

Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza n. 3565 del 13 giugno 2011

Avvalimento – Inammissibile l'integrazione parziale di un requisito posseduto dall'impresa avvalente – L'impresa ausiliaria deve possedere il requisito per intero

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4786 del 2010, proposto dalla S.p.a. Sorical, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati, con domicilio eletto presso in Roma, piazza ...;

contro

la S.r.l. Vescio Costruzioni, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato, con domicilio eletto presso in Roma,

nei confronti di

Arkeoverde S.r.l. n.c.,

Consorzio Stabile Infrastrutture Meridionali, n.c.;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CALABRIA - CATANZARO :SEZIONE I n. 00346/2010, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Vescio Costruzioni S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 maggio 2011 il consigliere di Stato Maurizio Meschino e udito per le parti l'avvocato

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La S.r.l Vescio Costruzioni ha partecipato alla procedura negoziata indetta dalla S.p.a. So.ri.cal. (Società di gestione delle risorse idriche calabresi; di seguito: Sorical) per l'aggiudicazione dei lavori di gestione e manutenzione ordinaria e straordinaria delle opere elettriche, elettromeccaniche, strumentali, di automazione e telecontrollo degli impianti idropotabili calabresi, inquadrabili nella categoria prevalente OG10, per l'importo complessivo di € 750.000,00, di cui € 620.000,00 per manutenzione cabine elettriche di trasformazione, linee elettriche ed illuminazione esterna riconducibili alla categoria OG10 classifica III.

Con verbale del 28 aprile 2009 l'offerta della Vescio Costruzioni è stata esclusa in via automatica, secondo le previsioni della lettera di invito e degli artt. 86 e 122, comma 9, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice degli appalti pubblici; di seguito: Codice), in quanto recante un ribasso del 19,990%, superiore alla soglia di anomalia fissata al 19,5635%.

L'appalto è stato aggiudicato provvisoriamente all'Arkeoverde S.r.l., che aveva offerto un ribasso del 16,850%, provvedendosi successivamente, con determinazione del 7 maggio 2009 dell'Amministratore delegato della Sorical, all'approvazione degli atti di gara ed alla aggiudicazione definitiva in favore della Arkeoverde.

2. La Vescio Costruzioni, con il ricorso n. 1037 del 2009 proposto al Tribunale amministrativo regionale per la Calabria, ha chiesto l'annullamento: della citata

determinazione del 7 maggio del 2009 recante l'aggiudicazione definitiva dell'appalto; della esclusione per anomalia dell'offerta della ricorrente disposta nel verbale di aggiudicazione provvisoria del 28 aprile 2009.

3. Il Tribunale amministrativo, con la sentenza n. 346 del 2010, ha accolto il ricorso e, per l'effetto, ha annullato gli atti impugnati, compensando tra le parti le spese del giudizio.

4. Con l'appello in epigrafe è chiesto l'annullamento della sentenza di primo grado, con domanda di sospensione cautelare della esecutività.

La domanda cautelare è stata respinta con l'ordinanza del 14 luglio 2010, n. 3291.

5. All'udienza del 24 maggio 2011 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. Con la sentenza gravata, n. 346 del 2010, il Tribunale amministrativo per la Calabria, sezione prima, ha accolto il ricorso proposto dalla S.r.l Vescio Costruzioni avverso le determinazioni recanti la sua esclusione, per anomalia dell'offerta, dalla procedura negoziata indetta dalla Sorical e l'aggiudicazione definitiva dell'appalto alla S.r.l Arkeoverde.

2. Nella sentenza è accolto il motivo di ricorso per il quale uno dei concorrenti, il Consorzio Stabile Infrastrutture Meridionali, avrebbe dovuto essere escluso dalla gara, con conseguente innalzamento della soglia di anomalia e quindi aggiudicazione a favore della ricorrente, per avere colmato la carenza della qualificazione per le opere della categoria OG10 mediante la stipula di un contratto di avvalimento con l'impresa Edil Perri S.n.c., a sua volta priva del requisito in quanto qualificata per la categoria OG10 classifica II e non classifica III, come richiesto dalla *lex specialis* di gara.

Si deve infatti ritenere, afferma la sentenza, che l'ammissione senza limiti dell'avvalimento dell'attestazione SOA produca effetti distorsivi, dal momento che la mera sommatoria delle attestazioni SOA dell'impresa avvalente e dell'impresa

ausiliaria, prescindendo dal fatto che quest'ultima sia autonomamente in possesso della qualificazione necessaria alla partecipazione alla gara, vuol dire vanificare il sistema delineato dal legislatore, rendendo possibile che alla gara partecipi un soggetto privo dei requisiti di qualificazione, che si avvale di un soggetto a sua volta privo di tali requisiti, dovendo, invece, necessariamente sussistere la qualificazione, da parte della concorrente o dell'ausiliaria, senza che residui spazio alla possibilità che la qualificazione stessa sia ravvisabile in parte in capo all'una ed in parte in capo all'altra.

