

Tar Piemonte, sezione prima, sentenza n. 837 del 30 marzo 2009

Istituto dell'avvalimento - Necessaria la dichiarazione di avvalimento per le società infragruppo

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 il Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 977 del 2008, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:
Cabinet Merlin S.A., più Altri, rappresentati e difesi dagli avv., con domicilio
eletto presso l'avv. in Torino, corso

contro

Trattamento Rifiuti Metropolitan (Trm) S.p.A., rappresentata e difesa dall'avv.,
con domicilio eletto presso il medesimo in Torino,

nei confronti di

Recchi Ingegneria e Partecipazioni S.p.A., Industrial Engineering Consultants (Iec)
S.r.l., El S.r.l. Engineering Service, Proger S.p.A., Technital S.p.A., Ing. Antonio
Carminati; Mwh S.p.A. rappresentati e difesi dagli avv., con domicilio eletto
presso l'avv. in Torino,

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

dei provvedimenti impugnati, comunque ordinando a T.R.M. - Trattamento Rifiuti
Metropolitan s.p.a. di riesaminare la situazione di fatto e di diritto e di
rideterminarsi alla luce dei motivi del presente ricorso;

- nel merito, previa eventuale istruttoria sopra specificata, annullare la
determinazione n. 74 del 16.6.2008 (non conosciuta nel testo) con la quale TRM

ha disposto “l'aggiudicazione definitiva a favore dell'ATI MWH (capogruppo), Proger s.p.a. (mandante), Recchi Ingegneria e partecipazioni s.p.a. (mandante), Technical s.p.a. (mandante), Industrial Engineering Consultants s.r.l. (mandante), EL s.r.l. Engineering Service (mandante), Ing. Antonio Carminati (mandante)”, nonché la nota prot. N. AP/333/DL del 18.6.2008 con la quale è stata comunicata alle ricorrenti l'aggiudicazione definitiva a favore del costituendo raggruppamento controinteressato; annullare il verbale della tredicesima seduta della commissione giudicatrice del 19.5.2008 con il quale è stata disposta l'aggiudicazione provvisoria a favore del costituendo raggruppamento controinteressato; annullare, nella parte in cui lesivi, gli ulteriori seguenti verbali della commissione giudicatrice: verbale della seconda seduta (11.4.2008); verbale della terza seduta (14.4.2008); verbale della quarta seduta (15.4.2008); verbale della quinta seduta (18.4.2008); verbale della sesta seduta (21.4.2008); verbale della settima seduta (21.4.2008); verbale della ottava seduta (22.4.2008); verbale della nona seduta (22.4.2008); verbale della decima seduta (28.4.2008); verbale della undicesima seduta (28.4.2008); verbale della dodicesima seduta (15.5.2008); annullare ogni atto consequenziale e connesso agli atti impugnati; annullare, dichiarare la nullità ovvero la caducazione o l'inefficacia sopravvenuta del contratto eventualmente stipulato medio tempore fra T.R.M. e i controinteressati; condannare T.R.M. al risarcimento in forma specifica con assegnazione della commessa ai ricorrenti ovvero, in subordine, condannarla al risarcimento per equivalente del danno cagionato con l'adozione / applicazione / esecuzione dei provvedimenti impugnati, nelle sue diverse componenti delle spese sostenute (che i ricorrenti si riservano di documentare), del mancato utile e della perdita di chance, se del caso determinandone l'ammontare anche in via equitativa ex art. 1226 Codice Civile. Con vittoria di spese ed onorari.

Visto il ricorso ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Vista la domanda di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato, presentata in via incidentale dalla parte ricorrente;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Trattamento Rifiuti Metropolitani (TRM) S.p.A.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Mwh S.p.A.+Recchi Ingegneria e Partecipazioni Spa+Industrial Engineering Consultants (Iec) Srl;

Esaminato il ricorso incidentale del 21.7.2008 proposto dalla predetta controinteressata;

Esaminata la Relazione di verifica tecnica, disposta con l'Ordinanza collegiale istruttoria della Sezione 12.9.2008, n. 64, depositata in data 10.12.2008;

Esaminate le ulteriori memorie depositate dalle parti in vista della pubblica Udienza e, in particolare, la memoria di parte ricorrente depositata il 17.1.2009 e la memoria di parte controinteressata depositata il 16.1.2009 in sostituzione della precedente depositata il 15.1.2009;

Udita la discussione dei patroni delle parti generalizzati in verbale;

Relatore nella Udienza pubblica del giorno 29/01/2009 il Referendario Avv.;

FATTO e DIRITTO

1. 1. La recessività dei profili di fatto rispetto alla portata delle quaestiones iuris poste all'attenzione della Sezione suggerisce la trattazione congiunta dei profili fattuali e delle relative implicazioni di diritto.

Con il ricorso oggi all'esame, corposo e attentamente documentato, il costituendo raggruppamento temporaneo meglio indicato in epigrafe, impugna l'aggiudicazione e la presupposta ammissione alla gara per l'affidamento del servizio di direzione lavori, misurazione, contabilità, assistenza al collaudo e coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione dei lavori di realizzazione dell'impianto di termovalorizzazione dei rifiuti da localizzarsi nell'area denominata Gerbido in Torino, aggiudicazione disposta a favore della MWH Italia S.p.A. Tale società è parte di un gruppo internazionale che annovera una serie di imprese ed operatori altamente specializzati nei settori afferenti al servizio posto in gara, con al vertice una società di livello europeo denominata MWH Europe ed un'altra al superiore livello mondiale denominata significativamente MWA Globe.

Conviene subito anticipare che la res in iudicium deducta, oggi come in sede camerale sottoposta al vaglio del Tribunale, investe i confini, i contenuti e l'intelaiatura formale dell'istituto dell'avvalimento, come disciplinato dall'art. 49 del d.lgs. 16.4.2006, n. 163 ante d.lgs. n. 152/2008 recante il c.d. terzo correttivo al Codice dei contratti. Il materiale di causa è more solito implementato e arricchito da un puntuale gravame incidentale e da voluminose memorie depositate da tutte le parti sia per la Camera di Consiglio fissata per la disamina dell'incidente cautelare, che in vista dalla pubblica Udienza cui la causa è stata assegnata per la trattazione del merito.

In chiave metodologica va avvertito che il Collegio procederà allo scrutinio di tutti i motivi del ricorso incidentale, viceversa arrestando la sua disamina al solo primo motivo del gravame principale, stante il suo carattere e la sua portata in toto assorbenti, ove si consideri che le relative censure involgono funditus la stessa mancata esclusione e conseguente ammissione alla gara del raggruppamento controinteressato per non avere il medesimo dimostrato il possesso dei requisiti di partecipazione conformemente al dettato normativo e alla relativa ermeneusi giurisprudenziale formatasi in tema di avvalimento di requisiti di capacità tecnico – economica nelle gare d'appalto.

1.2. Orbene, va sinteticamente premesso in fatto che la TRM, Trattamento rifiuti metropolitani s.p.a, società pubblica partecipata dal Comune di Torino, con bando pubblicato sulla GUCE dell'8.2.2008 indicava una procedura aperta per l'affidamento, in sintesi, del servizio di progettazione, direzione lavori e coordinamento per la sicurezza in fase di esecuzione, relativamente alla realizzazione dell'impianto termovalorizzatore dei rifiuti da localizzare nell'area "Gerbido" in Torino, per un importo presunto di corrispettivo pari ad € 12.104.449,02 oltre IVA e secondo il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

I requisiti minimi di idoneità tecnica ed economia erano contemplati al paragrafo 7 del Disciplinare, che richiedeva il possesso di un fatturato in servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria realizzato negli ultimi cinque anni per € 43.017.000 circa, ulteriori importi di fatturato per l'attività di direzione lavori e contabilità negli ultimi dieci anni, distinti per le varie categorie, civili ed impiantistiche che componevano i lavori oggetto di direzione e progettazione, nonché, per siffatte distinte categorie, ulteriori due servizi, di prefissati importi, di direzione e contabilità nell'ultimo decennio, in fine richiedendo anche un organico medio di personale tecnico negli ultimi tre anni di 15 unità.

In ossequio all'art. 12.II.3 del disciplinare, poi, il requisito inerente il fatturato, quello inerente ai servizi di direzione lavori nelle predette varie categorie e quello attinente all'organico tecnico nell'ultimo triennio (par. 7.I.1 lett. a, d), dovevano essere traguardati, in caso di raggruppamento temporaneo, in misura del 50% dalla capogruppo, mentre il requisito dato dai c.d. servizi di punta (lett. c, part. 7.I.I) e quello costituito dall'attività di coordinamento della sicurezza (lett. e, stesso par.) era sufficiente fossero stati espletati da uno qualsiasi dei membri del RTI.

More solito tutti i requisiti indicati dovevano essere solo autocertificati, ex art. 12.II.3 del disciplinare e successivamente comprovati con i documenti indicati all'art. 18 dello stesso disciplinare, applicandosi in difetto di comprova le conseguenze previste all'art. 48 del Codice dei contratti.

Entro il termine perentorio fissato dal bando presentavano offerta tre ATI costituite, tra cui la ricorrente ATI Cabine Merlin s.a, con sede in Lyone (di seguito, passim, Cabinet) e l'ATI con mandataria la MWH S.p.A. con sede in Milano (di seguito, passim, MWH).

Ammessi alla competizione tutti e tre i raggruppamenti, nella seduta del 26.3.2008 la Commissione, ai sensi del par. 17.I del disciplinare deliberava di richiedere a tutti i predetti partecipanti di comprovare, entro le ore 16 del 7.4.2008 l'effettivo possesso dei requisiti di ordine speciale, di capacità economico – finanziaria e tecnica, richiesti dal paragrafo 7 del disciplinare, mediante la produzione dei documenti menzionati al paragrafo 18.

Avendo tutti i concorrenti fatto pervenire entro il predetto termine la documentazione ritenuta più idonea, la Commissione giudicatrice, nella seduta del 14.4.2008 affermava l'avvenuto assolvimento dell'onere probatorio da parte di tutti i concorrenti, indi ammettendoli, nella successiva quarta seduta del 15.4.2008, alla “fase di valutazione delle offerte”.

Effettuata la valutazione delle offerte tecniche ed attribuiti i rispettivi punteggi come da lex specialis, nella seduta del 19.5.2008 la Commissione apriva le buste C), contenenti le offerte economiche: la Cabinet offriva il ribasso del 45% ottenendo 30 punti; la MWH quello del 35,30% ottenendo 23,40 punti, sommati tutti i quali al punteggio attribuito per la componente tecnica dell'offerta, la Commissione perveniva nella medesima suindicata tredicesima seduta, alla graduatoria provvisoria che vedeva conseguentemente la MWH contestualmente dichiarata aggiudicataria provvisoria con complessivi punti 84,78 e seconda graduata la Cabinet con 77,08 punti totali.

Con successiva determinazione n. 74 del 16.6.2008 l'Amministratore delegato della TRM disponeva l'aggiudicazione definitiva in favore della predetta ATI MWH.

2.1. Insorgeva avverso il predetto provvedimento e il suddetto verbale della commissione in data 19.5.2008 che pronunciava l'aggiudicazione provvisoria, la ricorrente ATI Cabinet Merlin mediante il ricorso in epigrafe con il quale deduceva sette motivi, che saranno in appresso rapidamente sintetizzati, posto che, come avvertito più sopra, il Collegio procederà all'integrale scrutinio del solo primo motivo, recante radicali e assorbenti censure, puntualizzate sull'ammissione alla gara dell'ATI MWH e sulla correlativa ritenuta illegittima aggiudicazione a suo favore pronunciata.

Dal canto suo l'ATI MWH controinteressata non tardava ad interporre ricorso incidentale, avviato alla notifica il 21.7.2008, mediante il quale contestava

l'ammissione alla gara del raggruppamento ricorrente, deducendo tre motivi di gravame che saranno appresso partitamente esaminati.

