con presenza di contaminanti in concentrazioni tali da costituire pregiudizio per la salute”.

Il ritenuto difetto delle competenze in tema di rifiuti pulverulenti appare, pertanto, singolare se si considera che gli interventi di bonifica in siti con presenza di amianto richiedono che il personale incaricato debba, proprio a causa della volatilità delle particelle corpuscolari prodotte dal trattamento di tale materia, essere dotato di specifici dispositivi di protezione comprendenti appositi respiratori.

Quanto esposto, oltre ad evidenziare la non univocità delle affermazioni contenute nella relazione del verificatore determina che, in assenza di un precisi riferimenti normativi atti a definire in termini certi la qualificazione pulverulenta o meno dei rifiuti, non si possa, ai fini in esame, fare ricorso a detto concetto in punto di verifica dei requisiti di partecipazione alla gara.

Le conclusioni del Verificatore, infatti, qualora condivise, determinerebbero l'esclusione di una concorrente per mancata rispondenza della propria offerta a parametri ambigui e indefiniti, determinando una palese violazione del principio di massima partecipazione che, in presenza di clausole indeterminate inibisce approcci interpretativi restrittivi che si risolvono in un ridimensionamento della platea dei potenziali concorrenti.

Chiarita l'impossibilità di assumere la natura pulverulenta del rifiuto quale parametro di ammissibilità delle offerte in gara, viene meno il

fondamento della pretesa mancata dimostrazione della analogia delle referenze allegate all'oggetto della prestazione appaltata.

La richiesta allegazione, da parte dei concorrenti, di lavori analoghi non può, infatti, essere intesa quale comprova della assoluta identità dei lavori eseguiti ma unicamente quale allegazione di elementi dai quali dedurre la sussistenza delle competenze tecniche necessarie per l'adempimento della prestazione contrattuale appaltanda.

Che tale sia la portata della prescrizione è indirettamente confermato dal tenore dello stesso punto 12 del bando ove precisa che “i concorrenti dovranno in sede di offerta: descrivere in dettaglio gli interventi indicati in elenco”.

Ciò poneva, pertanto, a carico delle concorrenti il solo obbligo di allegare elementi tali da consentire alla Stazione appaltante di poter desumere l'idoneità della compagine concorrente a realizzare le opere richieste.

La documentazione depositata dalle controinteressate contiene, sebbene in sintesi, la descrizione delle opere eseguite, nonché la specificazione dei codici CER riferiti alle tipologie di rifiuto trattato che, in assenza di una definizione normativa di rifiuto pulverulento, deve essere ritenuto elemento sufficiente a rappresentare la natura del materiale trattato ed a consentire alla Stazione appaltante di valutare la competenza e l'affidabilità, sotto il profilo tecnico, del concorrente.

Quanto alle referenze contrattuali, risultano depositati, da parte della

capogruppo CM, il certificato di regolare esecuzione del 10.7.2007 relativo ai lavori eseguiti presso lo stabilimento Italgas sito in Roma e quello relativo a lavori di rimozione e smaltimento dei rifiuti interrati con asportazione di rocce e terreni contaminati presso lo stabilimento della Lepetit di Anagni; da parte di Sarp, il certificato di regolare esecuzione del 6.7.2007 rilasciato dall'ente statale Charbonnage de France ed il certificato del 18.4.2006 riferito ai lavori di bonifica effettuati per Sem Lyon Confluebnce del 9.6.2005 rilasciato da EDF Region Nord.

A nulla rileva la circostanza che detti lavori siano stati effettuati da GRS Valthec in quanto soggetto avvalso da parte di Sarp (vedi dichiarazione del 24.9.2009 con la quale il legale rappresentante di Sarp dichiara di avvalersi dei requisiti di capacità economica e finanziaria e capacità tecnica della partecipata GRS Valtech SA resa ai sensi degli art. 49 e 50 del D.Lgs. n. 163/2009. Con il medesimo atto veniva dichiarato altresì che fra le due Società “esiste un rapporto ai controllo ai sensi dell’art. 2359 commi 1 e 2 codice civile” e che entrambe “sono controllate da VEOLIA PROPLETE SA ai sensi dell’art. 2359, commi 1 e 2 codice civile”).

Con riferimento alla dedotta tardività della suesposta comprova del requisito (in sede di offerta e non in sede di prequalifica), deve essere rilevato che la lex specialis (punto 12.2 del bando) ai fini dell’ammissione alla gara richiedeva unicamente una “dichiarazione di aver eseguito con buon esito ...almeno un intervento di bonifica

analogo” a quello a base di gara rinviando ad una fase successiva la effettiva comprova del requisito.

Con il terzo motivo di ricorso si evidenzia la contraddittorietà delle dichiarazioni rese dall’ATI controinteressata nelle varie fasi di gara in tema di avvalimento.

