



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto
(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1698 del 2012, proposto da:

Italbeton S.R.L., Italmixer S.R.L., rappresentati e difesi dall'avv. Antonio Melucci, con domicilio eletto presso Elena Giantin in Venezia, San Marco, 5134;

contro

Autostrada Brescia Verona Vicenza Padova S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv. Pierangelo Mori Bontempini, Giuseppe Biondaro, con domicilio eletto presso Antonio Sartori in Venezia-Mestre, Calle del Sale, 33;

nei confronti di

Ditta Gecchele Geom. Olindo, rappresentato e difeso dagli avv. Arturo Cancrini, Francesco Vagnucci, Pier Vettor Grimani, con domicilio eletto presso Pier Vettor Grimani in Venezia, S. Croce, 466/G; Vr Scavi Asfalti S.R.L.;

per l'annullamento

del provvedimento con cui la società resistente ha disposto l'aggiudicazione definitiva per l'affidamento del servizio per lo svolgimento delle operazioni invernali di sgombrò neve, caricamento e spargimento cloruri miscelati lungo le Autostrade A4 e A31, comprese le pertinenze esterne - lotto 2 in favore della controinteressata; della nota prot. LEG 17-2012-G022 frl 22.1.2012 di aggiudicazione definitiva alla controinteressata del servizio per le operazioni invernali di sgombrò neve, caricamento e spargimento cloruri miscelati; nonché di ogni atto annesso, connesso o presupposto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Autostrada Brescia Verona Vicenza Padova S.p.A. e di Ditta Gecchele Geom. Olindo;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Gecchele Geom. Olindo, rappresentato e difeso dagli avv. Pier Vettor Grimani, Arturo Cancrini, Francesco Vagnucci, con domicilio eletto presso Pier Vettor Grimani in Venezia, S. Croce, 466/G;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 giugno 2013 il dott. Silvia Coppari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso ritualmente notificato, Italcon s.r.l. (in proprio e quale capogruppo dalla costituenda ATI Italcon s.r.l. – Italmixer s.r.l.), nonché Italmixer s.r.l. (in proprio e quale mandante dell'ATI medesima) hanno chiesto l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia, del provvedimento con cui la Soc. Autostrada Brescia – Verona – Vicenza – Padova s.p.a. ha disposto, in favore dell'impresa Gecchele Geom. Olindo, l'aggiudicazione definitiva del "lotto 2" del servizio per lo svolgimento delle operazioni invernali di sgombero neve, caricamento e spargimento cloruri miscelati lungo le Autostrade A4 Brescia Padova e A31 della Valdadige.

2. L'ATI ricorrente, classificatasi al secondo posto della graduatoria, ha articolato i seguenti motivi di ricorso:

I) violazione dell'art. 49 del d.lgs. n. 163 del 2006, oltre che eccesso di potere per difetto di istruttoria. Ed invero, la ditta Gecchele Geom. Olindo, per soddisfare il requisito di capacità tecnico professionale relativo al fatturato (corrispondente – per il lotto che qui interessa – all'importo di €. 850.020,00), ha provveduto, per il 62,19%, mediante un requisito proprio e per il restante 37,81% mediante avvalimento del fatturato specifico/esperienza della società Vr Scavi Asfalti s.r.l., concernente "Operazioni Invernali 2009/2012 RIF. Contratto n. 2009-OR - 000410 DEL 9.11.2009". Secondo la ricorrente, tuttavia, tale contratto di avvalimento non avrebbe in alcun modo previsto la messa a disposizione delle risorse necessarie "a qualificare il concorrente avvalente per l'esecuzione del contratto oggetto di gara", dovendosi pertanto considerare nullo per carenza assoluta/indeterminatezza di un elemento essenziale.