Alla Camera di Consiglio del 23.7.2008 fissata per la prima trattazione della domanda interinale di sospensione dei numerosi provvedimenti opposti, la Sezione, con Ordinanza istruttoria n. 651/2008 disponeva l'acquisizione della documentazione tutta di gara, ordinando anche alla controinteressata MWH di depositare la documentazione attestante i legami societari e la loro natura, intercorrenti tra la stessa e le varie imprese del gruppo a cui essa appartiene e contestualmente rinviava l'ulteriore trattazione della domanda cautelare alla successiva Camera di Consiglio del 4.9.2008, nella quale, udita la lunga discussione dei procuratori delle parti, la Sezione, a fronte dell'elefantica mole di documentazione versata in ottemperanza alla predetta ordinanza istruttoria, nonché dell'oggettiva natura tecnica dell'accertamento occorrente all'acquisizione di dati di conoscenza ed elementi di giudizio necessari per pervenire alla decisione, disponeva con Ordinanza collegiale istruttoria n. 64 del 12.9.2008, previa sospensiva tecnica dei provvedimenti gravati, farsi luogo ad una verifica tecnica intesa, in sintesi, anzitutto ad acclarare che quanto versato in giudizio dalla Stazione Appaltante e dalla controinteressata in ottemperanza dell'Ordinanza n.651/2008 della Sezione trovasse già riscontro nella documentazione presentata alla stazione appaltante in ossequio alla predetta richiesta della Commissione, entro la data limite del 7.4.2008; inoltre, che la MWH godesse dell'effettiva disponibilità dei mezzi e delle risorse umane e materiali presenti nel gruppo societario e ciò in forza di atti giuridici vincolanti e preesistenti infragruppo. Ulteriore elemento oggetto dell'accertamento tecnico verteva sulle caratteristiche e la tipologia del gruppo di imprese di cui è parte la MWH.

Il verificatore, nominato dall'Ordine dei Dottori Commercialisti di Cuneo, dopo aver fissato l'inizio delle operazioni al 13.10.2008, essersi recato presso la stazione appaltante previa convocazione ivi delle parti in causa, aver visionato tutta la documentazione prodotta in sede di gara dalla controinteressata, aver formulato anche al Collegio un quesito in ordine, tra l'altro, allo spettro dell'indagine commessa e all'estensione dell'accertamento ad ulteriori atti nella disponibilità delle parti, nonché dopo aver ottenuto risposta dalla Sezione con Ordinanza n. 856 del 23.10.2008, con la quale è stato anche prorogato al 10.12.2008 l'originario termine per il deposito della Relazione di verifica, consegnava in tale data presso la Segreteria della Sezione il suo elaborato peritale, fornendo analitica risposta a tutti i quesiti posti dal Collegio e che saranno infra integralmente riportati.

Cosicché, alla Camera di Consiglio del 18.12.2008 con Ordinanza n. 1074 del 24.12.2008 la Sezione, udita la discussione delle parti e sulla scorta degli accertamenti tecnici eseguiti e riferiti dal verificatore con la predetta Relazione,

accoglieva l'incidente cautelare sospendendo l'esecuzione dell'aggiudicazione definitiva impugnata in uno con i presupposti verbali delle sedute.

Con lo stesso provvedimento veniva fissata l'Udienza pubblica per l'esame del merito del gravame al 29.1.2009, in vista della quale le parti corroboravano le rispettive difese con nuove memorie, depositate da parte controinteressata il 16.1.2009 e dalla ricorrente il 17.1.2009.

La prima, nella stessa memoria sollevava la questione della legittimità costituzionale dell'art. 33 del d.lgs. 31.3.1998, n. 80, come modificato dalla L. n. 205/2000 nella parte in cui, alla lettera d) devolve alla giurisdizione esclusiva del G.A. le controversie relative alle procedure di affidamento di appalti di lavori, servizi e forniture.

All'Udienza pubblica, udita la discussione delle parti e la Relazione del Referendario Avv. Alfonso Graziano, il complesso materiale di causa veniva introitato per la definitiva decisione di merito.

3.1. Deve preliminarmente la Sezione sottoporre al vaglio di manifesta fondatezza o meno la prospettata questione di costituzionalità, svolta dalla difesa della controinteressata nella memoria del 16.1.2009 in apertura di ogni suo argomento difensivo.

Assume al riguardo la MWH che a seguito della parziale declaratoria di incostituzionalità dell'art. 33 del d.lgs. 31.3.1998, n. 80, come modificato dalla L. n. 205/2000, pronunciata dalla Consulta con la nota sentenza n. 204/2004, sarebbe viziata da dubbi di legittimità costituzionale la devoluzione a questo Giudice, in sede di giurisdizione esclusiva, della cognizione sulle procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture pubbliche. Essendo, come statuito dalla Corte, la creazione di ulteriori sfere di giurisdizione esclusiva, legittima solo allorché in siffatti ambiti la P.A. agisca mediante l'esercizio di poteri autoritativi e posto che le procedure di gara non sostanziano atti autoritativi ma assunti iure privatorum e non potendo ricondursi le controversie de quibus alla materia dei servizi pubblici, l'unica oggetto di delega al governo da parte della L. n. 127/1997, ne conseguirebbe l'illegittimità costituzionale della lettera d) dell'art. 3 del d.lgs. n. 80/1998, come modificato dall'art. 7 della L. 21.7.2000, n. 205 là dove attribuisce al giudice dell'Amministrazione la cognizione sulle controversie relative alle procedure di appalto di lavori, servizi e forniture.

La Sezione opina che la divisata questione di legittimità costituzionale, prospettata nei precisati termini, è manifestamente infondata.

Valgano al riguardo le seguenti brevissime considerazioni.

La tesi che la P.A., o gli organismi di diritto pubblico annoverati tra le amministrazioni aggiudicatrici già dall'art. 2 della L. 11.2.1994, n. 109, nell'espletamento delle procedure di gara ad evidenza amministrativa non pongano in essere atti autoritativi è petizione di principio.

Invero, la ricostruzione in termini meramente negoziali della sequenza procedimentale prodromica alla stipula del contratto ad evidenza pubblica, snodata attraverso la nota teorica dottrina dello schema offerta/proposta di contratto – accettazione/aggiudicazione, pure affacciata anni addietro nella giurisprudenza civile di legittimità (Cass. S.U. 8.5.1995, n. 4489) è stata presto ripudiata dalla più avvertita giurisprudenza amministrativa.

Il Giudice amministrativo ha a più riprese attinto il principio, condiviso dalla Sezione, in ossequio al quale le procedure di gara ad evidenza pubblica, indette ed espletate da un soggetto, quantunque a veste formalmente privatistica, tenuto ad osservarle in forza di una disposizione di legge cogente, non hanno natura neutra ma si sostanziano in una sequela di atti che assumono la natura di provvedimenti autoritativi.

Basti pensare alla portata, natura ed effetti di un provvedimento di esclusione di un concorrente da una gara, che determina per il destinatario quell'arresto procedimentale che la giurisprudenza indica a fondamento dell'onere di immediata impugnazione. Ma la stessa aggiudicazione, determinando l'accrescimento della sfera giuridica del concorrente, non può non ricondursi al novero dei provvedimenti ampliativi, significativamente anche definiti dalla dottrina accrescitivi.

Ritiene il Collegio che la natura provvedimento, che si apprezza con tratti di sicura evidenza nella categoria della costitutività degli effetti dell'atto, elaborata da antica dottrina amministrativistica, non possa essere seriamente posta in dubbio in termini generali per ogni provvedimento conclusivo della fase prodromica dell'evidenza pubblica. E ciò è predicabile tanto in relazione ai cennati provvedimenti di esclusione, quanto per i provvedimenti ed. es. di segnalazione all'Autorità di Vigilanza ex artt. 48 d.lgs. n. 163/2006 e 27, D.P.R.: n. 34/2000, quanto, ancora, per i provvedimenti di aggiudicazione delle gare.

Non è revocabile in dubbio, infatti, che tutti i cennati provvedimenti incidono, in senso accrescitivo e limitativo, posizioni soggettive del privato, le quali rinvergono talora la loro matrice nella stessa Costituzione, afferendo ai diritti costituzionalmente garantiti della libertà di iniziativa economica privata di cui all'art. 41 Cost., ovvero ai diritti, protetti a livello di Trattato CEE, di libera circolazione delle merci e di libera prestazione dei servizi in ambito comunitario.

Segnala inoltre al riguardo la Sezione che la giurisprudenza ha evidenziato la cennata natura autoritativa del potere amministrativo esercitato in occasione della celebrazione delle gare ad evidenza pubblica, avendo statuito il Consiglio di Stato rientrare nella giurisdizione del giudice amministrativo la controversia avente ad oggetto la procedura di gara bandita da un'azienda sanitaria locale - ma il principio è ovviamente predicabile per ogni gara indetta da un organismo di diritto pubblico, quale la resistente - per l'affidamento di un appalto di fornitura di beni e servizi il cui valore sia inferiore a quello stabilito dalla normativa comunitaria, “avendo l'amministrazione fatto esercizio di poteri autoritativi”.(Consiglio Stato, Sez. V, 29 maggio 2006, n. 3261).

Si era anche precisato che l'azione amministrativa dispiegata nella sequenza procedimentale volta alla selezione dei concorrenti ed alla scelta del contraente è indirizzata verso “un percorso autoritativo caratterizzato dalla correttezza e dalla imparzialità dei comportamenti da assumersi da parte dell'Amministrazione procedente”.(T.A.R. Toscana, Sez. II, 22 marzo 2004, n. 796). Giova in proposito ricordare in chiave ricostruttiva che la giurisprudenza più risalente aveva già autorevolmente sostenuto che gli atti emanati da un concessionario di pubblico servizio nell'espletamento delle gara d'appalto sono atti autoritativi, come tali impugnabili davanti al Giudice amministrativo (T.A.R. Lazio, Sez. III, 30 settembre 1986, n. 3060).

Ricostruita nei precisati termini la natura e gli effetti in chiave di autoritatività del potere dispiegato nell'espletamento delle gare d'appalto, può predicarsi integrata la condizione disegnata dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 204/2004 per la legittima configurazione della giurisdizione esclusiva nella materia de qua.

La sollevata questione di costituzionalità dell'art. 33, lett. d) del d.lgs. 31.3.1998, n. 80, come modificato dall'art. 3 della L. 21.7.2000, n. 205 per contrasto con gli artt. 3, 24, 97, 102, 103, 111 e 113 della Costituzione è pertanto manifestamente infondata.

3.2. Deve ora la Sezione procedere al vaglio del ricorso incidentale, notificato in data 21.7.2008 dalla controinteressata e successivamente depositato.

In linea di teoria generale del processo, riprendendo considerazioni più diffusamente svolte in altro precedente (T.A.R. Piemonte, Sez. I, 14.1.2009, n. 82) la Sezione evidenzia che la fattispecie oggi all'esame concreta la manualistica ipotesi del ricorso incidentale c.d. paralizzante, con il quale il controinteressato beneficiario di un provvedimento di aggiudicazione opposto nella sede giurisdizionale, oppone all'azione intentata dal ricorrente una controazione intesa a minare ab imis la stessa legittimazione al ricorso dell'avversario, censurando la sua ammissione alla gara.

L'esame del ricorso incidentale, stante la sua accessorietà rispetto al ricorso principale, del quale segue le sorti, tuttora predicata dalla giurisprudenza di prime cure e dei Giudici di Palazzo Spada (Consiglio di Stato, Sez. V, 17 dicembre 2008, n. 6292) pur dopo il pronunciamento i cui ad Ad. Plenaria n. 11 del 30.11.2008, presuppone la previa delibazione della fondatezza del gravame principale, nel quale solo caso si apprezza l'interesse processuale del controinteressato alla coltivazione e decisione della predetta sua controazione (T.A.R. Piemonte, Sez. I, 11.2.2009, n. 401). Del resto, la giurisprudenza di prime cure era già nello stesso senso, avendo precisato che è possibile esaminare il ricorso incidentale soltanto dopo che sia stata delibata la fondatezza del ricorso principale (T.A.R. Toscana, Sez. II, 17.7.2008, n. 1795). Ne discende che ritenuta, già in sede di delibazione cautelare, la fondatezza del ricorso principale in epigrafe, la Sezione deve preliminarmente scrutinare il gravame incidentale, in quanto lo stesso si atteggia a ricorso incidentale c.d. paralizzante, il cui eventuale accoglimento determinerebbe la declaratoria di inammissibilità di quello principale per difetto originario di legittimazione a ricorrere in capo al ricorrente principale a motivo dell'illegittimità della sua partecipazione alla gara, valutazione dalla quale deriva la privazione del suo titolo di legittimazione alla proposizione dell'impugnativa avverso il provvedimento conclusivo della gara (T.A.R. Piemonte, Sez. I, 14.1.2009, n. 82 e n. 83; T.A.R. Piemonte, Sez. I, 11.2.2009, n. 401; T.A.R. Sicilia - Catania, sez. I, 14 ottobre 2008, n. 1821 afferma l'inammissibilità del ricorso principale per carenza di interesse).

