



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 638 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Ags Srl, Ags Srl Mandataria A.T.I. Inaz Srl, rappresentati e difesi dagli avv. Francesco De Marini, Barbara Savorelli, Lorenzo Bolognini, con domicilio eletto presso l'avv. Lorenzo Bolognini in Genova, via Caffaro 1/17;

contro

Fondazione Istituto Italiano di Tecnologia, rappresentata e difesa dagli avv. Angelo Clarizia, Andrea Callea, con domicilio eletto presso l'avv. Luigi Cocchi in Genova, via Macaggi 21/5 - 8;

nei confronti di

Kpmg Fides Servizi di Amministrazione Spa, rappresentata e difesa dagli avv. Gennaro Terracciano, Vincenzo Barrasso, con domicilio eletto presso l'avv. Silvio Quaglia in Genova, via Macaggi 21/5 - 8;

Ergon Consulenti Associati Srl, Maria Pia Bertini; Studio Associato Lupi e Puppo, rappresentati e difesi dall'avv. Mattia Crucioi, con domicilio eletto presso il suo studio in Genova, via Assarotti 11/9;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

Ordine dei Consulenti del Lavoro della Provincia di Genova, rappresentato e difeso dagli avv. Mattia Crucioi, Lorenzo Cuocolo, con domicilio eletto presso l'avv. Lorenzo Cuocolo in Genova, via G. Mameli, 3;

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia,

della determina del Direttore Generale del 5.6.2012 con cui l'associazione AGS s.r.l. -INAZ s.r.l. è stata esclusa dalla gara indetta dall'Istituto Italiano di Tecnologia per l'affidamento del servizio di elaborazione buste paga; del verbale di seduta di gara del 5.6.2012;

della lettera del 6.6.2012 di comunicazione della predetta esclusione;

del diniego opposto con lettera del 21.6.2012 alla richiesta di revisione in autotutela del provvedimento di esclusione;

in via subordinata per la declaratoria di nullità, per la disapplicazione o comunque per l'annullamento

del bando di gara e del disciplinare di gara nella parte in cui fossero interpretati come ostativi al ricorso all'istituto dell'avvalimento di cui all'art. 49 D.lgs. 163/2006 per comprovare il requisito di cui al punto II.2.1 del predetto bando ed all'art. 6.2 del menzionato disciplinare;

in via ulteriormente subordinata per la disapplicazione

per contrarietà alla normativa comunitaria dell'art. 49 D.lgs. 163/2006 laddove fosse interpretato nel senso indicato sopra;

per la declaratoria di nullità e/o annullamento e per la dichiarazione di intervenuta caducazione e/o di inefficacia del contratto eventualmente stipulato

con i motivi aggiunti

della determina del Direttore Generale del 6.7.2012 con cui veniva disposta l'aggiudicazione della gara per affidamento servizio di elaborazione buste paga;

della comunicazione dell'esito della gara del 10.7.2012;

del verbale di seduta di gara del 18.6.2012 di aggiudicazione provvisoria del servizio

nonché per il risarcimento del danno in forma specifica tramite riammissione alla gara nonché alla rinnovazione delle operazioni di gara nelle more effettuate o in via subordinata per il risarcimento di danno per equivalente economico;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Fondazione Istituto Italiano di Tecnologia e di Kpmg Fides Servizi di Amministrazione Spa e di Studio Associato Lupi e Puppo;

Visto gli atti di costituzione in giudizio proposto dai ricorrenti incidentali Studio Associato Lupi e Puppo e Kpmg Fides Servizi di Amministrazione S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 dicembre 2012 il dott. Ugo De Carlo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società ricorrente, nella sua veste di mandataria di un'associazione temporanea di imprese (A.T.I.), impugnava il provvedimento con cui il Direttore generale della Fondazione resistente aveva escluso l'A.T.I. dalla gara indetta dalla Fondazione per l'affidamento del servizio di elaborazione delle buste paga.

L'esclusione era stata determinata dal fatto che la s.r.l. INAZ, società mandante dell'A.T.I., non aveva alle sue dipendenze un professionista avente le caratteristiche richieste nel bando ed aveva ritenuto di ovviare a ciò utilizzando l'istituto dell'avvalimento.