II) Violazione degli artt. 41 e 42 del d.lgs. n. 163 del 2006, in quanto, premesso che la lex specialis avrebbe richiesto "in modo inequivoco" la disponibilità dei mezzi necessari, quale requisito di partecipazione tecnico-professionale, la concorrente Gecchele Geom. Olindo la avrebbe invece acquistata in data successiva a quanto dichiarato in sede di gara: ossia il 15 ottobre 2012 (in base alla data dei contratti di nolo a caldo prodotti in sede di gara), a fronte di un termine per la presentazione delle offerte fissato alla data del 10 ottobre 2012.

III) Carenza assoluta di presupposto ed eccesso di potere, poiché l'oggetto sociale dell'ausiliaria non conterrebbe il riferimento al servizio di sgombero neve e spargimento cloruri, con la conseguenza che il contratto di avvalimento, oltre che generico (per carenza dell'indicazione delle risorse necessarie), risulterebbe nullo anche per l'assoluta insussistenza del requisito di capacità professionale in capo all'ausiliaria stessa.

IV) Violazione degli artt. 38 e 49 del d.lgs. n. 163 del 2006 ed eccesso di potere, in quanto l'ausiliaria non avrebbe dimostrato il possesso del requisito di ordine generale di cui all'art. 38 D.Lgs. n. 163/06 richiesto a pena di esclusione per l'omessa dichiarazione, da rendere ai sensi di tale articolo, nei confronti del sig. Sanzani Rossano, cessato dalla carica di amministratore unico nell'anno antecedente la pubblicazione del bando.

V) Violazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, posto che, nella propria qualità di cessionaria del ramo di azienda della soc. Gecchele Renato s.r.l., Vr Scavi Asfalti s.r.l. avrebbe omesso di rendere la prescritta dichiarazione ex art. 38 in riferimento agli amministratori ed ai direttori tecnici che avrebbero operato presso la cedente nell'ultimo anno.

VI) e VII) Violazione degli artt. 42, 48 e 118 del d.lgs. n. 163 del 2006, nonché eccesso di potere, in quanto la controinteressata risulterebbe, in ogni caso, priva dell'effettiva disponibilità dei trenta mezzi richiesti per l'esecuzione del servizio, disponendo di soli ventisette mezzi, dei quali soltanto ventuno conformi rispetto a quanto richiesto dalla legge di gara. Peraltro, avendo stipulato, per quindici mezzi, contratti di nolo a caldo, avrebbe superato il limite del 2% ed il limite assoluto di 100.000,00 euro "tale da far ritenere il nolo a caldo quale subappalto", nonché il limite del 30% quale quota ammissibile oggetto di subappalto.

3. Si sono costituite in giudizio sia la Soc. Autostrada Brescia – Verona – Vicenza – Padova s.p.a., sia la

controinteressata, controdeducendo in ordine a ciascuna censura e chiedendo la reiezione del ricorso.

4. La controinteressata ha altresì svolto ricorso incidentale deducendo vizi inficianti la stessa ammissione alla procedura concorsuale in esame del RTI Italtel, invocandone l'esclusione per una pluralità di profili. In particolare, con il primo motivo di ricorso incidentale, la controinteressata ha contestato, a propria volta, la validità del contratto di avvalimento, per totale indeterminatezza e genericità dell'oggetto, ed il conseguente difetto, in capo alla ricorrente, del requisito del "fatturato specifico" e di quello relativo alla disponibilità dei mezzi richiesti dalla *lex specialis* per la stessa partecipazione alla gara.

4.1. Con il secondo motivo, la ricorrente incidentale ha dedotto la violazione dell'art. 49 del d.lgs. n. 163 del 2006 sotto il duplice profilo del radicale difetto delle dichiarazioni di cui alla lettera a) del comma 2 dell'art. 49, che avrebbero dovuto rendere le imprese ausiliate, e della non esaustività e/o correttezza di quella resa ai sensi della lettera d) del medesimo articolo da parte dell'ausiliaria.