3.3. Orbene, il mezzo incidentale è affidato a tre motivi. Con il primo parte controinteressata deduce la violazione degli artt. 12.II.3 e 12.II.4. del disciplinare di gara, i quali prescrivevano a pena di esclusione la produzione da parte dei concorrenti, di una dichiarazione attestante il possesso dei requisiti minimi di qualificazione, con la precisazione che in caso di partecipazione di ATI, gli stessi fossero posseduti dalla capogruppo in misura non inferiore al 50%. Si duole al riguardo la MWH che la dichiarazione resa in proposito dalla Cabinet sarebbe carente, difettando della predetta precisazione circa il possesso in capo alla mandataria dei requisiti soggettivi di partecipazione nella misura minima del 50%. La TRM avrebbe pertanto dovuto escludere dalla competizione la ricorrente, conseguendone, in difetto, che la sua ammissione alla gara è illegittima.

Il Collegio già in sede cautelare ha formulato una diagnosi di sostanziale infondatezza della riassunta censura, delibazione che non può non confermare nella presente sede di giudizio a plena cognitio.

Rafforza il convincimento di questo Giudice sul punto l'esame della dichiarazione prodotta in gara dalla ricorrente, in sinottico raffronto con la normativa di gara.

Ebbene, la dichiarazione in analisi è stata versata in atti sia in vista della Camera di Consiglio del 23.7.2008 che in occasione della successiva Camera di Consiglio del

4.9.2008 sub doc. 20. Il modello di dichiarazione allestito dalla stessa stazione appaltante e messo a disposizione dei concorrenti è l'allegato A 3 al disciplinare di gara (doc. 21 produzione ricorr.)

Dall'esame contestuale di detti documenti si evince che l'ATI ricorrente principale ha redatto la dichiarazione di possesso dei requisiti minimi di partecipazione in conformità al prescritto All.A3.

Il Par. 12.II.3 del disciplinare, invocato dalla Mwh imponeva di inserire nel plico contenente la documentazione amministrativa, una dichiarazione, redatta avvalendosi del predetto allegato o modello equivalente a scelta dell'offerente, attestante di essere in possesso dei requisiti di qualificazione di cui al "precedente sottopar. 7.I.1)a),b),c),d) e sottopar. 7.I.2 e)" e che in caso di RTI i suddetti requisiti dovessero essere posseduti dalla capogruppo nella suindicata quota percentuale.

La dichiarazione di cui al doc. 20 della ricorrente precisa che l'ATI dichiarante e concorrente era in possesso "dei requisiti minimi di capacità economico – finanziaria e tecnica nei termini e nei modi espressamente previsti nel par. 7 del "Disciplinare di gara" e relativi sottoparagrafi".

Ritiene la Sezione che, riferendo la Cabinet la ridetta dichiarazione ai "termini" e "modi espressamente previsti nel par. 7) del Disciplinare di gara" e relativi sottoparagrafi", ha assolto all'onere attestativo imposto dalla lex specialis, in quanto tra i cennati sottoparagrafi del par. 7 consta il par. 7.IV contemplante la ripartizione dei requisiti di cui alle lettere a),b),d) del par. 7.I.1) in capo alla mandataria in misura pari ad almeno il 50% .

Ne consegue che la ricorrente, contrariamente all'assunto della controinteressata, ha, per il tramite del descritto rinvio al sottoparagrafo 7.IV, dichiarato in maniera esaustiva e completa di possedere i requisiti minimi di partecipazione nella richiesta quota del 50% in capo alla capogruppo.

La doglianza spiegata dalla ricorrente incidentale con il primo mezzo di gravame in scrutinio si profila quindi infondata e va respinta.

3.4. Con il secondo motivo lamenta invece la MWH che la Cabinet dovesse essere espulsa dalla procedura poiché le referenze addotte dalla medesima e dall'associata Sepoc a comprova dei requisiti in argomento "sono stilati in lingua francese e non sono accompagnati da traduzione", pur a fronte della prescrizione del par. VI.3 n. 5 del bando che imponeva che in caso di documenti redatti in lingua diversa dalla nazionale, il concorrente doveva altresì allegare una traduzione in italiano certificata da un traduttore ufficiale. Non avendo la ricorrente prodotto siffatta traduzione

certificata, la Commissione non doveva prendere in considerazione le referenze in parola, con l'effetto di ritenere non provate le relative dichiarazioni rese dalla Cabinet.

Al riguardo la Sezione rimarca l'assoluta infondatezza in diritto della doglianza in esame, oltre che la sua inammissibilità.

L'infondatezza va con tratti di sicurezza predicata in considerazione del disposto di cui all'art. 46 del Codice dei contratti e del principio di integrazione documentale ivi scolpito in adesione ad un radicato indirizzo della giurisprudenza del Consiglio di Stato, prudentemente seguito dal Giudice di prime cure, opportunamente tradotta in norma positiva dal Codice De Lise.

E' infatti noto il canone ermeneutico enunciato dalla giurisprudenza amministrativa, condivisa dal Tribunale, in ossequio al quale qualora la documentazione prodotta da un concorrente ad una pubblica gara sia presente ma carente di taluni elementi formali, di guisa che sussista un indizio del possesso del requisito richiesto, l'Amministrazione non può pronunciare l'esclusione dalla procedura ma è tenuta a richiedere al partecipante di integrare o chiarire il contenuto di un documento già presente, costituendo siffatta attività acquisitiva un ordinario *modus procedendi*, ispirato all'esigenza di far prevalere la sostanza sulla forma.

Segnala il Collegio che la V Sezione del Consiglio ha infatti di recente statuito che "la facoltà di integrazione dell'offerta e della documentazione allegata è consentita solo nelle ipotesi in cui occorra chiarire il contenuto di una domanda presentata ritualmente e tempestivamente." (Consiglio Stato, Sez. V, 25 agosto 2008, n. 4047). Già in precedenza, nel vigore del più generico regime antecedente il varo del Codice dei contratti, la medesima V Sezione aveva chiarito che "l'art. 16, d.lg. 17 marzo 1995 n. 157, nel disporre che le amministrazioni invitano, se necessario, le ditte partecipanti a gare per l'aggiudicazione di appalto di servizi a fornire chiarimenti e ad integrare la carente documentazione presentata, non ha inteso assegnare alle stesse una mera facoltà o un potere eventuale, ma piuttosto codificare un ordinario modo di procedere, volto a far valere, entro certi limiti e nel rispetto della par condicio dei concorrenti, la sostanza sulla forma, orientando l'azione amministrativa sulla concreta verifica dei requisiti di partecipazione e della capacità tecnica ed economica, coerentemente con la disposizione di carattere generale contenuta nell'art. 6, l. 7 agosto 1990 n. 241". (Consiglio Stato, Sez. V, 26 giugno 2007, n. 3656).

Nello stesso periodo il TAR centrale aveva con completezza ben definito condizioni, ratio e presupposti del potere – dovere di integrazione documentale nelle gare d'appalto, puntualizzando che "l'integrazione dei documenti e dei

certificati prodotti dal partecipante ad una gara costituisce, nella fase di valutazione dei requisiti di partecipazione, un ordinario *modus procedendi* al quale le Amministrazioni devono attenersi, tendente a far prevalere la sostanza sulla forma, e la cui applicazione è da escludere solo ove si possa tramutare in una lesione del principio di parità di trattamento dei concorrenti. Tale principio va coniugato con la precisazione che, nel caso in esame, la regolarizzazione che avrebbe potuto (*rectius*: dovuto) essere richiesta dalla stazione appaltante non si sarebbe sostanziata nella (inammissibile) produzione di un documento mancante, quanto, piuttosto, nella semplice integrazione di un documento già presente agli atti di gara, attraverso l'inserimento dell'autenticazione di una sottoscrizione (già peraltro presente) volta a conferire certezza alla soggettiva promanazione della polizza fideiussoria di che trattasi".(T.A.R. Lazio Roma, Sez. I, 09 luglio 2008, n. 6518).

Non sfugge certo alla Sezione il travaglio che ha attraversato la giurisprudenza negli ultimi anni in punto di limiti e precauzioni all'affermazione del principio dell'integrazione documentale in materia di pubbliche gare, dovendosi il descritto canone ermeneutico coniugare e misurare anche con la valenza dei altri pregnanti principi di pari se non superiore livello, promananti dal diritto comunitario, quali il principio della *par condicio competitorum* e dell'auto responsabilizzazione dei concorrenti, atteso che la dilatazione del potere – dovere di integrazione documentale può collidere talora con la salvaguardia dei predetti concorrenti principi.

Ma ritiene pure la Sezione che il caso all'esame rientra nei più sicuri confini disegnati dalla giurisprudenza e dallo stesso art. 46 del d.lgs. n. 163/2006 all'integrazione documentale, posto che nella specie trattavasi unicamente di invitare la Cabinet a chiarire il contenuto (*rectius*, il significato linguistico) di certificazioni e attestazioni già tempestivamente prodotte in gara.

L'integrazione documentale, riferita alla spiegazione lessicale del contenuto di una certificazione di requisiti tecnico –economici prodotta in lingua diversa dall'italiano, rientra *pleno iure* a parere del Tribunale, nel chiaro disposto dell'art. 46 del Codice dei contratti, a mente del quale “le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati” e si impone anche in virtù degli obblighi di istruttoria procedimentale gravanti sul responsabile del procedimento in forza dell'art. 6 della L. 7.8.1990, n. 241.

E' appena il caso di precisare che ad avviso della Sezione l'inciso “se necessario” di cui alla riportata norma del Codice, non introduce alcuna deroga alla valenza e alla cogenza del principio di integrazione documentale, dovendosi annettere alla locuzione il significato di “se necessario in dipendenza della situazione di fatto”, ovvero sia che il dovere di integrazione va esercitato solo se la fattispecie concreta

ne renda necessario l'esercizio, evidenziando la carenza di taluni elementi formali nella documentazione presentata dai o da taluno dei concorrenti

La censura di cui al secondo motivo di ricorso incidentale si profila quindi infondata e va respinta, a tacere della sua inammissibilità che si apprezza sol che si consideri che sono agli atti del Tribunale numerose dichiarazioni e certificazioni di requisiti di partecipazione prodotte dalla MWH in lingua inglese e non tradotte, come pure di qualcuna ha dato atto lo stesso verificatore nella relazione tecnica. Ma anche i docc. 13 e 14 produzione controint.; la tabella "Select Combustion Turbine and Combined Cycle è priva di traduzione in italiano.

Poiché dunque la controinteressata versava nella stessa condizione della ricorrente non può dolersi della mancata allegazione da parte di quest'ultima della traduzione certificata, e risulta quindi priva della legittimazione, più che dell'interess, alla presente censura, in omaggio al broccardo processual – romanistico per il quale "nemo censetur suam turpitudinem alligans".

3.5. Al terzo ed ultimo motivo di ricorso incidentale è invece affidata la denuncia di violazione degli artt. 37 e 77 del Codice, nella parte in cui dispongono che l'offerta delle ATI deve anche indicare parti del servizio che saranno eseguite dalla singole imprese associate e tali norme sono state riprodotte anche al par. 13.I) lett. f); l'indicazione in tal senso sarebbe, ad avviso della MWH, valida solo ove sottoscritta, in caso di RTI costituendo, da tutti i componenti. Nel caso della ricorrente, invece, le parti di servizio eseguite dalle singole imprese sono state indicate in un documento privo di sottoscrizione, che sarebbe, nel ragionamento della controinteressata, per ciò stesso "privo di qualsivoglia valore ed efficacia giuridica" (pag. finale non numerata del ricorso incidentale).

L'argomento speso dalla controinteressata non persuade la Sezione, sia nel merito che a livello di condizione dell'azione.

Processualmente, rileva il Collegio come la giurisprudenza abbia da tempo chiarito che le norme che prescrivono oneri di mera forma afferenti alla sottoscrizione e convalida da parte dei concorrenti dei moduli di offerta predisposti dall'amministrazione non radicano alcun interesse differenziato e qualificato in capo agli altri concorrenti a dolersi della loro inosservanza, non essendo poste nell'interesse dei partecipanti ma dell'Amministrazione appaltante, in quanto intese ad assicurare la provenienza delle relative dichiarazioni dagli offerenti. E' stato infatti condivisibilmente precisato che "la mancata vidimazione dei moduli predisposti dall'amministrazione appaltante non costituisce un vizio procedurale di cui può dolersi altra impresa concorrente, trattandosi di prescrizione formale posta a favore della sola amministrazione e non si traduce in alcuna compromissione dei

principi della par condicio e della segretezza”(T.A.R. Toscana, Sez. II, 17.9.1997, n. 596).

Purtuttavia, in disparte il rilievo del discutibile o almeno dubbio titolo di legittimazione in capo alla MWH a lamentare il preteso mancato rispetto della regola in questione, la censura appare infondata nel merito, sulla scorta di un attento raffronto, anche qui, della norma di gara e della documentazione di offerta tecnica prodotta in gara dalla ricorrente.

