



REPUBBLICA ITALIANA

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 1637 del 2013, proposto da:

Prima Appalti S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Sebastiana Dore, Enzo Perrettini e Mario Pagliarulo, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Luigi Giuliano in Milano, Via F. Cavallotti, 13

contro

Metropolitana Milanese S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti Guido Greco e Manuela Muscardini, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Milano, Piazzale Lavater, 5

nei confronti di

Fea S.r.l. e Consorzio Stabile Terra Soc. Cons. a r.l., rappresentati e difesi dall'avv. Marco Feroci, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Cristina Carnielli in Milano, via Durini, 5

per l'annullamento

del provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara per l'affidamento in appalto del rifacimento della rete fognaria lungo le vie

Inverigo, De Gasperi e del Ghiasello, in Milano (codice dcup j46D130000002005, codice CIG 5000167C54), disposto in favore dell'A.T.I. s.r.l./Consorzio Stabile Terra, della nota di comunicazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva PG/32792 del 27.5.2013, del diniego di autotutela di cui alla nota prot. PG 41886 DLCO71552 del 20.6.2013, di tutti i verbali di gara, del bando di gara, del disciplinare di gara, della modulistica di gara, del provvedimento di aggiudicazione provvisoria e della nota PG 27956 del 2.5.2013 di comunicazione dell'aggiudicazione provvisoria, nonché di qualsiasi atto presupposto, connesso e/o consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Metropolitana Milanese S.p.A. e di Fea S.r.l. e di Consorzio Stabile Terra Soc. Cons. a R.L.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 gennaio 2014 il dott. Roberto Lombardi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso depositato in data 2 luglio 2013 Prima Appalti S.r.l., dopo essersi classificata seconda in graduatoria nella gara di appalto indicata in epigrafe, impugnava il provvedimento di aggiudicazione della procedura de qua, esponendo i seguenti motivi:

- la Fea S.r.l. e il Consorzio Stabile Terra, società aggiudicatarie della gara con il modulo dell'associazione temporanea di tipo orizzontale, non avrebbero specificato le quote di partecipazione all'ATI né la ripartizione delle lavorazioni scorporabili, in violazione dell'art. 37 del D.lgs. n. 163/06;
- la Fea S.r.l. non possederebbe i requisiti di qualificazione correlati alla percentuale del 65% assunta, in violazione dell'art. 92 del d.P.R. n. 207/2010;
- l'ATI controinteressata avrebbe dichiarato, con riferimento alle categorie scorporabili 0G3 e 0S21, di volere genericamente ricorrere al subappalto, senza indicare il soggetto subappaltatore;
- l'impresa ausiliaria dell'ATI aggiudicataria (Far S.r.l.) si sarebbe limitata a dichiarare il possesso dei requisiti generali di cui all'art. 38 del D.lgs. n. 163/2006, in violazione dell'art. 49 del codice dei contratti pubblici.

Si costituivano in giudizio Metropolitana Milanese S.p.A. e la controinteressata, che resistevano al ricorso, e la Sezione respingeva la proposta istanza cautelare.

Tale decisione veniva peraltro riformata dal Consiglio di Stato, che riteneva sussistente il *fumus bonis iuris* sulla scorta delle seguenti considerazioni:

- “la censura riguardante l'assenza di dichiarazione dell'impresa ausiliaria nei confronti della stazione appaltante ai sensi dell'art. 49 co. 2 lett. c) D. Lgs. 163/2006 appare ad un primo esame dotata di aspetti di fondatezza e che a tale punto viene a mancare il vincolo della stessa impresa ausiliaria nei confronti della stazione appaltante, privando così l'impresa ausiliaria della responsabilità nei confronti della committente”;

- “la dichiarazione ed il contratto di avvalimento presentati non possono essere ritenuti equipollenti ai fini del richiamato art. 49 co. 2 lett. c)”.