4.2. In via subordinata al mancato accoglimento dei primi due motivi, la ricorrente incidentale ha dedotto altresì l'indeterminatezza del contratto di avvalimento, per omessa indicazione sia della dotazione di mezzi e di personale tecnico, sia delle ulteriori attrezzature, macchinari e personale sottesi al requisito del "fatturato specifico" asseritamente messi a disposizione dell'ATI ricorrente per tutta la durata dell'appalto.

5. In vista della discussione le parti hanno depositato memorie difensive e di replica e all'udienza pubblica del 6 giugno 2013 la causa, dopo rituale discussione dei procuratori delle parti costituite, è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

6. Preliminarmente, quanto all'ordine logico di trattazione delle questioni sollevate con il ricorso principale e con quello incidentale, il Collegio ritiene di dover esaminare prioritariamente quest'ultima impugnazione in quanto diretta a contestare la stessa ammissione alla procedura di gara della ricorrente principale, in applicazione dei principi fissati dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4 del 2011.

6.1. Ed invero, con i primi due motivi di ricorso incidentale, si contesta la validità del contratto di avvalimento prodotto in gara dalla ricorrente principale in quanto inidoneo a realizzare il prestito del requisito del fatturato specifico ("aver effettuato nei trentasei mesi antecedenti la pubblicazione del bando, servizi esclusivamente pertinenti all'oggetto del bando" per un importo pari ad almeno 0,50 volte l'importo a base d'asta..."), così come di quello relativo alla disponibilità dei mezzi richiesti dall'art. 11 del Capitolato speciale.

6.2. Tali censure sono fondate, secondo quanto di seguito osservato.

6.3. L'art. 49 del D.Lgs. n. 163 del 2006 prevede, al primo comma, che il concorrente, singolo o consorziato o raggruppato, 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 secondo comma della stessa disposizione prevede che, "ai fini di quanto previsto nel comma 1", il concorrente allega, "oltre all'eventuale attestazione SOA propria e dell'impresa ausiliaria", tra l'altro:

- una sua dichiarazione, "attestante l'avvalimento dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara, con specifica indicazione dei requisiti stessi e dell'impresa ausiliaria" (lettera a);
- "una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui 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" (lettera d);
- in originale o copia autentica il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto (lettera f).

La stessa disposizione prevede, al comma 4, che “il concorrente e l’impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto”.

6.4. Le disposizioni riportate contemplano, dunque, un procedimento negoziale complesso composto dai negozi unilaterali del concorrente (lettera a) e dell’impresa ausiliaria (lettera d), indirizzati alla stazione appaltante, nonché da un contratto tipico di avvalimento (lettera f) stipulato tra il concorrente e l’impresa ausiliaria (così, da ultimo, Consiglio di Stato, VI, 13 giugno 2013, n. 3310).

6.5. L’esigenza di una puntuale individuazione dell’oggetto del contratto di avvalimento, oltre a discendere dalle norme generali in materia di invalidità contrattuale, per indeterminatezza (ed indeterminabilità) di un elemento essenziale dell’impegno negoziale (artt. 1325 e 1418 c.c.), risulta, sul piano funzionale, inscindibilmente connessa, nell’ambito delle procedure contrattuali del settore pubblico, alla necessità di non permettere agevoli aggiramenti del sistema dei requisiti di ingresso alle gare pubbliche.

6.6. Per le stesse ragioni, l’esigenza di determinazione dell’oggetto esiste anche con riferimento alla dichiarazione unilaterale in quanto “nell’istituto dell’avvalimento l’impresa ausiliaria non è semplicemente un soggetto terzo rispetto alla gara, dovendosi essa impegnare non soltanto verso l’impresa concorrente ausiliata ma anche verso la stazione appaltante a mettere a disposizione del concorrente le risorse di cui questi sia carente, sicché l’ausiliario è tenuto a riprodurre il contenuto del contratto di avvalimento in una dichiarazione resa nei confronti della stazione appaltante” (Cons. Stato, VI, 13 maggio 2010, n. 2956). Ciò in quanto occorre soddisfare “esigenze di certezza dell’amministrazione”, essendo la dichiarazione dell’impresa ausiliaria “volta a soddisfare l’interesse della stazione appaltante ad evitare, dopo l’aggiudicazione, l’insorgere di contestazioni sugli obblighi dell’ausiliario” (Cons. Stato, VI, n. 2956 del 2010, cit.).