Orbene, è agli atti di causa l’offerta tecnica della Cabinet, la quale espone un frontespizio che reca la sottoscrizione di tutti i componenti il costituendo RTI. Deve quindi la Sezione valutare se deve annettersi rilevanza espulsiva dalla competizione, all’omessa sottoscrizione da parte dei predetti soggetti, anche dell’indicazione delle parti di servizio eseguite da ciascuno.

E la risposta non può che essere negativa, prima ancora che sulla base della normativa di gara, su cui infra, già sulla scorta dei principi in materia, enucleati da recente condivisa giurisprudenza.

Si è al riguardo, infatti, efficacemente precisato, in caso di documento composto da più pagine, come l’offerta tecnica qui in contestazione, che “la mancata sottoscrizione di ogni pagina di ciascun documento, in presenza, peraltro della firma regolarmente apposta in calce allo stesso, non toglie efficacia al documento medesimo nella sua interezza e non è atta a generare dubbi sulla provenienza di esso; pertanto, ingiustificato si presenta il comportamento della commissione di gara che con l’interpretazione restrittiva delle disposizioni del bando di gara ha violato i principi di buon andamento e di ragionevolezza dell’azione amministrativa, costituzionalmente garantiti, e di massima partecipazione alle gare d’appalto nell’interesse della p.a. a che l’aggiudicazione dell’appalto avvenga a favore della impresa che ha fornito la migliore offerta, anche in considerazione del fatto che, in presenza di dubbi o incertezze, avrebbe potuto farsi ricorso alla richiesta di integrazione documentale e non certo alla esclusione dei concorrenti”.(T.A.R. Sicilia - Catania, Sez. I, 19 maggio 2003, n. 815). Sempre in tema di mancata sottoscrizione di tutte le pagine di un’offerta tecnica voluminosa, quale quella oggi all’attenzione del Collegio, più di recente lo stesso TAR centrale si è posto sulle riferite linee ermeneutiche, avendo chiarito che “La mancata sottoscrizione di alcune pagine di una voluminosa offerta tecnica da parte del legale rappresentante di una società concorrente in una gara d’appalto sotto forma di Ati non incrina la certezza della provenienza della documentazione e non lede gli interessi dell’amministrazione; cosicché appare legittima la mancata esclusione del predetto raggruppamento non già facendo ricorso ad un’interpretazione funzionale del bando, quanto piuttosto invocando il generale principio di ragionevolezza dell’azione amministrativa, che si traduce nell’adeguatezza e

proporzionalità dell'azione amministrativa rispetto allo scopo perseguito".(T.A.R. Lazio - Roma, Sez. III, 19 gennaio 2005, n. 390).

Va pertanto predicata a parere della Sezione, l'impossibilità di escludere da una pubblica gara un'ATI qualora la stessa non abbia sottoscritto l'indicazione delle parti di servizio che saranno eseguite dalla singole sue componenti ai sensi dell'art. 37, comma 4 del d.lgs. n. 163/2006 ma tale indicazione sussista comunque nell'offerta tecnica, firmata sul solo frontespizio, atteso che essendo detta prescrizione intesa a rendere edotta l'Amministrazione della provenienza dell'indicazione de qua dall'ATI concorrente, la firma del frontespizio dell'offerta tecnica consente di ricondurre anche l'indicazione delle parti di servizio eseguite dalle singole imprese, all'ATI che nel complesso ha sottoscritto il frontespizio dell'offerta tecnica. Ciò anche in considerazione del fatto che "la mancata sottoscrizione di una dichiarazione prescritta dal bando, inclusa nel plico contenente l'offerta, non può costituire causa di esclusione dalla gara dato che, trovandosi il documento non sottoscritto nel plico controfirmato dall'interessato sui lembi di chiusura, non possono sussistere dubbi sulla provenienza della dichiarazione stessa"(T.A.R. Campania - Napoli, sez. I, 04 maggio 2007, n. 4729).

Suffraga e rafforza, inoltre, la diagnosi di infondatezza della censura in esame, anche il rilievo in fatto, con indubbie ricadute giuridiche, attentamente esposto dalla difesa della Cabinet, secondo il quale, in sostanza, l'indicazione della parti di servizio in parola, contestata dalla MWH, non era richiesta, dal disciplinare, nella forma della dichiarazione, come tale comportante la sottoscrizione del dichiarante.

Invero, riscontra il Collegio la veridicità in fatto della tesi difensiva della ricorrente. Il par. 13.I, menzionava alle lettere a) – h) i "documenti" inserendi nella busta "b) offerta tecnica", all'uopo distinguendo tra tali documenti, quelli che dovevano assumere la forma di dichiarazioni, come tale sottoscritte (documenti di cui alle lettere d) e) ed h), dagli altri documenti per i quali non era imposta la veste formale della "dichiarazione" (lettere a,b,c, f).

Nel novero di tali ultimi documenti figura quello di cui alla lettera f), ossia la "specificazione delle parti del servizio che saranno eseguite dai singoli membri in caso di raggruppamenti temporanei(...)".

Ne consegue che per espressa classificazione del disciplinare, l'indicazione della parti di servizio in contestazione, non doveva necessariamente assumere la forma e la veste della dichiarazione, non richiedendosi pertanto la sua sottoscrizione.

Alla dirimente efficacia del delineato rilievo formale va anche debitamente aggiunto il dato di fatto che il documento indicante la ripartizione delle parti di servizio tra i componenti del costituendo RTI è stato incorporato nell'offerta

tecnica, il cui frontespizio reca, come più sopra notato, la sottoscrizione di tutti i membri dell'ATI che per tale via hanno, quindi, fatto propria anche l'indicazione della parti di servizio contestata.

Anche sotto tale profilo di fatto, quindi, la censura di cui al presente terzo ed ultimo motivo non si presta a positiva considerazione e va per l'effetto respinta.

4.1. Può ora approdarsi allo scrutinio del ricorso principale, per il quale, come anticipato più sopra, si procederà a sintetizzare i motivi successivi al primo, per poi affrontare funditus la disamina delle doglianze spiegate con il primo mezzo di gravame.

Con i motivi dal II al V parte ricorrente deduce, sotto differenti profili, violazione ed errata applicazione dell'art. 48 del d.lgs. n. 163/2006, del paragrafo 7, punto 7.I.1, lettere b) e c) del disciplinare; violazione dei paragrafi 12.II.3 e 18 del medesimo articolato di gara, dedicati all'accertamento in capo ai concorrenti, dei requisiti oggetto di dichiarazione o autocertificazione in sede di gara. Rubrica anche violazione della par condicio ed eccesso di potere per errore essenziale e carenza assoluta di presupposti.

Si duole, in linea di estrema sintesi, la ricorrente, che la TRM stazione appaltante non ha escluso dalla gara l'ATI controinteressata, la quale non avrebbe, da un lato, comprovato il possesso dei requisiti inerenti la classe IV, categorie a) e b) definite dalla lex specialis della gara e avrebbe computato interamente nelle anzidette categorie, diversi servizi utilizzati come referenze di carattere multidisciplinare. In ogni caso, la MWH doveva essere esclusa per non aver comprovato il possesso dei requisiti afferenti alla categoria IV a), a causa dell'inidoneità delle referenze all'uopo invocate e prodotte. Contesta al riguardo, analiticamente, la ricorrente, le varie referenze (per lo più inerenti i servizi di direzione lavori e affini strumentali alla realizzazione di un impianto di produzione di energia da biomasse, un altro da fanghi di depurazione, dodici impianti di cogenerazione da fanghi di depurazione, una centrale elettrica a gas naturale con 4 turbine). Il V motivo è in particolare diretto alla contestazione dei requisiti della MWH riferiti ai c.d. servizi di punta, per i quali sarebbe inidonea la referenza concernente la centrale di cogenerazione Cartiere Burgo di € 110.000.000.

Gli ultimi due motivi (VI e VII) recano censure secondarie di eccesso di potere per carenza di presupposti, irrazionalità manifesta e violazione dei principi generali di imparzialità, trasparenza e buon andamento, in relazione sia alla mancata conoscenza da parte della deducente dell'offerta tecnica della MWH, sia alla omessa esclusione della medesima, in violazione della par condicio e dei predetti principi generali, per avere la MWH concorso come mandante di altro RTI, ed essersi aggiudicata la gara per l'espletamento della funzione di financial advisor per

lo svolgimento del servizio di consulenza finanziaria al progetto avente ad oggetto proprio l'impianto di termovalorizzazione dei rifiuti per la cui costruzione è stata indetta la gara per l'affidamento dell'incarico di direzione lavori, contabilità e coordinamento della sicurezza per cui è causa.

4.2. Può, ora il Collegio venire in medias res, procedendo alla disamina e allo scrutinio del primo motivo di ricorso, al quale la ricorrente affida lo svolgimento di censure sostanziali, dirimenti ed assorbenti, in quanto puntualizzate sulla dedotta inconfigurabilità nel caso all'esame dell'istituto dell'avvalimento.

Denuncia, in dettaglio con il primo mezzo di gravame la Cabinet, violazione ed errata applicazione degli artt. 48 e 49 del d.lgs. n. 163/2006; violazione dell'art. 48 della Direttiva n. 2004/18/CE, violazione del paragrafo n. 7, punto 7.I.1, lettere b) e c) del disciplinare; violazione dei paragrafi 12.II.3 e 18 del disciplinare stesso, nonché violazione della par condicio ed eccesso di potere per errore essenziale e carenza assoluta di presupposti.

Lamenta al riguardo la ricorrente, che l'ATI MWH controinteressata ha concorso alla gara vantando ed adducendo come requisiti soggettivi attribuiti a sé medesima, referenze, capacità e risorse che invece non le appartengono, essendo possedute da vari e disparati soggetti appartenenti ad una realtà imprenditoriale di gruppo, della quale la MWH S.p.A. è solo una parte.

In particolare la ricorrente assume che a fronte della prescrizione di cui al par. 7.I.1, lettera b) del disciplinare, in forza della quale il concorrente era tenuto a dichiarare, per l'attività di direzione lavori, contabilità e misurazione, di aver espletato negli ultimi dieci anni antecedenti la gara de qua, i predetti servizi relativi a lavori rientranti in ciascuna delle classi e categorie di cui al realizzando impianto e per un importo globale di lavori, iva esclusa, non inferiore a tre volte il corrispondente importo stimato dei lavori per cui verrà svolto il servizio oggetto della gara all'esame (importo dettagliato sulle varie classi e categorie di cui all'art. 14 della L. n. 143/1949), la MWH ha addotto, a comprova dei requisiti prescritti per la classe IV categoria a) – aver realizzato in detta categoria servizi per un importo complessivo di almeno € 379.763.859,54, dei quali 189.881.929,71 da parte della capogruppo – referenze concretanti attività svolte non dalla stessa MWH partecipante alla gara, bensì da altre società del gruppo MWH, sulle quali, peraltro, la “filiale” italiana non vanta alcun rapporto di controllo.

Più in dettaglio secondo la deducente, almeno quattro servizi di relevantissimo importo la controinteressata ha ascritto alla sua sfera di qualificazione e, precisamente, quelli relativi alla realizzazione di: un impianto di produzione di energia da fanghi di depurazione, espletato dalla Montomery Watson Programme Management Ltd (UK) di € 130 milioni; di una centrale di produzione di energia

da biomasse espletato dalla MWH NV (Belgio) di € 51 milioni; dodici piccoli impianti di cogenerazione da fanghi di digestione, effettuato dalla predetta Montgomery Watson Programme Management Ltd (UK) pari ad € 24.830.000 e infine il servizio inerente alla realizzazione di una centrale elettrica a gas naturale con 4 turbine, di importo pari a 32 milioni di dollari, effettuato dalla Joint venture Harza – Azco.

La MWH concorrente non avrebbe potuto invocare a comprova dei requisiti soggettivi di qualificazione le predette referenze, maturate da società del gruppo di cui essa fa parte ma sulle quali non esercita alcun controllo. L'estraneità di quelle referenze al suo personale patrimonio e l'assenza dell'anzidetta posizione di controllo sarebbe infatti un dato riconosciuto dallo stesso amministratore delegato di MWH, che con una dichiarazione prodotta in gara (doc. 6 produzione controinteressata) ha attestato da un lato che "le referenze presentate (..) sono referenze del gruppo MWH" e, dall'altro, che "tutte le aziende del gruppo, inclusa MWH S.p.A., sono integralmente di proprietà della casa madre e ad essa riportano gerarchicamente".