La Fondazione aveva, invece, ritenuto che la clausola del bando, relativamente alle società partecipanti, prevedesse che il soggetto iscritto negli albi in essa indicati dovesse essere dipendente della società medesima e che pertanto non vi fosse equivalenza con la disponibilità del professionista iscritto in tali albi mediante altro tipo di rapporto giuridico.

Ed è proprio tale restrittiva lettura del rapporto che doveva legare la società al professionista iscritto in uno degli albi indicati nel bando, l'oggetto del primo motivo di ricorso, che censura il fatto che nonostante non vi fosse nessuna prescrizione contraria all'uso dell'avvalimento per integrare il requisito della disponibilità di un certo tipo di professionista, la mancanza di un rapporto di lavoro subordinato tra quest'ultimo ed una delle società costituenti l'A.T.I. era stata ritenuta concretare la violazione di una clausola del bando prevista a pena di esclusione.

Ciò comportava una violazione dell'art. 46 Codice Appalti in quanto la tassatività delle cause di esclusione introdotta dal comma 1 bis della prima norma avrebbe dovuto impedire un siffatto effetto nei confronti della

ricorrente, e dell'art. 49 perché la lettura che veniva data dell'istituto dell'avvalimento era illegittimamente restrittiva, così da non poter essere visto come una modalità per soddisfare la clausola di cui al punto III.2.1 del bando.

Il secondo motivo sottolinea come, anche laddove si dovesse qualificare il requisito della disponibilità di un professionista iscritto in uno degli albi indicati nel bando come requisito soggettivo e non come elemento soggettivo attinente alla capacità di fornire un servizio, non sarebbe impedito integrare tale requisito soggettivo attraverso l'avvalimento.

In via subordinata il ricorso formula un terzo motivo per eccepire l'illegittimità del bando laddove dovesse essere interpretato nel senso che gli aveva dato la Fondazione resistente nel provvedimento impugnato poiché saremmo di fronte ad un'ulteriore clausola di esclusione non prevista nel tassativo elenco di cui all'art. 46, comma 1 bis, Codice Appalti.

In via ulteriormente subordinata veniva richiesto con il quarto motivo di disapplicare l'art. 49 citato per contrarietà con il diritto comunitario laddove fosse interpretato come impossibilità di utilizzare l'istituto dell'avvalimento per integrare un requisito soggettivo come quello richiesto dal bando.

Il ricorso si concludeva con una richiesta di risarcimento danni in forma specifica attraverso la riammissione alla gara o in caso di impossibilità per equivalente pecuniario.

Si costituiva in giudizio la Fondazione resistente che chiedeva il rigetto del ricorso.

Si costituiva in giudizio altresì una delle controinteressate e cioè lo studio associato Lupi e Puppo che oltre a chiedere il rigetto del ricorso principale presentava un ricorso incidentale.

A tal fine faceva presente che, essendosi classificata seconda all'esito della gara oggetto del giudizio, aveva presentato autonomo ricorso contro l'aggiudicataria lamentando la sua mancata esclusione per mancanza dei requisiti soggettivi che potevano consentire la partecipazione ad una gara avente ad oggetto le prestazioni professionali di soggetti iscritti ad un albo, e che le ragioni su cui era fondato l'autonomo ricorso avrebbero parimenti dovuto condurre all'esclusione dell'attuale ricorrente per una ragione diversa da quella posta a fondamento del provvedimento impugnato.

In sostanza il ricorso incidentale chiedeva che fosse dichiarato inammissibile il ricorso principale alla luce di due motivi in base ai quali la esclusione poteva essere diversamente motivata rendendo così superfluo lo scrutinio dei motivi del ricorso principale.

Il primo motivo del ricorso incidentale lamenta la violazione degli artt. 1 e 2 L. 12/1979 in quanto l'oggetto della gara richiedeva l'espletamento di prestazioni che costituivano lo specifico di una serie di figure di liberi professionisti iscritti ad albi e pertanto gli unici soggetti che avrebbero potuto partecipare alla gara erano i liberi professionisti o società interamente costituite da liberi professionisti del tipo che erano state rese possibili dall'abrogazione del divieto di esercitare la libera professione in forma societaria di cui alla L. 1815/1939.

Il secondo motivo sottolinea come, in virtù della natura strettamente personale della prestazione libero professionale ai sensi dell'art. 2232 c.c., la responsabilità che discendeva da tale norma non era conciliabile con la clausola del bando che prevedeva la possibilità di partecipare alla gara a società di capitali che avessero alle proprie dipendenze almeno un soggetto iscritto negli albi professionali abilitati a svolgere il tipo di prestazione richiesta dalla gara, tenuto che anche la responsabilità non poteva che essere strettamente personale.