SARP, si afferma in ricorso, in un primo tempo, avrebbe dichiarato genericamente di avvalersi dei requisiti del Gruppo Veolia Propreté S.a.s. mentre in sede di chiarimenti avrebbe dichiarato l’avvalimento dei requisiti di capacità economico-finanziaria di GRS Valtech S.a.s., Società appartenente al predetto gruppo della concorrente.

La dichiarazione ex art. 49, quanto meno ai sensi dell’art. 49, comma 2, lett. g), doveva, si afferma, essere presente fra la documentazione di gara già dalla fase di prequalifica.

Sarebbe mancata inoltre la produzione dell’atto con il quale la società controllata si sarebbe impegnata a mettere a disposizione della controllante le risorse necessarie all’esecuzione dell’appalto.

Le stesse ricorrenti riconoscono che in caso di avvalimento infragruppo in luogo del contratto concluso fra concorrente e ausiliaria sia sufficiente una dichiarazione attestante il legame giuridico fra i due soggetti, ma tale dichiarazione, si sostiene, doveva essere presentata in sede di prequalifica.

Le censure sono infondate.

Come la giurisprudenza ha avuto modo di precisare, la fase di prequalifica “è una fase deputata alla valutazione della sussistenza dei

requisiti tecnici e morali di accesso alla procedura e che è altresì volta a far conoscere all'amministrazione la disponibilità del mercato per cui il criterio interpretativo delle indicazioni di gara deve essere indirizzato a favorire la più ampia partecipazione alla gara” e non è pertanto richiesta, già da questa fase la documentazione dei requisiti, stante la previsione da parte del bando di una semplice dichiarazione del loro possesso, l'allegazione della documentazione di cui al comma 2 dell'art. 49 del D.Lgs. n. 163/2006. (Cons. Stato, Sez. IV, ord. 22 luglio 2008, n. 3886)

A sostegno della posizione espressa, si rileva che la disciplina dell'avvalimento d'impresa ausiliaria è mutuata per l'art. 49 del D.Lgs. n. 163/2006 dalle direttive CE nn. 17 e 18 del 2004 e consente nelle gare pubbliche di appalto, al concorrente singolo, consorziato o raggruppato di soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e organizzativo avvalendosi di altra impresa (ausiliaria) che dichiari la sua disponibilità.

Nel nostro ordinamento, inoltre, “non è previsto uno schema o un tipo specifico di contratto di avvalimento tra imprese. Questo, perciò, conformemente alla lettera f) del comma 2 dell'art. 49, tra gli atti da presentare a cura dell'impresa concorrente a gara pubblica d'appalto, può rivestire qualunque forma, anche non esattamente documentale, e la sua esistenza può essere provata in qualunque modo idoneo” (TAR Lazio, Roma, 22 luglio 2008, n. 3886).

Una puntuale dichiarazione di avvalimento, come già evidenziato, non era richiesta dalla disciplina di gara già nella fase di prequalifica ed è stata correttamente prodotta, ancorché su richiesta della Stazione appaltante, con nota del 22.12.2008 successivamente evasa con nota del 24.2.09.

In sede di prequalifica, infatti, la Stazione appaltante ha rilevato che relativamente a SARP Industries S.A., mandante dell'ATI odierna controinteressata, non era “stata prodotta alcuna documentazione della ditta ausiliaria (GRS Valtech) prevista dagli artt. 49 e 50 del D.Lgs. 163/06 e s.m.i per l'Avvalimento” ed ha conseguentemente provveduto ad ammettere la concorrente con riserva (acquisendo successivamente gli atti mancanti)

Quanto alla dedotta non corrispondenza fra il soggetto in un primo indicato quale avvalso, ovvero il gruppo Veolia Propreté , ed il soggetto successivamente specificato, GRS Valtech, si rileva che, con l'istanza del 16.12.2008, con la quale la concorrente ha chiesto di essere invitata alla gara, Sarp ha rappresentato che in caso di ammissione avrebbe beneficiato “di tutti i requisiti necessari ed indispensabili di tutte le società del Gruppo VEOLIA PROPETE” che, si precisa, possiede il 100% di Sarp che a sua volta possiede il 31,47% di GRS Valtech laddove la restante parte della Società è nelle mani della capogruppo Veolia.

Con il quarto motivo di ricorso, viene dedotto che la Stazione appaltante non avrebbe accertato, in violazione della disciplina di

gara, il mancato adempimento dell'ATI aggiudicataria alle prescrizioni di gara che imponevano la specificazione delle risorse impiegate nell'esecuzione del servizio.

La lettera di invito, al punto 6.A.1.d, prevedeva che il concorrente dovesse dichiarare “di possedere l'attrezzatura necessaria per l'esecuzione dei servizi di cui si tratta, di trattamento ceneri che si intende utilizzare, e che l'elenco di tali attrezzature e la documentazione probante il possesso è inserita nel Plico B ... di avere alle proprie dipendenze i seguenti tecnici e/o operatori che intende impiegare nello svolgimento del servizio/lavoro in oggetto ... da impiegare per tutta la durata dei lavori, esclusivamente presso il cantiere di messa in sicurezza e bonifica <<ex stabilimento SIF>> - LOTTO 1 – (in caso di R.T.I. dichiarazione a cura di ciascuna delle imprese raggruppate per i rispettivi dipendenti”.