Stesse considerazioni varrebbero relativamente alla prova dei requisiti, complessivamente richiesti in un importo di servizi di almeno € 61.490.962,68 di cui € 30.745.481 richiesti alla capogruppo, relativamente alla classe IV categoria b), là dove la MWH ha esibito a comprova una referenza della mandante EL per € 1.189.080 e un'altra della Joint venture Harza – Azco per € 300 milioni, il quale ultimo incarico è stato anche invocato a dimostrazione dei c.d. servizi di punta richiesti dal paragrafo 7.I.1. lettera b) del disciplinare.

Illegittimamente, dunque, secondo la ricorrente, la stazione appaltante ha ascritto alla MWH S.p.A. i predetti requisiti soggettivi e referenze maturati da varie e diverse imprese componenti il gruppo, in difetto dei ben precisi e definiti presupposti dell'istituto dell'avvalimento, scolpiti dall'art. 49 del d.lgs. 16.4.2006, n. 163, come interpretato dalla giurisprudenza.

Difetterebbero, inoltre, secondo l'analitica critica svolta dalla difesa della ricorrente, non solo quelli che al Collegio paiono concettualmente da annricondurre all'insieme dei presupposti sostanziali dell'avvalimento, la cui sussistenza o meno nella situazione soggettiva della controinteressata come documentata all'Amministrazione appaltante e poi al Tribunale è stata oggetto, unitamente a taluni riscontri documentali, dell'accertamento tecnico disposto con l'ordinanza di verifica n. 64/2008 (effettiva disponibilità di risorse delle società del gruppo in forza di atti giuridici preesistenti e vincolanti infragruppo) ma anche le condizioni formali prescritte dall'art. 49 del d.lgs. n. 163/2006 per la configurabilità dell'istituto dell'avvalimento.

Farebbero difetto, in particolare, oltre alla dichiarazione di avvalimento di cui alla lettera a) dell'art. 42, comma 2 del Codice, le dichiarazioni imposte dalle seguenti ulteriori lettere del comma 2 dell'art. 49: “c) una dichiarazione sottoscritta da parte dell'impresa ausiliaria attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'articolo 38;

d) 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;

e) una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui questa attesta che non partecipa alla gara in proprio o associata o consorziata ai sensi dell'articolo 34 nè si trova in una situazione di controllo di cui all'articolo 34, comma 2 con una delle altre imprese che partecipano alla gara”.

Dalle rimarcate carenze, omissioni discenderebbe dunque l'illegittimità dell'ammissione alla gara della controinteressata, la quale doveva invece esserne esclusa.

5.1. Conviene ricostruire, con l'ausilio della più significativa giurisprudenza, i tratti fondanti sul piano sostanziale la nozione di avvalimento, per poi procedere anche all'illustrazione delle condizioni formali, richieste dall'art. 49 del d.lgs. 16.4.2006, n. 163 onde configurare legittimamente la facoltà di ricorso all'avvalimento dei requisiti soggettivi di qualificazione.

Rimarca al riguardo fin da subito la Sezione che lo “zoccolo duro” dell'istituto dell'avvalimento – da non confondersi con il fenomeno istituzionale conterminato, denominato “avvalersi”, noto alla legislazione sulla contabilità dello Stato, operante solo tra figure soggettive pubbliche, in base al quale un organo si avvale per l'esercizio di talune sue funzioni istituzionali afferenti al settore dei lavori pubblici, degli uffici di un altro ente: solitamente lo Stato che si serviva in passato di alcuni uffici di amministrazioni locali – è stato sin dall'origine e dalla sua genesi pretoria, additato nella effettiva disponibilità di risorse, mezzi e requisiti di altri operatori economici, i quali rendevano disponibili quelle risorse ad un'impresa partecipante a una gara pubblica.

Correlativamente, l'ordinamento comunitario che ha generato la pratica dell'avvalimento, ha sin dall'inizio dichiarato la sua sostanziale indifferenza verso la natura e la forma dei legami giuridici in virtù dei quali si produceva l'indicato fenomeno della messa a disposizione effettiva delle risorse a favore del concorrente.

Ha peraltro subito fatto da contraltare e contrappeso alla cennata indifferenza e da presupposto del suindicato ineludibile zoccolo duro della effettiva disponibilità, l'affermazione, poi stratificatasi nella giurisprudenza, della necessità di un rigoroso accertamento di queste condizioni da parte del Giudice, da svolgersi previa la parimenti necessaria dimostrazione delle stesse, il cui onus probandi incumbit in capo all'impresa concorrente.

Rammenta in proposito la Sezione che già la prima storica decisione della Corte del Lussemburgo, resa in materia di appalti pubblici di servizi, che ha elaborato la teorica dell'avvalimento, rimarcava le due suindicate condizioni sostanziali e il correlativo loro snodo processuale.

Invero “La direttiva del Consiglio 18 giugno 1992 n. 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, va interpretata nel senso che consente ad un prestatore, per comprovare il possesso dei requisiti economici, finanziari e tecnici di partecipazione ad una gara d'appalto ai fini dell'aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi, di far riferimento alle capacità di altri soggetti, qualunque sia la natura giuridica dei vincoli che ha con essi, a condizione che sia in grado di provare di disporre effettivamente dei mezzi di tali soggetti necessari all'esecuzione dell'appalto (...). Spetta al giudice nazionale, dinanzi al quale è sollevata la questione relativa all'ammissibilità dell'offerta alla gara per l'aggiudicazione dell'appalto pubblico, valutare se il concorrente abbia fornito la prova della disponibilità effettiva dei mezzi che ne attestano la capacità a concorrere, pur se appartenenti a soggetti distinti da esso”.(Corte Giustizia CE, Sez.V, 2 dicembre 1999, n. 176).

Appartiene poi al Giudice amministrativo nazionale la notazione secondo la quale “considerato che la facoltà di avvalimento costituisce una rilevante eccezione al principio generale che impone che i concorrenti ad una gara pubblica possiedano in proprio i requisiti di qualificazione (cfr. gli art. da 12 a 17 d.lg. n. 157 del 1995), la prova circa l'effettiva disponibilità dei mezzi dell'impresa avvalsa deve essere fornita in modo rigoroso, mediante la presentazione di un apposito impegno da parte di quest'ultima, riferito allo specifico appalto e valido per tutta la durata della prestazione dedotta in gara, e che non sia sufficiente - a tal fine - la mera allegazione dei legami societari che avvincono i due soggetti, non fosse altro che per l'autonomia contrattuale di cui godono le singole società del gruppo” (T.A.R. Liguria, Sez. II, 20 giugno 2007, n. 1125).

Secondo altra puntuale affermazione “il principio dell'“avvalimento”, enucleato dalla sentenza Corte giustizia Ce, sez. V, 2 dicembre 1999 in causa n. 176/98, non può essere applicato in modo meccanico ed automatico ma presuppone che l'impresa la quale intende farne applicazione indichi in maniera specifica e concreta, in un arco temporale necessariamente anteriore a quello di presentazione

dell'offerta, i soggetti esterni che effettueranno la prestazione in oggetto, i quali sono altresì tenuti a rendere dichiarazione in ordine alla propria disponibilità, a garanzia della serietà della stessa offerta nonché del principio di "par condicio" fra i concorrenti". (T.A.R. Puglia - Bari, sez. I, 6 giugno 2007, n. 1464).

In termini generali il Collegio è dell'avviso che l'avvalimento sia ormai divenuto un istituto ad automatica applicazione nel settore delle pubbliche gare e che, come la Sezione ha già chiarito sia pure in sede cautelare, conducendo anche all'autoannullamento del bando impugnato da parte dell'Amministrazione resistente prima della pubblica Udienza, "l'istituto dell'avvalimento – ontologicamente, formalmente ed operativamente nettamente diverso da quello del raggruppamento temporaneo di concorrenti – è il precipitato normativo di principi comunitari aventi matrice nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, apparendo dunque illegittima una previsione di gara che lo vieti (Autorità di Vigilanza dei LL. PP, Parere del 28.11.2007, n. 135, reso in sede di c.d. precontenzioso) e potendo al più la stazione appaltante, solo limitarne l'estensione, nei casi tassativi contemplati dall'art. 49" (T.A.R. Piemonte, Sez. I, 19.7.2008, n. 936, Ord.). Nello stesso senso si è posto del resto anche il Giudice d'appello (Consiglio Stato, Sez. VI, 11 luglio 2008, n. 3499).

Deve tuttavia la Sezione aggiornare la riferita predetta precisazione circa la possibilità di deroga – mediante limitazione – alla generalità dell'istituto in esame, in quanto il comma 7 dell'art. 49 del Codice, che consentiva all'Amministrazione di circoscrivere nel bando di gara l'avvalimento in relazione alla natura e all'importo dell'appalto, è stato abrogato dall'articolo 1, comma 1, lettera n), numero 2), del D.Lgs. 11 settembre 2008 , n. 152, entrato in vigore il 17.10.2008.

Nel ribadire l'assunto riportato, deve, peraltro, precisare la Sezione, condividendo le coordinate ermeneutiche tracciate dalla giurisprudenza appena richiamata in punto di dimostrazione della effettiva disponibilità delle risorse e dei mezzi delle imprese ausiliarie da parte dell'impresa avvalsa, che il Giudice deve sempre procedere ad un rigoroso accertamento della cennata effettiva disponibilità, posto che l'istituto dell'avvalimento sostanzia una significativa deroga al principio di personalità dei requisiti di qualificazione.

La giurisprudenza, anche di recente ha infatti opportunamente e condivisibilmente posto in luce, al riguardo, che "la facoltà di avvalimento, nei pubblici appalti, costituisce un'eccezione al principio generale che impone che i concorrenti ad una gara pubblica possiedano in proprio i requisiti di qualificazione". (T.A.R. Lombardia - Milano, Sez. I, 7 maggio 2008, n. 1353; in terminis, T.A.R. Liguria, Sez. II, 20 giugno 2007, n. 1125).

Va in proposito anche precisato che l'accertamento demandato al Giudice deve in particolare dirigersi verso il possesso da parte dell'impresa avvalsa, dell'effettiva disponibilità delle risorse di altri soggetti avvalenti o ausiliari.

Ricorda sul punto la Sezione che la giurisprudenza del Tribunale ha già significativamente di recente sottolineato la divisata esigenza di indagine, evidenziando che "l'utilizzazione dell'istituto dell'avvalimento - che consente ad un'impresa di ricorrere alle referenze tecniche, economiche e finanziarie di un'altra impresa c.d. ausiliaria, al fine di dimostrare il possesso dei requisiti di capacità economica, finanziaria, tecnica, organizzativa necessari per partecipare ad una gara - è subordinata alla dimostrazione dell'effettiva possibilità giuridica da parte del prestatore di servizi di utilizzare detta capacità mediante la presentazione dell'impegno a tal fine di detto soggetto".(T.A.R. Piemonte, Sez. II, 17 marzo 2008, n. 430).

E tale istanza è ben condivisa dalla Sezione, tant'è che, come sopra ricordato, con Ordinanza collegiale istruttoria n. 64/2008 disponeva apposita adeguata verifica tecnica sui seguenti quesiti che merita per dovere di precisione, riportare integralmente:

1.A) se la documentazione versata dalla Stazione Appaltante e dalla controinteressata in ottemperanza dell'Ordinanza n.651/2008 della Sezione trova già riscontro nella documentazione presentata in sede di gara alla stazione appaltante, in ossequio alla suindicata richiesta della Commissione, entro la data limite del 7.4.2008;

1.B) se la MWH S.p.A. in sede di partecipazione alla gara e, quindi, anteriormente alla produzione effettuata entro il 7.4.2008 a seguito della richiesta di comprova dei requisiti formulata dalla Commissione nella seduta del 26.3.2008, ha presentato alla stazione appaltante, relativamente ai requisiti di capacità economico – finanziaria e tecnica, in luogo della formale dichiarazione di avvalimento di cui alla lett. a) del comma 2 dell'art. 49, d.lgs. n. 163/2006, dichiarazione – o quanto meno un insieme elementi certi, univoci e concordanti dai quali si possa risalire con univocità ad una dichiarazione - di possesso dei requisiti come "gruppo";

2. se alla data del 7.4.2008 la controinteressata MWH S.p.A. con sede in Segrate (MI) quale capogruppo della costituenda ATI, poteva contare in maniera vincolante e a sua semplice richiesta, sulla base di atti giuridici infragruppo vincolanti e preesistenti, sulla messa a disposizione di mezzi, personale, capacità, qualificazione e risorse umane ed economiche promananti dal gruppo societario a cui la controinteressata appartiene;

3. se le dichiarazioni della MWH Globe in data 1.8.2008 e MWH Europe in data 29.7.2008 - versate in atti dalla controinteressata in ottemperanza alla citata Ordinanza della Sezione – originano obbligatoriamente da preesistenti atti giuridici (contrattuali e non) indicandosene gli estremi identificativi, esistenti tra i componenti del gruppo societario ed in forza dei quali le società e i soggetti che hanno dichiarato di mettere a disposizione della controinteressata concorrente alla gara le proprie risorse, erano obbligati a far ciò dai predetti atti giuridici infragruppo vincolanti e preesistenti;

4. se la controinteressata MWH S.p.A. aveva il diritto (e in forza di quali atti giuridici preesistenti) di usufruire di risorse finanziarie, tecniche e umane di altre imprese del gruppo de quo, a sua semplice richiesta, in via automatica, diretta e vincolante e senza che residuasse alcun margine di discrezionalità o di scelta in capo ai responsabili delle società o strutture impiegabili o dei loro superiori gerarchici;

5. se la dichiarazione (doc. 6 produzione della controinteressata, Relazione “Referenze della mandataria – Certificazioni e contratti”, marzo 2008) a firma dell’Amministratore delegato della MWH Italia S.p.A., secondo la quale, tra l’altro, “tutte le aziende del gruppo, inclusa MWH S.p.A., sono integralmente di proprietà della casa madre e ad essa riportano gerarchicamente. Il gruppo agisce unitariamente con strategie, metodi e mezzi condivisi da tutte le sedi”, trova supporto in atti giuridici vincolanti – e da individuare con gli estremi identificativi – preesistenti tra le imprese e i soggetti facenti parte del gruppo a cui appartiene la controinteressata”.