3. Nell'appello si censura la sentenza impugnata:

-per violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato: con il ricorso introduttivo non è stata infatti censurata la ammissibilità dell'avvalimento parziale –verticale ed il ricorso è risultato infondato in fatto essendo stato dimostrato da Sorical che il Consorzio Stabile Infrastrutture Meridionali possedeva una qualificazione SOA per categoria OG10, classifica II;

-in ogni caso l'avvalimento diretto all'integrazione di un requisito già in parte posseduto dall'impresa avvalente è ammissibile, per principio generale del diritto comunitario, e ai sensi dell'articolo 49, comma 6 del Codice, modificato con il d.lgs. n. 152 del 2008 a seguito dell'avvio di una procedura di infrazione comunitaria aperta rispetto al precedente testo della norma; dalla norma vigente si evince, infatti, che è vietato il frazionamento dell'avvalimento se ci si avvale di più imprese ausiliarie, non essendone consentito l'utilizzo nei confronti di tali diverse imprese, ma anche che non sussistono limiti all'integrazione di un requisito già in parte posseduto dall'impresa avvalente nel caso ci si avvalga di una sola impresa ausiliaria, per cui, nella specie, la somma di due attestazioni SOA per categoria OG10, classifica II, comporta l'integrazione del requisito per l'iscrizione alla III classifica della medesima categoria;

-se così non si ritenesse si chiede che sia sollevata questione pregiudiziale presso la Corte di Giustizia, ai sensi dell'art. 267 del Trattato, per la valutazione della compatibilità della interpretazione adottata con gli articoli 47 e 48 della direttiva n. 18 del 2004 e con l'art. 54 della direttiva n. 17 del 2004 (venendo richiamata al riguardo la nota della Commissione C(2008)0108 del 30 gennaio 2008 relativa all'avvio di una procedura di infrazione riguardo al testo allora vigente dei commi 6 e 7 dell'art. 49 del d.lgs. n. 163 del 2006).

4. Le censure sono infondate.

Non può essere accolta, anzitutto, la censura con cui si deduce la non corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato nella sentenza impugnata; questa si è infatti pronunciata sulla carenza in capo al Consorzio Stabile Infrastrutture Meridionali dei requisiti di qualificazione e sulla insufficienza a tal fine del contratto di avvalimento, a fronte di specifica deduzione al riguardo nel ricorso introduttivo, nel quale è affermato che “Poiché il Consorzio Stabile Infrastrutture Meridionali è stato invitato alla procedura negoziata, se ne ricava che era stato iscritto, benché illegittimamente, nel presupposto sistema di qualificazione, si presume per la categoria OG10 e classifica III[^]” e che “E’ appena il caso di ribadire che il Consorzio ha tentato ex post (v. contratto di avvalimento con Edilperri snc del 15.3.2009) di ricostruire i requisiti mancanti con avvalimento rivelatosi incompleto per la classifica III...”.

Anche le restanti censure non possono essere accolte.

Infatti:

-nelle Direttive CE in materia di appalti pubblici n.18 (articoli 47 e 48) e n. 17 (articolo 54), del 2004, l'istituto dell'avvalimento è previsto con formulazione sostanzialmente identica per la quale “*Un operatore economico può, se del caso, e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dai suoi legami con questi ultimi. In tal caso deve dimostrare alla amministrazione che disporrà dei mezzi*

necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno a tal fine di questi soggetti." (art. 47, comma 2, della direttiva n. 18 citata); alla luce di questa previsione è corretto affermare che l'istituto, in quanto così ampiamente definito (altresì nell'art. 49, comma 1, del d.lgs. n. 163 del 2006), ha "portata generale nel diritto comunitario, al fine di garantire il principio di libertà di concorrenza" (Cons. Stato, Sez. V, 19 marzo 2009, n. 1624), poiché, se ciascun soggetto può avvalersi dei requisiti di altri, viene così posto in grado di concorrere il più vasto numero di soggetti, non essendo perciò consentite limitazioni nell'applicazione dell'istituto che possano inficiare tale scopo;

-la massima concorrenza deve però dispiegarsi entro il limite (e al fine) della garanzia per la stazione appaltante di ricevere la migliore prestazione, che non è a sua volta assicurata se nessuno dei soggetti concorrenti possiede i requisiti preventivamente identificati in relazione all'oggetto e agli importi di gara, essendo questi richiesti come presupposto della capacità del partecipante di formulare una offerta congrua e valutabile e di fornire quindi, se aggiudicatario, la migliore prestazione; non si comprenderebbe, altrimenti, la *ratio* della preordinazione di un sistema di requisiti di qualificazione per categorie di lavori e classifica (per importi nel loro ambito) se nessuno dei concorrenti o dei soggetti ausiliari fosse poi, in concreto, vincolato a possederli, non potendo in tal caso il candidato/offerente "*dimostrare alla amministrazione che disporrà dei mezzi necessari?*" a provare le capacità richieste per l'esecuzione dell'appalto;