7. Ciò premesso, deve rilevarsi che, nella fattispecie in esame, la dichiarazione unilaterale resa dall’ausiliaria nei confronti della stazione appaltante, fa esclusivo quanto generico riferimento all’obbligazione assunta espressamente nei confronti “dell’Ausiliato ATI Italcon s.r.l./Italmixer s.r.l.” e di “Autostrada BS-VR-VI-PD”, di “mettere a disposizione le risorse necessarie di cui è carente l’operatore economico concorrente per la tutta la durata dell’appalto” (cfr. doc. 5 della controinteressata ricorrente incidentale).

7.1. Tale dichiarazione non contiene, alla luce di quanto sopra esposto, gli elementi essenziali prescritti dalla legge, dal momento che in essa difetta l’indicazione sia della natura dei requisiti in concreto prestati, sia, soprattutto, della misura del prestito con riguardo a ciascuna delle società componenti l’ATI ausiliata.

7.2. Del pari, il contratto di avvalimento, premesso genericamente che la costituenda Associazione Temporanea di Imprese (A.T.I.) tra Italcon s.r.l. e Italmixer s.r.l. (denominata “Ausiliata”) “non è in possesso di parte” degli specifici requisiti richiesti dal bando con riferimento al fatturato e ai mezzi richiesti all’ “art. 11 del Capitolato speciale”, si limita ad affermare che “l’Ausiliaria ... si impegna, anche nei confronti della stazione appaltante a mettere a disposizione dell’Ausiliata ... la disponibilità dei requisiti specificati in premessa, necessari per la partecipazione alla gara nonché le risorse necessarie, che si individuano in macchinari, attrezzature e personale occorrenti per l’esecuzione della commessa, al fine di consentire l’esecuzione del servizio di appalto di cui alle premesse”.

7.3. Orbene, premesso che il raggruppamento di imprese non dà luogo a un’entità giuridica autonoma e separata dalle società che lo compongono e che, pertanto, ciascuna impresa di cui esso si compone deve essere in possesso dei requisiti prescritti dalla legge speciale di gara per la relativa partecipazione, il contratto di avvalimento in favore dell’ “ATI” ricorrente, ancorché sottoscritto sia da Italcon s.r.l. che da Italmixer s.r.l., non dà minimamente conto “in che misura” e “nei confronti di chi” operi il “prestito” del requisito e/o dei requisiti messi genericamente a disposizione del “raggruppamento costituendo”. Prestito su cui, nondimeno, si fondano entrambe le domande di

partecipazione alla procedura selettiva in esame (riferibili alle predette società), per la dimostrazione del possesso sia del fatturato specifico, sia della disponibilità dei mezzi necessari per espletare il servizio, benché anch'esse prive di alcuna specificazione della misura di esso, in relazione al requisito, in tutto o solo in parte, mancante (cfr. doc. 3 e 4 della controinteressata ricorrente incidentale).

7.4. Sul punto non colgono nel segno le argomentazioni difensive della ricorrente principale secondo le quali, tenuto conto del tenore dell'impegno a costituire l'RTI nel quale sarebbe espressamente indicata la percentuale di ripartizione tra i due componenti (ovvero 80% in capo alla capogruppo e 20% in capo alla mandante), risulterebbe agevole comprendere che i requisiti messi a disposizione dell'ausiliaria in favore del costituendo RTI dovrebbero "essere imputati direttamente in capo al RTI ovvero in misura proporzionale alle quote di partecipazione".