Sui seguenti punti il verificatore, designato dall’Ordine dei Dottori Commercialisti di Cuneo a cui era stato affidato il relativo compito, ha fornito analitiche risposte, precedute da attenta disamina di tutta la documentazione, previa verifiche negli uffici della TRM nella garanzia del contraddittorio di tutte le parti, depositando infine la richiamata relazione di verifica in data 10.12.2008, le cui risultanze meritano di essere qui riferite singulatim.

4.2. Orbene, il primo dubbio agitato da parte ricorrente attiene alla circostanza che la documentazione versata in giudizio dalla MWH in ottemperanza all’Ordinanza istruttoria n. 651/2008 a riprova della sua effettiva disponibilità delle risorse infragruppo non fosse presente e non trovasse già riscontro nella documentazione prodotta in sede di gara entro il 7.4.2008 come richiesto dalla Commissione il 26.3.2008 a comprova del possesso dei requisiti di ammissione autocertificati.

In proposito il verificatore, riferendo sul quesito formulato sul punto sub 1.A) con l’Ordinanza n. 64/2008, previo esame e raffronto della documentazione prodotta in gara dalla MWH entro la data limite del 7.4.2008 stabilita dalla Commissione di

gara per la comprova ex art. 48 del Codice, con la documentazione contenuta invece nel fascicolo versato dalla stessa impresa in giudizio in data 19.8.2008 in adempimento dell'Ordinanza 651/2008, ha preso in considerazione i documenti enumerati in detto fascicolo dal n. 32 al 45, riferendo (pagg. 14-21 Relazione di verifica) che nessuno di essi era già presente nella produzione effettuata dalla controinteressata in sede di gara su richiesta della Commissione entro la data limite del 7.4.2008, per concludere che “tutti i documenti depositati dalla controinteressata in ottemperanza alla già citata ordinanza 651 della Sezione (...) non trovano riscontro fisico nella documentazione già versata in gara, a comprova, entro il 7 aprile 2008”, con l'unica eccezione del documento 38 che trova riscontro in documento analogo agli atti di gara ma versato successivamente all'aggiudicazione da MWH e quindi posteriormente alla predetta data limite.

Consegue, dunque, all'evidenza al riferito accertamento tecnico, che risultano postumi i documenti dal 32 al 45, dei quali il doc. 33 concerne proprio la messa a disposizione, da parte di MWH Globe a MWH S.p.A. concorrente, di mezzi occorrenti all'esecuzione del servizio posto in gara.

Giuridicamente, quindi, la Sezione, come del resto già delibato con l'Ordinanza cautelare del 24.12.2008, non può non affermare già in punto di puro fatto storico, che la controinteressata non aveva assolto al suo onere di dimostrare di poter effettivamente disporre dei mezzi e delle risorse promananti dagli altri soggetti del gruppo imprenditoriale di cui è parte. E ciò può dirsi sin da ora, in disparte quanto sul terreno più propriamente giuridico – sostanziale sarà precisato appresso.

E' infatti incontestabile che la prova della possibilità giuridica di poter utilizzare risorse, mezzi e qualificazioni di imprese avvalenti o ausiliarie, che per la giurisprudenza sopra ricordata deve essere fornita dall'impresa concorrente avvalsa all'Amministrazione appaltante nella sede ad al momento della verifica del possesso dei requisiti autodichiarati, essendo l'Amministrazione il primo giudice della qualificazione delle imprese partecipanti a gare d'appalto. L'accertamento che poi, in sede di giudizio su ricorso è chiamato ad effettuare il Giudice dell'Amministrazione, al quale già la Corte del Lussemburgo nel fondamentale leading case di cui a Corte di Giustizia CE, Sez. V, 2 dicembre 1999, n. 176 poi seguita dalla giurisprudenza nazionale, demanda il compito di acclarare la disponibilità delle risorse delle ausiliarie da parte dell'impresa concorrente, non può che avere ad oggetto il quadro documentale e fattuale già prodotto all'Amministrazione nei tempi stabiliti dalla lex specialis in armonia con le disposizioni del d.lgs. n. 63/2006.

Invero, un'eventuale dimostrazione della delineata disponibilità giuridica, fornita con documentazione postuma rispetto alla tempistica di gara non può validamente assolvere all'onere probatorio gravante sui concorrenti, ostandovi i principi

generali in materia di procedure concorsuali e in particolare quello della par condicio e del divieto di integrazione postuma del materiale documentario di gara, derogabile solo ai fini della prova della natura non anomala di un'offerta. La data della verifica dei requisiti ex art. 48 del d.lgs. n. 163/2006 cristallizza e delimita temporalmente anche l'accertamento dell'effettiva disponibilità demandato al Giudice.

La censura in ordine al carattere postumo della documentazione versata dalla controinteressata in ottemperanza all'ordinanza n. 651/08 della Sezione, afferente sempre al primo motivo di ricorso e sviluppata dalla ricorrente nella memoria del 3.9.2008, memoria depositata per la Camera di Consiglio del 4.9.2009 e per la quale non può essere accolta la domanda a verbale della controinteressata di espunzione dal fascicolo difettando una norma che ne vieti la produzione il giorno prima della Camera di Consiglio, merita dunque di essere accolta.

5.2. Altro profilo di censura dedotto in ricorso è l'assunto per cui la MWH non avrebbe presentato alla TRM la dichiarazione di avvalimento di cui alla lettera a) del comma 2 dell'art. 49 del Codice, ossia non avrebbe dichiarato di voler ricorrere all'istituto dell'avvalimento, non potendo a tal fine valere la dichiarazione dell'ing. Valcamonica (doc. 6 MWH) sopra ricordata, secondo cui le referenze presentate sono referenze del gruppo, tutte le cui aziende, inclusa la MWH s.p.a sono integralmente di proprietà della casa madre alla quale riportano gerarchicamente.

Sul punto la Sezione ha formulato specifico quesito al verificatore, al fine di accertare: "1.B) se la MWH S.p.A. in sede di partecipazione alla gara e, quindi, anteriormente alla produzione effettuata entro il 7.4.2008 a seguito della richiesta di comprova dei requisiti formulata dalla Commissione nella seduta del 26.3.2008, ha presentato alla stazione appaltante, relativamente ai requisiti di capacità economico – finanziaria e tecnica, in luogo della formale dichiarazione di avvalimento di cui alla lett. a) del comma 2 dell'art. 49, d.lgs. n. 163/2006, dichiarazione – o quanto meno un insieme elementi certi, univoci e concordanti dai quali si possa risalire con univocità ad una dichiarazione - di possesso dei requisiti come "gruppo".

Il consulente, sulla scorta dell'esame della documentazione ha riferito che dal medesimo "emerge che tutti i documenti e le dichiarazioni presentati in gara dalla MWH spa sono stati sottoscritti dall'ing. Marco Valcamonica nella sua qualità di legale rappresentante della MWH spa ed in nessuno di essi si fa riferimento alcuno all'esistenza di un "gruppo", né, tanto meno, alla volontà di avvalersi delle competenze – referenze del gruppo stesso", con la sola parziale eccezione di alcune dichiarazioni che non paiono comunque potersi ricondurre alla dichiarazione del possesso dei requisiti come gruppo. Manca inoltre secondo il verificatore, le cui conclusioni non appaiono al Collegio illogiche e irrazionali e

vengono quindi fatte proprie, anche quell'“insieme di elementi certi, univoci e concordanti dai quali si possa risalire con univocità ad una dichiarazione - di possesso dei requisiti come gruppo”, pure additato con l'Ordinanza n. 64/08 dalla Sezione a possibile succedaneo della dichiarazione di possesso dei requisiti in qualità di gruppo.

Ebbene, le negative risultanze di fatto emergenti dalla riportate conclusioni cui è pervenuto il consulente, offrono alla Sezione gli spunti fattuali e istruttori per svolgere l'analisi di diritto, mai abdicabile da parte del Giudice e alla quale si prospetta anzi sempre funzionale ogni accertamento e ricostruzione di fatti e documenti affidata ove, come nella specie, necessario, ad un verificatore.

Non può al riguardo non evidenziare il Collegio come il presupposto principe dell'avvalimento, collocabile ad un livello formale ma con indubbie ricadute sostanziali e non a caso enunciato alla lettera a) dell'art. 49, comma 2 del Codice, è la dichiarazione verificabile ai sensi dell'art. 48, attestante l'avvalimento dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara, con specifica indicazione dei requisiti stessi e dell'impresa ausiliaria.

Questa dichiarazione, che come si desume con evidenza dalla notazione contenuta nella norma, per la quale essa è oggetto di successiva verifica ex art. 48, si situa nella fase dell'ammissione alla gara e al livello delle altre autocertificazioni, si profila di fondamentale rilievo nell'economia delle attestazioni e delle altre autocertificazioni inerenti al possesso dei requisiti di qualificazione.

La centralità della dichiarazione di avvalimento discende dal rilievo che, come più volte precisato dalla recente giurisprudenza, l'avvalimento integra una rilevante eccezione ed una deroga a quello che più sopra il Collegio ha definito principio di personalità dei requisiti di qualificazione.

In siffatta ottica si apprezza l'importanza formale e documentale della principio dichiarazione di avvalimento, non a caso enumerata alla lettera a) dall'art. 49 comma 2, che è atta a rappresentare alla stazione appaltante la peculiarità dello scenario documentale concernente la capacità economico – finanziaria che viene prospettato all'Amministrazione e agli organi di gara qualora l'impresa concorrente intenda presentarsi alla selezione non uti singula ma ricorrendo alle risorse di operatori economici ausiliari. La dichiarazione di avvalimento di cui alla lettera a) dà dunque la stura al composito insieme documentario mediante il quale si formalizza lo strumento comunitario dell'avvalimento.

In difetto di detta fondamentale dichiarazione, ad avviso della Sezione l'Amministrazione non può presumere alcuna deroga al principio di personalità dei requisiti di qualificazione, deroga alla quale è nella facoltà dell'impresa concorrente

appellarsi e ricorrere, ma che è anche suo onere annunciare ed allegare in sede di partecipazione alla gara. Altrimenti viene anche, del resto, ostacolato e reso ingiustamente gravoso l'obbligo della stazione appaltante e per essa degli organi di gara, di accertare il possesso dei requisiti soggettivi di partecipazione.

Ne consegue che in mancanza della dichiarazione de qua, l'impresa concorrente non può pretendere che la Commissione di gara, attraverso un'iniziativa accertativa officiosa dai contorni e limiti non ben definiti, giunga ad acclarare requisiti di capacità tecnico – economica di altre imprese, magari genericamente solo indicate dal partecipante e poi ad imputare ed attribuire quei requisiti al patrimonio di qualificazione dell'impresa concorrente.

Ecco perché la norma di cui alla lettera a) dell'art. 49 comma 2 del Codice impone anche che nella dichiarazione di voler ricorrere all'avvalimento il concorrente indichi anche specificamente: 1) i requisiti che intende fare oggetto di avvalimento; 2) l'impresa ausiliaria delle cui risorse intende avvalersi.