Veniva presentato intervento ad adiuvandum da parte dell'ordine dei Consulenti del lavoro della provincia di Genova che sostanzialmente ripercorreva le argomentazioni del ricorso incidentale dello studio associato Lupi e Puppo.

Si costituiva in giudizio anche l'altra società controinteressata KPGM Fides Servizi di Amministrazione s.p.a.,

aggiudicataria della gara, che eccepiva preliminarmente l'inammissibilità del ricorso principale per non essere stata impugnata l'aggiudicazione definitiva e per non essere stata fornita la prova di resistenza che doveva dimostrare l'interesse a ricorrere e cioè la possibilità di trarre un risultato utile dall'accoglimento del ricorso, e concludeva per il rigetto del ricorso.

Presentava altresì anch'essa ricorso incidentale volto a sottolineare come la ricorrente doveva essere esclusa per il fatto che l'istituto dell'avvalimento è utilizzabile solo laddove il soggetto di cui il partecipante alla gara si avvale sia un'impresa e non un libero professionista. Impugnava cautelativamente anche il bando di gara laddove non dovesse essere interpretato come escludente la possibilità di utilizzare l'avvalimento con un libero professionista.

Alla camera di consiglio del 26.7.2012 veniva disposto un rinvio perché la società ricorrente faceva presente di dover presentare ricorso per motivi aggiunti.

La società ricorrente presentava ricorso per motivi aggiunti per impugnare l'aggiudicazione definitiva ed, oltre a ribadire i motivi di ricorso già formulati con il ricorso principale, chiedeva l'annullamento dell'atto poiché la controinteressata aggiudicataria non avrebbe presentato le dichiarazioni ex art. 38 Codice Appalti relative all'insussistenza di cause di esclusione per tutti i procuratori generali con poteri institori.

Faceva altresì presente che il suo interesse all'accoglimento del ricorso dipendeva dal fatto che la sua offerta economica in caso di ammissione era la più conveniente per la Fondazione avendo offerto una percentuale di ribasso superiore all'aggiudicataria.

Alla camera di consiglio del 20.9.2012 l'istanza cautelare veniva riunita al merito che veniva fissato per l'udienza del 13.12.2012.

Successivamente venivano presentate memorie da tutte le parti costituite e la società ricorrente eccepiva l'inammissibilità dei due ricorsi incidentali perché volti a censurare un provvedimento di esclusione di un concorrente dal cui annullamento non avrebbero tratto alcun beneficio.

Relativamente al ricorso incidentale dello studio associato Lupi e Puppo formulava un'ulteriore eccezione di inammissibilità perché il ricorso era stato proposto quando ancora non si sapeva se l'offerta presentata dall'ATI esclusa le avrebbe consentito di aggiudicarsi la gara e quindi mancava l'interesse a ricorso che non era attuale ma meramente potenziale.

All'udienza del 13.12.2012 il ricorso andava in decisione.

DIRITTO

Il Collegio ritiene, in aderenza a quanto stabilito dall'Adunanza del Consiglio di Stato con la sentenza 4/2011, di dover esaminare prioritariamente i ricorsi incidentali, perché il loro accoglimento renderebbe inammissibile il ricorso principale.

In relazione alle eccezioni preliminari sollevate dal raggruppamento ricorrente rispetto a tali ricorsi si può soprassedere al loro esame perché i ricorsi incidentali non meritano accoglimento.

Il primo ricorso incidentale, presentato dallo studio associato Lupi e Puppo, affermava che doveva essere disposta l'esclusione dalla gara dei ricorrenti perché il tipo di prestazione richiesta dal bando poteva essere fornita solamente da liberi professionisti o società interamente costituite da liberi professionisti e che comunque la natura strettamente personale della prestazione libero professionale ai sensi dell'art. 2232 c.c. comportava una responsabilità che non poteva essere assunta da società di capitali.

La tesi esposta dallo studio associato non può essere condivisa innanzitutto in punto di fatto in quanto la parte preponderante della prestazione richiesta è quella di elaborazione di dati che non è esclusivamente affidata ai professionisti iscritti all'albo di cui alla L. 12/1979; l'attività riservata ai liberi professionisti è un'attività di consulenza meramente eventuale per la quale è stato richiesto che i soggetti partecipanti alla gara potessero

usufruire delle prestazioni, come dipendente, di un iscritto all'albo, oppure, come ritenuto dai ricorrenti mediante avvalimento.