7.5. Ed invero né la disciplina vigente sopra richiamata né i principi generali in materia di determinazione/determinabilità dell'oggetto del contratto consentono di integrare *per relationem* o *aliunde* l'omessa specificazione della misura dell'avvalimento in concreto operato nei confronti di ciascuna impresa che compone il raggruppamento (cfr. Consiglio di Stato, III, 29 ottobre 2012, n. 5512). Tanto più in una fattispecie, come quella oggetto di scrutinio, in cui in alcuno dei documenti di gara risultano individuati le risorse e i mezzi prestati a ciascuna impresa, posto che le imprese ausiliate hanno sostanzialmente omesso di rendere la dichiarazione prescritta dall'art. 49, comma 2, lettera a), limitandosi ad operare un mero rinvio alle dichiarazioni rilasciate dall'ausiliaria ("vedasi dich. rilasciata dall'ausiliaria") e ad indicare del tutto genericamente i requisiti necessari per la partecipazione alla gara ("vedi elenco mezzi - all.1 e dich. impresa ausiliaria"), senza alcuna specificazione in ordine alla misura così come all'oggetto concreto dell'avvalimento operato nei propri confronti (cfr. doc. 3 e 4 della controinteressata ricorrente incidentale).

7.6. Giova rimarcare, al riguardo, che la dichiarazione richiesta dalla lettera a) del comma 2 dell'art. 49 esprime precipuamente l'impegno, assunto dalla concorrente nei confronti della stazione appaltante, di ricorrere all'istituto dell'avvalimento, impegno che si connota, nella previsione normativa, non quale generico riferimento all'utilizzo dell'istituto, ma come concreta specificazione dei suoi contenuti, riferiti ai requisiti oggetto di esso ed alla impresa ausiliaria. Trattasi, allora, di atto con il quale il concorrente si qualifica nei confronti della stazione appaltante e, quindi, di documento essenziale di concreta "identificazione" del soggetto che intende contrattare con la p.a. (cfr., in questo senso, TAR Sicilia, Palermo, III, 23.11.2011, n. 2174). Da tale natura e funzione della dichiarazione in esame discende la relativa verificabilità ai sensi dell'art. 48, il cui esito negativo comporta la sanzione espulsiva.

7.7. Pertanto, considerata l'indeterminatezza sia del contratto di avvalimento sia delle dichiarazioni di cui all'art. 49, comma 2, lettera a), risulta definitivamente preclusa la possibilità di conoscere quali e quanti requisiti siano stati in concreto presi a prestito partitamente da ciascuna delle imprese ricorrenti in via principale e, conseguentemente, la verificabilità stessa della loro qualificazione ai fini della partecipazione alla gara.

7.8. Tale impossibilità di evincere se la singola impresa componente dell'ATI abbia o meno i requisiti di ammissione (in misura corrispondente alla quota di partecipazione all'ATI medesima), a garanzia della stazione appaltante e del buon esito del programma contrattuale nella fase di esecuzione, determina l'inammissibilità dell'offerta contrattuale dell'ATI ricorrente, con conseguente sua necessaria esclusione dalla partecipazione alla gara.

8. Pertanto, alla luce delle considerazioni sopra esposte, il ricorso incidentale merita accoglimento con conseguente improcedibilità del ricorso principale per sopravvenuta carenza di interesse.

9. Tuttavia, in considerazione della complessità delle questioni sollevate e, in particolare, della mancanza di un orientamento giurisprudenziale consolidato in ordine a ciascuno dei profili (del contratto di avvalimento e delle

dichiarazioni unilaterali di cui all'art. 49, comma 2, lettere a) e d), del d.lgs. n. 163 del 2006) trattati, ricorrono giusti motivi per compensare integralmente le spese fra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, accoglie il ricorso incidentale e, conseguentemente, dichiara improcedibile il ricorso principale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 6 giugno 2013 con l'intervento dei magistrati:

Bruno Amoroso, Presidente

Silvia Coppari, Referendario, Estensore

Roberto Vitanza, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/09/2013

IL SEGRETARIO

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