La causa veniva, infine, trattenuta per la decisione nel merito all’udienza pubblica del 29 gennaio 2014;

DIRITTO

Il ricorso è infondato, nei termini già precisati nella fase cautelare di primo grado, cui si fa espresso riferimento, in ossequio al principio di sinteticità degli atti di cui all’art. 120, comma 10 c.p.a..

Occorre peraltro esaminare con maggiore analiticità le motivazioni con cui il Consiglio di Stato ha accolto l’appello cautelare della ricorrente, al fine di verificare la sussistenza o meno del vizio rilevato.

Prima Appalti S.r.l. ha sostenuto, nei suoi scritti introduttivi, che il ricorso all’avvalimento, da parte della ATI controinteressata, era da considerarsi privo dei suoi presupposti, in quanto l’azienda ausiliaria FAR S.r.l. non avrebbe dichiarato di essere in possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento, ma si sarebbe limitata a dichiarare il possesso dei requisiti generali di cui all’art. 38 del d.lgs. n. 163/2006.

La ricorrente ha poi precisato in sede di appello cautelare la portata della sua censura, nel senso che l’impresa avrebbe dovuto dichiarare non solo nei confronti del ricorrente, ma anche nei confronti dell’amministrazione, di essere in possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento, assumendosi le relative responsabilità.

Ritiene il Collegio che la precisazione della censura non sia inammissibile, facendo comunque riferimento ad una presunta violazione dell’art. 49, comma 2, lett. c) del d.lgs. n. 163/2006, come peraltro messo in rilievo dalla stessa motivazione contenuta nell’ordinanza cautelare di appello.

Nel merito, si tratta, peraltro, di motivo integralmente destituito di fondamento. Da un lato, infatti, l'Impresa F.A.R. S.r.l. ha indirizzato la sua dichiarazione ex art. 49, comma 2, lett. c), direttamente a Metropolitana Milanese (si veda documento n. 5.1 depositato dall'amministrazione resistente in data 22 luglio 2013), dall'altro, ha dichiarato espressamente, oltre al possesso dei requisiti di ordine generale, che “intende far avvalere l'impresa FEA S.r.l. dei requisiti della sottoscritta impresa F.A.R. S.r.l. per la categoria OG6IV”.

Da un punto di vista logico risulta davvero arduo ritenere che tale dichiarazione non corrisponda, nella sostanza, a quanto richiesto dall'art. 49, comma 2, lett. c) sopra citato, il quale così dispone: “ai fini di quanto previsto nel comma 1, il concorrente allega (...)una dichiarazione sottoscritta da parte dell'impresa ausiliaria attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'articolo 38, nonché il possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento”.

Appare invero naturale ritenere che quando un'impresa, nella specie accreditata della categoria OG6IV, intenda far avvalere un'altra dei requisiti alla seconda mancanti, ne riconosca implicitamente, ma sicuramente, anche il possesso.

D'altra parte, se anche è corretta l'affermazione per cui il contratto di avvalimento ha efficacia diretta solo tra le parti private, ciò non toglie che tale contratto è uno di quei documenti che deve necessariamente essere presentato alla stazione appaltante dalla concorrente, ai sensi della lettera f) dello stesso art. 49, comma 2, del Codice dei Contratti pubblici.

Nel caso di specie, nel contratto presentato a tali fini si legge espressamente che “l'impresa FEA S.r.l. ha richiesto all'impresa F.A.R.

S.r.l. la partecipazione al suddetto appalto in avvalimento ai sensi degli artt. 48 e 49 del d.lgs. 163/2006 essendo quest'ultima in possesso dei requisiti richiesti dal bando di gara”.

In definitiva, nello stesso fascicolo presentato alla stazione appaltante, seppure in due distinti documenti, vi erano due dichiarazioni, una implicita e l'altra esplicita, attestanti il possesso dei requisiti da parte dell'impresa ausiliaria.