La legge che vietava l'esercizio in forma societaria delle libere professioni è stata abrogata a partire dall'art. 10, comma 11, L. 183/2011 norma che ha previsto la possibilità di costituire società commerciali tra soli professionisti superando l'antico divieto, ma questo non significa che solo società commerciali costituite unicamente da professionisti possono svolgere attività rientranti nell'ambito specifico della professione per cui sono iscritti all'Albo.

Se così fosse nessuna società potrebbe assumere come dipendente un professionista iscritto all'Albo per effettuare delle prestazioni che sono riservate agli iscritti ad un albo professionale e ciò costituirebbe una restrizione alla concorrenza non in linea con la disciplina comunitaria.

Per fare un esempio che riguarda un diverso ambito professionale, sarebbe come dire che laddove fosse indetta una gara di progettazione ingegneristica di un'opera pubblica non potessero partecipare società di capitali che abbiano alle loro dipendenze dei professionisti cui affideranno il compito di eseguire materialmente la progettazione.

Quanto alla responsabilità, è evidente che la società che si avvalga delle prestazioni professionali di un professionista assunto come dipendente ne risponderà nei confronti del soggetto a favore del quale la prestazione professionale è stata svolta, mentre il professionista dipendente risponderà della sua opera al soggetto con cui ha il rapporto di lavoro per effetto della subordinazione che assumerà un connotato particolare dal momento che l'opera professionale si inserisce in modo organico e sistematico nell'organizzazione aziendale.

In conclusione quando in un appalto pubblico l'oggetto della prestazione di cui al bando è costituito in tutto o in parte da prestazioni professionali riservate ad iscritti ad un particolare Albo, sarà richiesto che i soggetti che parteciperanno alla gara siano in condizione di avvalersi delle prestazioni di tale tipo di professionisti ,non rilevando il rapporto interno tra il concorrente ed il professionista.

Il ricorso incidentale dello studio associato pertanto non merita accoglimento.

Stessa sorte va riservata al ricorso incidentale presentato dall'aggiudicataria dell'appalto.

Il ricorso in questione sostiene che il raggruppamento ricorrente doveva comunque essere escluso dalla gara perché l'istituto dell'avvalimento è ipotizzabile solo laddove il soggetto dei cui requisiti ci si avvalga sia un'impresa e non un libero professionista.

L'art. 49, comma 1, D.lgs. 163/2006 dispone: *“Il concorrente, singolo o consorziato o raggruppato ai sensi dell'articolo 34, in relazione ad una specifica gara di lavori, servizi, forniture può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto.”.*

Il riferimento pertanto è genericamente ad altro soggetto in ossequio a quanto previsto dall'art. 48, comma 3, della Direttiva 18/2004 ed un'espressione così generica può essere riferita a tutti compreso un libero professionista.

Peraltro la giurisprudenza ha affermato che: *“La facoltà di avvalersi di tale istituto è stata riconosciuta ammissibile anche per integrare requisiti economico – finanziari o tecnici o organizzativi per l'iscrizione agli albi professionali (Cons. Stato 5496/2011)”* ed è ovvio che per integrare i requisiti di iscrizione ad albi professionali è necessario l'avvalimento di un libero professionista.

Non va poi dimenticato l'ordinamento comunitario non subordina al configurarsi di particolari forme giuridiche la possibilità di partecipare a gare di appalto tanto è vero che anche organizzazioni non profit sono state ammesse a partecipare a gare pubbliche.

Rilevante sul punto anche la sentenza della Corte di Giustizia europea C-305/08 riportata nella memoria dei ricorrenti ove si afferma che la nozione di operatore economico non può essere ristretta unicamente a coloro che

siano dotati di un'organizzazione di impresa.