-la finalità dell'avvalimento non è perciò "quella di arricchire la capacità (tecnica o economica che sia) del concorrente, ma quella di consentire a soggetti che ne siano privi di concorrere alla gara ricorrendo ai requisiti di altri soggetti" (Cons. Stato: Sez. V, 17 marzo 2009, n. 1589; Sez. IV, 20 novembre 2008, n. 5742), se e in quanto da questi integralmente e autonomamente posseduti (cfr. anche Cons. Stato, Sez. V, 23 febbraio 2010, n. 1054), in coerenza con la normativa comunitaria

sugli appalti pubblici che è volta in ogni sua parte a far sì che la massima concorrenza sia anche condizione per la più efficiente e sicura esecuzione degli appalti;

-non contrasta con tale conclusione la normativa di cui al vigente art. 49, comma 6, per il quale *“Per i lavori, il concorrente può avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria di qualificazione. Il bando di gara può ammettere l'avvalimento di più imprese ausiliarie in ragione dell'importo dell'appalto o della peculiarità delle prestazioni, fermo restando il divieto di utilizzo frazionato per il concorrente dei singoli requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi di cui all'articolo 40, comma 3, lettera b), che hanno consentito il rilascio dell'attestazione in quella categoria.”*. Non può essere accolta, infatti, una interpretazione per cui il divieto di utilizzo frazionato dei requisiti varrebbe soltanto nel caso dell'avvalimento di più imprese ausiliarie (ai sensi della seconda parte del comma) e non anche in quello di una sola impresa ausiliaria (di cui alla prima parte), essendo evidente che il legislatore si è occupato di vietare espressamente l'utilizzo frazionato per la fattispecie in cui tale utilizzo è in concreto ipotizzabile, proprio in ragione della pluralità delle imprese ausiliarie, e non per quella in cui ci si avvalga di una sola impresa ausiliaria, non essendo altrimenti giustificato un divieto posto soltanto per un caso e non per l'altro;

-ciò è confermato dalla intervenuta abrogazione del comma 7 del medesimo art. 49, ai sensi del d.lgs. n. 152 del 2008, in cui era anche previsto *“che l'avvalimento possa integrare un preesistente requisito tecnico o economico già posseduto dall'impresa avvalente in misura o percentuale indicata nel bando stesso”*, nonché dall'osservazione che la somma delle classifiche risulta espressamente prevista soltanto per i consorzi stabili (art. 36, comma 7, del d.lgs. n. 163 del 2006);

-tale ricostruzione non contrasta con quanto indicato dalla citata nota C(2008)0108 della Commissione europea, relativa a limitazioni all'avvalimento riscontrate nel testo previgente dei commi 6 e 7 dell'art. 49 del d.lgs. n. 163 del 2006, cui sono

seguite le modifiche disposte con il d.lgs. n. 152 del 2008 (essenzialmente restringendo ai lavori, nel comma 6, la previsione dell'avvalimento di una sola impresa ausiliaria, e abrogando il comma 7 che recava la possibilità del bando di gara di limitare l'avvalimento per tipo di requisiti e di prevedere la loro integrazione); per effetto delle modifiche intervenute la normativa di cui all'art. 49 non risulta infatti prevedere, come sopra visto, la possibilità dell'integrazione dei requisiti parziali né è interpretabile in tal senso;

-in tale quadro si deve concludere che non vi è ragione per il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 267 del TFUE, trattandosi di un caso in cui la corretta applicazione del diritto comunitario si impone con evidenza tale da non dare adito a nessun ragionevole dubbio interpretativo sulla soluzione da dare alla questione sollevata (Cons. Stato Sez. VI, 9 febbraio 2011, n. 896); scopo della normativa comunitaria è infatti chiaramente quello far concorrere alle gare anche i soggetti che non hanno i requisiti se li ha l'impresa ausiliaria ma non quello di consentire che chi non ha i requisiti possa comunque presentare offerte, così impegnandosi ad eseguire prestazioni per cui non ha i presupposti, poiché, in questo caso, non sarebbero contestualmente assicurate la libera concorrenza e l'uso efficiente delle risorse pubbliche, ciò che costituisce, invece, la finalità ultima della stessa normativa.

5. Per quanto considerato l'appello è infondato e deve essere perciò respinto.

Le spese seguono, come di regola, la soccombenza. Esse sono liquidate nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe, n. 4786 del 2010, lo respinge.

Condanna la S.p.a. Sorical al pagamento a favore della S.r.l Vescio delle spese del secondo grado del giudizio, che liquida in euro 5.000,00 (cinquemila /00), oltre gli accessori di legge.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 24 maggio 2011

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/06/2011

IL SEGRETARIO

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