Ritiene la Sezione che la ratio della specifica indicazione dei requisiti di avvalimento e dell'impresa ausiliaria risponda sia all'esigenza di agevolare e delimitare l'oggetto dell'accertamento della stazione appaltante, sia all'istanza di autoresponsabilizzazione dell'impresa partecipante alla gara: quest'ultima, infatti, indicando requisiti e impresa ausiliaria compie un gesto significativo e importante nei confronti dell'Amministrazione, dichiarando che per specifici requisiti utilizzerà la capacità di un altro soggetto, capacità della quale in ultima analisi si assume la responsabilità contrattuale nei confronti dell'ente pubblico committente, ad ogni effetto.

Invero, le conseguenze dell'eventuale incapacità esecutiva dell'impresa ausiliaria ricadono sì su quest'ultima in prima persona, ma in pari grado anche sull'impresa concorrente, che risponde in solido con l'ausiliaria nei confronti della stazione appaltante ai sensi dell'art. 49, comma 4 del d.lgs. n. 163/2206.

Ragion per cui in ultima analisi, come avvertito, l'impresa partecipante si assume nei riguardi dell'ente committente la responsabilità della condotta contrattuale non solo propria, ma anche dell'impresa ausiliaria, benché in concorso solidale con quest'ultima, potendo conseguentemente l'Amministrazione rivalersi contro ciascuna delle due imprese, a sua scelta, dell'inadempimento o inesatto adempimento della prestazione contrattuale posto in essere sia dall'impresa avvalsa che dall'avvalente o ausiliaria.

Tracciate le illustrate coordinate ermeneutiche, precisa peraltro la Sezione che è d'uopo rifuggire da rigidi e sterili formalismi, specie al cospetto dell'attuale realtà della moderna impresa, sempre più tecnicizzata e globalizzata, ciò che impone

anche un'attenuazione del rigore formale affinché non scada nel formalismo giuridico.

E pertanto ritiene il Collegio che la formale dichiarazione di avvalimento, là dove alla gara partecipi un soggetto con plurime gemmazioni imprenditoriali sub specie di gruppo di imprese, possa legittimamente essere surrogata da una dichiarazione di partecipazione alla gara come gruppo, purché detta dichiarazione contenga le specificazioni menzionate dalla lettera a) dell'art. 49, ossia i requisiti oggetto di avvalimento e l'impresa ausiliaria.

Ed è in tale ottica che con l'Ordinanza n. 64/2008 la Sezione ha domandato al verificatore di accertare se in luogo della formale dichiarazione di avvalimento ex art. 49, comma 2, lettera a) del Codice, fosse stata presentata una dichiarazione di possesso dei requisiti come "gruppo" o quanto meno un insieme elementi certi, univoci e concordanti dai quali si possa risalire con univocità ad una dichiarazione in tal senso, comprensiva, come avvertito, degli elementi menzionati all'art. 49, lettera a), vale a dire i requisiti oggetto di avvalimento e l'impresa avvalente.

Come appena segnalato, il consulente ha fornito risposta negativa attentamente argomentata e documentata. Ne consegue l'accoglimento anche della censura all'esame, spiegata con il primo motivo di gravame.

5.3. Può ora il Collegio approdare allo scrutinio della censura cruciale, incentrata sulla indubitata effettiva disponibilità da parte dell'Impresa MSW S.p.A. delle risorse e delle qualificazioni di altri soggetti del gruppo imprenditoriale di cui essa è parte. Lamenta la ricorrente (pag. 16 del ricorso e passim) che "in assenza della partecipazione alla gara delle Società delle quali sono state "utilizzate" le referenze, ovvero quanto meno, di una loro assunzione di responsabilità solidale anche nei confronti della stazione appaltante attraverso l'istituto dell'avvalimento (con le formalità tutte di cui all'art. 49 D.lgs. 163/2006) il raggruppamento controinteressato non avrebbe potuto invocare a comprova dei requisiti dichiarati i servizi svolti da tali Società".

Tralasciando per un attimo la disamina del profilo di censura concernente la dichiarazione di impegno delle imprese avvalenti, pure delibata fondata con l'Ordinanza cautelare n. 1074/2008, va ricordato che in ordine alla doglianza sostanziale, appuntata sulla dedotta mancanza di effettiva disponibilità delle risorse infragruppo in capo alla MWH, la Sezione ha rivolto al verificatore i quesiti di numero 3 e 4, che possono essere trattati congiuntamente e riassunti nei termini se la controinteressata potesse contare sulla messa a disposizione, da parte di altre società del gruppo cui appartiene, di risorse, mezzi e qualificazioni – occorrenti all'esecuzione dell'appalto – in forza di atti giuridici preesistenti e vincolanti dai quali non residuassero margini di discrezionalità in capo ai soggetti ausiliari e se la

predetta concorrente potesse contare sui suddetti mezzi a sua semplice richiesta, in via automatica, diretta e vincolante e senza che residuasse alcun margine di discrezionalità o di scelta in capo ai responsabili delle società o strutture impiegabili o dei loro superiori gerarchici.

Al riguardo, conviene premettere in puncto iuris che già la sentenza della Corte di Giustizia n. 176/1999 ebbe a sancire un regime di sostanziale indifferenza per i vincoli giuridici che sottendono la disponibilità delle risorse altrui in capo al concorrente, a condizione che l'impresa partecipante "sia in grado di provare di disporre effettivamente dei mezzi di tali soggetti necessari all'esecuzione dell'appalto".

La cennata indifferenza per il regime formale dei vincoli e dei titoli giuridici da cui scaturisca la facoltà di avvalersi dei mezzi di altre imprese è stato poi affermata più volte dal giudice amministrativo per essere stata recentissimamente ribadita dalla V Sezione del Consiglio di Stato, che ha avuto cura di ricordare che "nell'avvalimento sono irrilevanti per la stazione appaltante i rapporti sottostanti esistenti tra il concorrente e il soggetto avvalso, essendo indispensabile unicamente che il primo dimostri di poter disporre dei mezzi del secondo, in adesione all'attuale normativa comunitaria".(Consiglio di Stato, Sez. V, 17 marzo 2009, n. 1589). Si era infatti già affermato dal giudice di prime cure che l'istituto de quo "non incontra limiti applicativi di sorta se non di natura probatoria" (T.A.R. Lombardia Milano, Sez. III, 24 gennaio 2008, n. 168).

La Sezione, che condivide tale assunto, si era già motu proprio attestata sulla medesima rammentata ermeneusi, ravvisando solo l'esigenza di accertare se la controinteressata avesse dimostrato documentalmente alla Stazione appaltante in sede di verifica del possesso dei requisiti autodichiarati ai sensi dell'art. 48 del Codice, di potere fruire di una giuridica disponibilità, concetto già enunciato, come ricordato, dal Tribunale (T.A.R. Piemonte, Sez. II, 17 marzo 2008, n. 430) dei mezzi, delle risorse e della qualificazione delle altre imprese componenti il gruppo di cui essa è parte.

E' peraltro doveroso rimarcare ancora che nella tesi che sottendeva le premesse giuridiche cui era informata l'Ordinanza istruttoria n. 64/2008, la delineata disponibilità giuridica effettiva delle risorse infragruppo doveva ancorarsi su atti giuridici vincolanti e necessariamente preesistenti alla gara, intercorsi e vigenti tra le imprese del gruppo.

E ciò, in armonia con i principi più sopra enunciati con riguardo alla collocazione temporale dell'onus probandi incombente in capo all'impresa concorrente e del correlativo accertamento giudiziale, la cui data limite va fissata, come detto,

all'epoca della verifica, ex art. 48 del Codice, dei requisiti di partecipazione auto dichiarati.

Maggio rigore ritiene la Sezione doversi predicare relativamente all'epoca di origine dei vincoli giuridici e dei relativi atti, da cui origina l'effettiva e giuridica disponibilità delle risorse delle imprese ausiliarie a favore di quella concorrente avvalsa, epoca che va individuata come preesistente alla stessa gara, poiché è solo siffatta preesistenza che può consentire all'impresa di presentare una domanda di partecipazione ad una pubblica gara in maniera consapevole e con la sicurezza di poter prestare affidamento sulla disponibilità, certa anche perché preesistente e vincolante, delle risorse occorrenti.

In tale quadro interpretativo del dettato legislativo segnala la Sezione, come pure ricordato nell'Ordinanza cautelare del 24.12.2008, che le coordinate esegetiche appena delineate, che reggevano l'impianto dell'Ordinanza istruttoria della Sezione n. 64/2008 sono state di recente espresse dal Giudice d'Appello, la cui posizione coincide con l'ermeneusi del dettato normativo cui il Collegio era già pervenuto.

E' stata in proposito da poco confermata dal Consiglio di Stato la necessità che l'impresa dimostri in modo rigoroso l'effettiva disponibilità di risorse, mezzi e qualificazione dei soggetti avvalenti in forza di un "vincolo giuridico, che obblighi il soggetto terzo a fornire al concorrente i requisiti, di cui non dispone direttamente e la cui titolarità, in forza di detto vincolo, viene ad essere riferita al soggetto che partecipa alla gara. Il vincolo stesso deve inoltre preesistere alla data di aggiudicazione della gara, in funzione della necessità di garantire oltre che la par condicio tra i concorrenti, il corretto esercizio delle potestà di controllo spettanti all'Amministrazione in ordine alla sussistenza in capo all'aggiudicataria, dei requisiti soggettivi abilitanti" (Consiglio di Stato, Sez. IV, 20 novembre 2008, n. 5742).

La necessaria preesistenza del vincolo e l'impossibilità che lo stesso venga a formarsi dopo la fase della partecipazione alla gara, condizioni considerate dalla Sezione già in sede di redazione dell'Ordinanza di verifica n. 64/2008, sono state efficacemente enunciate dalla predetta decisione del Consiglio, che ne ha anche enucleato la ratio: "né la effettiva possibilità giuridica di avvalimento può essere legittimamente posposta ad un momento successivo, posto che una siffatta eventualità rimetterebbe alla fase dell'adempimento del contratto la necessaria presenza di tutti i requisiti soggettivi ed oggettivi richiesti ai partecipanti alle procedure di affidamento dei contratti pubblici, riservata dal sistema al momento competitivo" (Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 5742/2008, cit.).

5.5. Va ora evidenziato che la necessità della dimostrazione della effettiva e giuridica disponibilità da parte dell'impresa avvalsa, delle risorse e dei requisiti di qualificazione tecnico – economica dell'impresa ausiliaria, non può subire

un'attenuazione nemmeno nell'ipotesi in cui l'impresa partecipante alla gara sia parte di un gruppo societario.

In vero, come pure la Sezione aveva già presupposto, in tali casi il Consiglio di Stato con la decisione appena citata ha statuito che non è “sufficiente la mera allegazione dei legami societari che avvincono i due soggetti, non fosse altro che per l'autonomia contrattuale di cui godono le singole società del gruppo” (Consiglio di Stato, Sez. IV, 20 novembre 2008, n. 5742).

Rammenta del resto la Sezione che già nel vigore della pregressa disciplina sugli appalti pubblici di servizi di cui alla Direttiva n. 92/50 CEE, la quale tratteggiava in termini sostanzialmente non difformi dalle attuali Direttive del 2004 recepite nel Codice De Lise, i termini di fondo dell'istituto dell'avvalimento, il Consiglio di Stato aveva evidenziato l'insufficienza dei meri legami di gruppo ai fini della prova del requisito della effettiva disponibilità delle altrui risorse.

Si era infatti statuito che “la direttiva del Consiglio 18 giugno 1992 n. 92/50/Cee, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, va interpretata nel senso che consente ad un prestatore, per comprovare il possesso dei requisiti economici, finanziari e tecnici di partecipazione ad una gara d'appalto ai fini dell'aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi, di far riferimento alle capacità di altri soggetti, qualunque sia la natura giuridica dei vincoli che ha con essi, a condizione che sia in grado di provare di disporre effettivamente dei mezzi di tali soggetti necessari all'esecuzione dell'appalto, il che esclude che la sola situazione di controllo ravvisabile fra la capogruppo e le sue controllate possa "ex se" provare specificamente l'effettiva disponibilità delle capacità tecniche altrui, non fosse altro che per l'evidente autonomia contrattuale di cui godono le società controllate, che ben potrebbero assumere impegni negoziali in radicale contrasto con le determinazioni della capogruppo (fattispecie anteriore all'entrata in vigore della direttiva del 31 marzo 2004 n. 18/2004/Ce)”.(Consiglio Stato, Sez. IV, 14 febbraio 2005, n. 435; in terminis, Tar Lazio, Roma, sez. II, 25 febbraio 2004 n. 1768).