Si veda altresì in merito il contenuto della motivazione della sentenza 5882/2012 del Consiglio di Stato; *“la Sezione osserva che è invece orientamento giurisprudenziale ormai consolidato, pienamente condiviso, che detta normativa consenta anche a soggetti senza scopo di lucro di partecipare alle procedure per l'affidamento di contratti pubblici alla condizione che esercitino anche attività d'impresa funzionale ai loro scopi ed in linea con la relativa disciplina statutaria, giacché l'assenza di fini di lucro non esclude che tali soggetti possano esercitare un'attività economica e che, dunque, siano ritenuti “operatori economici”, potendo soddisfare i necessari requisiti per essere qualificati come “imprenditori”, “fornitori” o “prestatori di servizi” (cfr. Cons. St., Sez. V, 18 agosto 2010 n. 5815 e 26 agosto 2010 n. 5956, quest'ultima richiamata, nella specie, dal capitolato speciale d'appalto).*

Invero, secondo l'art. 1, par. 8, della direttiva n. 2004/18/CE “i termini «imprenditore», «fornitore» e «prestatore di servizi» designano una persona fisica o giuridica o un ente pubblico o un raggruppamento di tali persone e/o enti che offra sul mercato, rispettivamente, la realizzazione di lavori e/o opere, prodotti o servizi. Conformemente, per gli artt. 3, co. 19 e 22, e 34, co. 1, lett. a), del codice dei contratti, l'imprenditore, fornitore o prestatore di servizi, rientranti nella definizione di “operatore economico”, è “una persona fisica, o una persona giuridica, o un ente senza personalità giuridica (...), che offra sul mercato, rispettivamente, la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi” ed è ammesso nel novero dei soggetti che possono partecipare alle anzidette procedure.

D'altro canto, la giurisprudenza comunitaria ha chiarito che l'assenza dello scopo di lucro non impedisce la qualificazione di un soggetto come imprenditore e non ne giustifica l'esclusione dalla partecipazione alle gare a priori e senza ulteriori analisi, atteso che la normativa comunitaria, segnatamente la direttiva 2004/18/CE, osta all'esclusione di concorrenti dall'aggiudicazione di appalti pubblici per il solo motivo che essi non abbiano la forma giuridica corrispondente ad una determinata categoria di persone giuridiche, non avendo inteso restringere la nozione di “operatore economico che offre servizi sul mercato” unicamente agli operatori che sia dotati di un'organizzazione d'impresa né introdurre limitazioni a monte in ragione dell'organizzazione interna dell'operatore stesso, bensì mirando all'apertura alla concorrenza nella misura più ampia possibile sia nell'interesse comunitario alla libera circolazione dei prodotti e dei servizi, sia dell'interesse della stessa stazione appaltante. Pertanto, deve ritenersi consentita la partecipazione ad appalti pubblici a soggetti i quali, autorizzati dalla normativa nazionale ad offrire servizi sul mercato, “non perseguono un preminente scopo di lucro, non dispongono di una struttura organizzativa di un'impresa e non assicurano una presenza regolare sul mercato ...”; con la conseguenza che la normativa nazionale dev'essere interpretata in senso a ciò conforme e, all'occorrenza, disapplicata (cfr. Corte giustizia CE, Sez. IV, 23 dicembre 2009, causa C. 305/08).”

In virtù di tali argomentazioni, il fatto che i successivi commi dell'art. 49 facciano sempre riferimento all'impresa ausiliaria non si connota di un significato che comporti la conseguenza di escludere tra i soggetti di cui ci si può avvalere di tutti coloro che non abbiano la natura di impresa.

Infine non va dimenticato che il soggetto di cui ci si avvale assume degli obblighi per le prestazioni di sua competenza direttamente con la stazione appaltante e non con il soggetto che si avvale della sua opera come nel caso del subappalto e non si vede per quali ragioni un libero professionista non possa assumersi direttamente tali obblighi.

La reiezione degli appelli incidentali consente ora di affrontare i motivi di ricorso contenuti nell'appello principale. La ragione per cui la Fondazione ha escluso il raggruppamento ricorrente è data dalla ritenuta impossibilità di utilizzare l'istituto dell'avvalimento per requisiti di carattere strettamente personale.

Ma nel bando di gara si trova semplicemente la descrizione del requisito da possedere per le società al punto III.2.1. e non vi è alcun riferimento al divieto di avvalersi delle prestazioni di un professionista.

L'avvalimento come affermato in un parere dell'Autorità di Vigilanza per i Contratti Pubblici (62/2011) è istituto di carattere generale, previsto sia dalla normativa comunitaria che da quella nazionale e di conseguenza l'assenza di un'espressa previsione nella *lex specialis* autorizza i concorrenti a fare l'uso più ampio di tale facoltà.