Sarp, tuttavia, dichiarava che tanto le attrezzature necessarie per l'esecuzione della prestazione che i tecnici/operatori che avrebbe impiegato, le sarebbero stati messi a disposizione dalla capogruppo CM.

La dichiarazione avrebbe natura confessoria circa il mancato possesso, da parte di Sarp, delle risorse necessarie all'esecuzione della propria quota di lavoro nonostante la lettera di invito precisasse che in caso di RTI la dichiarazione riferita a detti requisiti dovesse essere prodotta “a cura di ciascuna delle imprese raggruppate per i rispettivi dipendenti”.

La censura è infondata.

Il profilo è stato oggetto di specifico quesito rivolto alla stazione appaltante con ordinanza n. 254/2009 con la quale “rilevato altresì come, in relazione al quarto motivo di ricorso - con il quale si contesta l’effettiva partecipazione di Sarp all’esecuzione dell’appalto, in ragione del fatto che tale impresa, già ricorsa all’avvalimento per il requisito della capacità tecnica, ha dichiarato di non avere attrezzature e operatori propri, ma di impiegare quelli della capogruppo – sia necessario comprendere in cosa si sostanzia, in concreto, il 40% di attività di bonifica che la stessa Sarp si è impegnata a realizzare; ritenuta la necessità, al riguardo, che l’amministrazione comunale chiarisca se e come abbia accertato tale profilo, in particolare se il riparto dei compiti tra la mandataria e la mandante (nella misura da loro stessi dichiarata, pari rispettivamente al 60 ed al 40%) abbia trovato effettivo riscontro in sede procedimentale”.

L’Amministrazione, preso atto della dichiarazione resa da Sarp ai sensi del punto 6.A.1.d) e v) della lettera di invito, nei termini già richiamati, ha precisato come la dichiarazione resa non attesti il mancato possesso di attrezzature e operatori, ma che per l’esecuzione dell’appalto in disamina si sarebbe avvalsa di tecnici e operatori della capogruppo.

In altri termini, Sarp non si occupa della fase operativa da svolgersi nel cantiere relativa ai lavori di messa in sicurezza, ma a quella

successiva del trasporto e smaltimento dei rifiuti.

A tal proposito si pone in risalto la circostanza che le aggiudicatrici, in conformità alla disciplina di gara che la prevedeva, è ricorso all'opzione del "bricchettaggio off-site" con ricorso ad impianti di recupero off-side (segmento di attività che assorbe circa il 75% dell'intero importo a base di gara) individuando in tal modo un rilevante segmento prestazionale estraneo alle operazioni di scavo e bonifica da realizzarsi sul sito, affidato in quota tale da soddisfare la ripartizione dichiarata, alla mandante.

Con il quinto motivo di ricorso, la ricorrente ha dedotto la violazione dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006 e dell'art. 45 della Dir. 2004/14/CE per omessa produzione della prescritta dichiarazione da parte di tutti i soggetti tenuti, essendo stata limitata al solo instutore presso la sede secondaria e non anche estesa al direttore tecnico e al legale rappresentante della società.

La censura è priva di pregio, in quanto il soggetto dichiarante è l'unico rappresentante dell'impresa munito di potere di rappresentanza relativamente alla filiale italiana in quanto amministratore unico e legale rappresentante della società che ha competenza in via esclusiva sul territorio nazionale ed i cui poteri di rappresentanza emergono dalle certificazioni della Camera di Commercio.

Ne deriva che, in disparte ogni considerazione sulla possibilità di procedere ad esclusione di una concorrente in presenza della mera

omissione delle dichiarazioni in esame, non è stata provata la presenza di ulteriori soggetti tenuti a dichiarare che, peraltro, non sono stati puntualmente individuati dalle ricorrenti, che si sono limitate ad ipotizzare la presenza di un direttore tecnico e di un legale rappresentate diverso dall'institore, senza nulla precisare a conferma di quanto dedotto.

Per quanto precede il ricorso principale deve essere respinto.

Detto esito comporta, per le ragioni già esposte, l'improcedibilità di quello incidentale.

Le spese, in virtù delle peculiarità delle questioni trattate, sono compensate, ponendosi a carico delle odierne ricorrenti e controinteressate, in solido, i compensi del verificatore che si intendono approvati, nella misura del 50% degli importi richiesti con le parcelle depositate.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione I) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

respinge il ricorso principale;

dichiara improcedibile il ricorso incidentale;

Spese come da motivazione.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 8 giugno 2011 e 22 giugno 2011 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Marco Bignami, Consigliere

Marco Poppi, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/09/2011

IL SEGRETARIO

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