Se dunque il principio da salvaguardare è quello, come precisato dallo stesso giudice di appello, di assicurare il vincolo dell'impresa ausiliaria nei confronti della stazione appaltante, il risultato risulta ampiamente raggiunto.

L'impresa ausiliaria ha, cioè, per tale duplice tramite, dichiarato la sua responsabilità già prevista dalla legge nei confronti della stazione appaltante, in relazione alle prestazioni oggetto del contratto (art. 49, comma 4, d.lgs. n. 163/2006).

Sostenere il contrario, tramite una lettura formalistica della dichiarazione sul possesso dei requisiti e una scissione artificiosa tra la suddetta dichiarazione e il contratto stipulato in vista di essa, significherebbe contrastare in modo frontale con l'interpretazione del rapporto tra amministrazione e concorrente, con riferimento al possesso dei requisiti tecnici ed economici, che la Corte di Giustizia ha fornito nella sentenza emessa dalla Sez. V in data 10 ottobre 2013 (causa C-94/12).

Il Giudice comunitario ha, infatti, espressamente ribadito il diritto di ogni operatore economico a fare affidamento, per un determinato appalto, sulle capacità di altri soggetti, purché dimostri all'amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari per eseguire tale appalto.

Tale pronuncia ha carattere vincolante per i Giudici nazionali, ma occorre rilevare che già l'art. 48, paragrafo tre, della direttiva n. 18/2004/CE, prevedeva che fosse sufficiente, in caso di avvalimento, quale prova del possesso delle risorse necessarie ai fini dell'esecuzione dell'appalto, una dichiarazione di impegno da parte della società ausiliaria di mettere a disposizione della concorrente le predette risorse.

Tale dichiarazione è richiesta e ritenuta sufficiente anche dall'ordinamento nazionale ai sensi dell'art. 49, comma 2, lett. d) del d.lgs. n. 163/2006, ed è stata puntualmente presentata dall'impresa F.A.R. nell'atto ad hoc indirizzato alla stazione appaltante dove si legge testualmente: "la scrivente impresa ausiliaria si obbliga nei confronti dell'impresa FEA S.r.l. e verso l'Amministrazione in epigrafe a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui FEA S.r.l. è carente".

Di conseguenza, il ricorso all'avvalimento, nei termini appena esposti, è da considerarsi legittimo.

Quanto alle altre censure mosse contro l'aggiudicazione, possono sinteticamente ribadirsi, a dimostrazione della loro infondatezza, le seguenti argomentazioni già svolte in sede cautelare:

- ai sensi dell'art. 37, comma, 13 del D.lgs. n. 163/2006, le quote di partecipazione devono essere corrispondenti alle quote di esecuzione, per cui risulta sufficiente l'indicazione, come nel caso di specie, delle percentuali di partecipazione;
- il raggruppamento controinteressato ha dimostrato di essere qualificato anche per le categorie specialistiche;
- il calcolo della percentuale di qualificazione SOA, effettuato solo in relazione alla categoria prevalente, e tenuto conto dell'aumento del quinto

di cui all'art. 61 comma 2 del d.P.R. n. 207/2010 (da considerarsi ammissibile anche nel caso di avvalimento, a parere di questo Collegio), dà un importo superiore a quello minimo richiesto dal bando;

- il bando imponeva che le opere scorporabili - per l'esecuzione delle quali, peraltro, come già detto, il raggruppamento controinteressato risulta autosufficiente - fossero eseguite da soggetti con idonea qualificazione, senza ulteriori specificazioni.

Il ricorso va dunque respinto, con spese del giudizio che seguono la soccombenza;

P.Q.M.

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

Condanna la società ricorrente a rifondere le spese processuali, che liquida in complessivi € 3.500,00 in favore di Metropolitana Milanese S.p.A. ed € 3.500,00 in favore della raggruppamento controinteressato, oltre accessori di legge.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 29 gennaio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Raffaello Gisondi, Primo Referendario

Roberto Lombardi, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 31/01/2014

IL SEGRETARIO

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