L'art. 49 del citato decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, invero, contiene un precetto imperativo che determina l'efficacia integrativa automatica delle previsioni del bando di gara, anche in carenza di un espresso richiamo, così che i partecipanti alla gara devono ritenersi legittimati a far uso della facoltà prevista dalla norma nella sua più ampia portata.

Quanto all'eventuale impossibilità di integrare i requisiti soggettivi mediante l'istituto dell'avvalimento come limite in sé dell'istituto si veda ad esempio la massima di una recente sentenza del Cons. Stato Sez. V, 5 novembre 2012, n. 5595 che ha affermato come: *"In tema di gare di appalto pubblico la disciplina dell'art. 49 d.lgs. n. 163/2006 (Codice degli appalti) non pone alcuna limitazione all'avvalimento, stabilendo che un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi, purché vi sia, in positivo, un'adeguata prova della disponibilità dei requisiti prestati, dimostrando all'Amministrazione aggiudicatrice che l'impresa concorrente disporrà dei mezzi necessari. Fanno eccezione a questa portata generale dell'istituto i requisiti strettamente personali, come quelli di carattere generale ai sensi dell'art. 38 d.lgs. n. 163/2006 -Codice degli appalti- (cd. requisiti di idoneità morale), così come quelli soggettivi di carattere personale, individuati nell'art. 39 del medesimo d.lgs. (cd. requisiti professionali)."*

Orbene, la disponibilità come dipendente di un libero professionista iscritto in uno degli albi elencati al punto III.2.1. del bando non può essere ricompresa né tra i requisiti di idoneità morale di cui all'art. 38, né tra quelli professionali di cui all'art. 39.

L'elemento essenziale per l'avvalimento dei requisiti soggettivi è la sua natura reale e non formale, nel senso che non può considerarsi sufficiente "prestare" la certificazione posseduta, giacché in questo modo verrebbe meno la stessa essenza dell'istituto, finalizzato, come si è detto, a consentire a soggetti che ne siano sprovvisti di concorrere alla gara ricorrendo ai requisiti di altri soggetti, garantendo nondimeno l'affidabilità dei lavori, dei servizi o delle forniture appaltati. Ne consegue che, perché il ricorso all'istituto dell'avvalimento sia legittimo, occorre l'espresso impegno da parte di chi consente l'avvalimento, nei confronti dell'impresa ausiliata e della stazione appaltante, di mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente.

Nel motivare la reiezione del ricorso incidentale di KPMG si è già fatto riferimento alla pronuncia che ha affermato espressamente la possibilità di utilizzare l'avvalimento anche per l'iscrizione agli albi professionali.

Pertanto, mentre è ragionevole che il bando di gara richieda la necessità della presenza di una figura libero professionale per le società poiché l'oggetto dell'appalto potrebbe richiedere anche le prestazioni di un soggetto con tali qualifiche, è del tutto illogico ritenere che tale requisito possa essere integrato solo assumendo alle proprie dipendenze un libero professionista appartenente ad uno degli albi elencati nel bando.

A prescindere dal fatto che la capogruppo AGS s.r.l. disponeva di un professionista alle dipendenze, non si vede perché la mandante INAZ non poteva integrare il requisito richiesto attraverso l'istituto dell'avvalimento.

Una diversa lettura del requisito costituirebbe una restrizione impropria della concorrenza senza che sussistano ragioni connesse alla qualità della prestazione di cui la stazione appaltante potrà usufruire, anzi paradossalmente dal momento che il professionista di cui l'impresa si avvale assume obblighi diretti verso la stazione appaltante,

quel requisito di responsabilità personale del professionista cui si richiamava lo studio associato ricorrente incidentale è maggiormente garantito.

Va in conclusione accolto il ricorso principale con annullamento del provvedimento di esclusione del raggruppamento ricorrente e di tutti gli atti di gara compiuti successivamente.

La stazione appaltante dovrà riesaminare le offerte tenendo conto anche di quella presentata dai ricorrenti e rideterminarsi rispetto all'aggiudicazione.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e vengono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria Sezione Seconda, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, accoglie il ricorso principale e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati.

Condanna le controparti al pagamento delle spese di giudizio che liquida in € 3.000 oltre accessori per ciascuna delle parti costituite.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 13 dicembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Caruso, Presidente

Davide Ponte, Consigliere

Ugo De Carlo, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/02/2013

IL SEGRETARIO

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