Definita l'illustrata esegesi dell'avvalimento nel caso di gruppi di imprese, richiama la Sezione i quesiti n. 2 e 4 posti al verificatore, intesi ad accertare se alla data del 7.4.2008 fissata dalla Commissione per la comprova dei requisiti soggettivi, la MWH potesse contare in maniera vincolante e a semplice richiesta, sulla messa a disposizione di mezzi, risorse e personale delle aziende del gruppo di appartenenza, in forza di atti giuridici vincolanti e presistenti che non consentissero margine alcuno di discrezionalità ai responsabili delle varie realtà imprenditoriali o a loro eventuali superiori gerarchici.

Il consulente, premesso che la risposta alla domanda ha richiesto l'esame di tutta la documentazione versata dalla MWH in gara e in sede di comprova ex art. 48 d.lgs. n. 163/006 nonché in giudizio, ha anteposto al responso una riflessione, che appare al Collegio assai utile e proficua, in ordine alle caratteristiche particolari del gruppo societario in analisi.

Orbene, dalla disamina del tecnico emerge che il Tribunale è al cospetto di un gruppo societario dal profilo assai peculiare, connotato dalla presenza, in posizione di primarietà, di una holding (che in inglese sta per "soggetto detentore") che possiede partecipazioni di controllo diretto, per lo più totalitario, in più società, secondo uno schema orizzontale, dalle quali si dipartono partecipazioni in verticale. Trattasi di un gruppo c.d. "a cascata".

Ma la peculiarità cui va annesso a parere della Sezione dirimente rilievo sul giudizio circa l'effettiva disponibilità in parola, risiede nella circostanza, lumeggiata dal verificatore, che "in tale schema, la MWH spa rappresenta – per così dire – l'ultimo anello della catena, nel senso che essa non detiene partecipazioni di controllo nelle altre società del gruppo cui la controinteressata sostiene di fare riferimento per quanto attiene ai requisiti richiesti, ma, al contrario, la stessa è controllata direttamente o indirettamente, dalle società che nell'ambito del gruppo, la precedono nella descritta cascata di partecipazioni" (Relazione di verifica tecnica 10.12.2008, pag. 28).

Appare di concreta evidenza, quindi, che dal riscontro documentale effettuato dal consulente risulta che la controinteressata riveste una posizione affatto secondaria se non subalterna nel gruppo MWH, conseguendone che, in disparte l'ininfluenza, evidenziata nella giurisprudenza del Consiglio di Stato appena rassegnata, dei legami societari sulla disponibilità giuridica ed effettiva delle risorse infragruppo, nel caso al vaglio della Sezione è la stessa tipologia del gruppo societario in analisi ad escludere in radice ed in toto, già in fatto, che dalla mera appartenenza che, come detto, appare secondaria e subalterna, di MWH spa al gruppo MWH, derivi un tasso di ulteriore legittimazione in capo alla medesima all'utilizzo delle risorse e delle referenze del gruppo.

Tale è il giudizio che ritiene di maturare il Collegio sulla scorta dell'analisi fattuale e documentale condotta dal verificatore. Ma tale è anche la conclusione cui lo stesso consulente perviene, affermando che "non vi è dubbio, pertanto, che la sola appartenenza al gruppo non autorizzi la controinteressata a disporre delle risorse di altre società appartenenti allo stesso".

Di grande utilità ai fini del decidere, e di indubbia pertinenza al particolare atteggiarsi del gruppo in esame si apprezza, pertanto a posteriori, l'intuizione della Sezione sottesa all'aver rivolto al verificatore i quesiti n. 2 e 4, incentrati

sull'accertamento della disponibilità effettiva e giuridica da parte della MWH delle risorse infragruppo ma sulla base di atti giuridici vincolanti e preesistenti.

Lo stesso verificatore asserisce, infatti, sul punto, che, posta l'illustrata situazione societaria del gruppo in discorso, la cennata disponibilità "non potrebbe che derivare alla MWH spa da una formale "autorizzazione/impegno" rilasciata da tali terze società".

Orbene, le risultanze fattuali e documentali dell'accertamento sul punto, conducono il tecnico a concludere che "l'analitico esame della documentazione prodotta in gara, anche in fase di comprova, ha evidenziato – con un'unica eccezione – l'assenza di formali autorizzazioni, impegni o quant'altro atti a fornire alla MWH spa la libertà d'azione richiesta". (Relazione, pag. 29). L'eccezione additata consiste in una dichiarazione del 1.10.1996 (data peraltro non certa) del Presidente di MWH Global Inc., di generica autorizzazione ad utilizzare tutti i riferimenti e le competenze tecniche, dichiarazione non ritenuta dal verificatore in alcun modo vincolante per la società emittente né per quelle terze. Sul punto il Collegio concorda, attesa la genericità non dell'oggetto dell'autorizzazione, ma dell'impegno sottostante, sfornito di riferimenti a preesistenti atti formali e vincoli negoziali presupposti.

Sulla stessa scia dei quesiti 2 e 4 si pone anche quello articolato al n. 3 dell'Ordinanza collegiale n. 64/2008, inteso ad accertare se le dichiarazioni della MWH Globe in data 1.8.2008 e della MWH Europe in data 29.7.2008 attestanti la messa a disposizione della MWH spa delle risorse occorrenti all'esecuzione dell'appalto de quo, versate in giudizio dalla controinteressata in ottemperanza all'Ordinanza n. 651/08 della Sezione, originano obbligatoriamente da preesistenti atti giuridici (contrattuali e non) indicandosene gli estremi identificativi, esistenti tra i componenti del gruppo societario ed in forza dei quali le società e i soggetti che hanno dichiarato di mettere a disposizione della controinteressata concorrente alla gara le proprie risorse, erano obbligati a far ciò dai predetti atti giuridici infragruppo vincolanti e preesistenti.

Anche questo è un accertamento di natura fattuale e documentale affidato al verificatore e da condurre sulla base della documentazione versata dalla MWH in gara nonché di quella comunque ricavabile.

Ebbene, il verificatore ha fornito risposta negativa anche al presente quesito, assumendo di non aver "rinvenuto preesistenti atti giuridici (contrattuali e non) con i quali la MWH Global Inc. e la MWH Europe Ltd. si siano obbligate a mettere a disposizione della controinteressata le proprie risorse" (Relazione di verifica, pag. 33). In particolare, il consulente non ha ravvisato la natura di atti giuridici vincolanti in tre documenti, prodotti dalla MWH ai numeri 14, 15 e

15-bis, in ragione vuoi della rilevata carenza in essi dei necessari riferimenti all'appalto per cui è causa, vuoi dell'assenza della dichiarazione di messa a disposizione dei mezzi per lo stesso (doc. 14).

Orbene, dalle premesse ermeneutiche sviscerate dal Collegio e dal loro raffronto con i risultati dell'accertamento documentale e fattuale condotto con puntualità dal verificatore, consegue che, essendo stata rilevata l'assenza di atti giuridici vincolanti e preesistenti idonei a rendere certa e obbligatoria la messa a disposizione di MWH spa delle risorse necessarie all'esecuzione del servizio affidatole dalla stazione appaltante, risultando quindi, in ultima analisi, non ravvisabile e non provato il requisito dell'effettiva giuridica disponibilità di mezzi, risorse e referenze a favore della controinteressata, si profila fondata e va per l'effetto accolta, la censura salta dalla ricorrente Cabinet nel primo motivo (pagg. 16-17 del ricorso), secondo la quale la MWH non poteva invocare ed esibire a prova del suo possesso dei requisiti di qualificazione tecnico – economica richiesti dal disciplinare per le categorie IVa (€ 379.763.859,54 complessivi), IV b (€ 61.490.962,68 complessivi) anche in relazione ai c.d. servizi di punta, referenze di società terze, quantunque appartenenti al medesimo gruppo, c.d. a cascata, del quale, peraltro, MWH costituisce “l'ultimo anello” di una catena che origina dalla holding MWH Global In. e nel cui ambito è essa stessa soggetta al controllo diretto o indiretto delle società che la precedono nella delineata cascata di partecipazioni. Già solo per l'illustrato motivo la Commissione avrebbe dovuto escludere dalla gara la controinteressata.

6.1. Residuano altri due profili di censura, afferenti sempre al primo articolato mezzo di gravame, e diretti, come in apertura ricordato, a censurare gli aspetti formali dell'istituto dell'avvalimento, ovvero sia la dedotta mancanza nella documentazione amministrativa allegata all'offerta della MWH, delle dichiarazioni contemplate alle lettere c), d) ed e) del comma 2, art. 49 d.lgs. n. 163/2006. Il secondo profilo di doglianza attiene invece all'inosservanza del divieto di avvalersi di più di una impresa ausiliaria per ciascuna categoria componente l'appalto posto in gara.

Entrambi i due gruppi di censure si prestano a positiva considerazione e vanno accolti, sulla scorta dell'analisi del dettato normativo appresso rapidamente svolta.

Tra le doglianze relative alle dichiarazioni non prodotte, la più corposa concerne quella definita alla lettera d) dell'art. 49 che dispone che il concorrente che intenda ricorrere all'avvalimento deve produrre “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”.

Al riguardo, in punto di fatto rileva il Collegio che agli atti di gara manca detta dichiarazione.

In punto di diritto si rimarca che in caso di partecipazione alla gara di un gruppo di imprese persiste l'obbligo di produrre la dichiarazione in parola, la ratio della cui imposizione risiede a parere della Sezione ancora una volta in un'istanza di auto responsabilizzazione, imposta però, in tal caso, non in capo all'impresa concorrente – come nel caso dell'onere di indicazione dei requisiti avvalibili e dell'impresa ausiliaria: dichiarazione sub lettera a) dell'art. 49 – bensì in capo all'impresa avvalente o ausiliaria. Quest'ultima, infatti, rendendo l'obbligatoria dichiarazione di cui alla lettera d) dell'art. 49, si impegna a mettere a disposizione dell'impresa concorrente i mezzi necessari all'esecuzione del contratto per tutta la durata dell'appalto, nei confronti di due soggetti: il concorrente potenziale appaltatore e la stazione appaltante.

L'importanza e il rilievo di tale impegnativa dichiarazione fanno luce, a parere della Sezione, sul perché il Legislatore delegato non esime dall'obbligo della sua produzione neanche un gruppo di imprese, il quale è esonerato unicamente dal presentare all'Amministrazione il contratto di avvalimento, surrogabile dalla dichiarazione ex lettera g) indicante il legame giuridico economico esistente nel gruppo, ma non è dispensato affatto dall'obbligo di produrre la dichiarazione di impegno di cui alla lettera d) dell'art. 49.

Deve pertanto sul punto il Collegio concordare con la decisione del Consiglio sopra citata che ne ha di recente sancito la necessità. Il Giudice d'appello ha infatti statuito, con enunciazione che si attaglia perfettamente al caso all'esame, nel quale la MWH non ha prodotto la dichiarazione di cui alla lettera f) dell'art. 49 del Codice dei contratti, che “se è vero, dunque, che, in caso di gruppi societari, si prescinde dalla presentazione di copia del contratto tra avvalente ed avvalso in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti ed a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto (lettera f), nondimeno è necessaria - anche in questo caso - la presentazione di una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria, con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e - soprattutto - verso la stazione appaltante (lettera d)”(Consiglio di Stato, Sez. IV, 20 novembre 2008, n. 5742, punto 6.1.della motivazione).

Altra dichiarazione di cui la ricorrente deduce l'omessa produzione da parte della MWH è quella indicata e imposta dall'art. 49, lettera c) del Codice, cioè “una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria, attestante il possesso da parte di quest'ultima, dei requisiti generali di cui all'art. 38”.

Rileva al riguardo il Collegio che anche tale dichiarazione ha la finalità di garantire l'Amministrazione, ma, stavolta, non con riguardo alla serietà dell'impegno dell'impresa ausiliaria a fornire all'avvalsa concorrente le risorse necessarie all'esecuzione del contratto d'appalto, bensì, a monte, riguardo all'affidabilità generale dell'impresa avvalente, la quale deve dichiarare di non trovarsi nelle condizioni di esclusione definite all'art. 38 del Codice per non avere a carico condanne penali irrevocabili per reati di cui non è stata pronunciata l'estinzione dal giudice penale (T.A.R. Piemonte, Sez. I, 11.2.2009, n. 401; T.A.R. Piemonte, Sez. I, 10.10.2008, n. 2568; Cons. di Stato, Sez. V, 31.10.2008, n. 5461), per non trovarsi in stato di fallimento o di altre analoghe procedure liquidative, per non aver commesso mala fede o negligenza nell'esecuzione di precedenti contratti affidati dalla stessa amministrazione o un errore grave, accertato con qualsiasi mezzo di prova, nell'esecuzione di altri appalti commissionati anche da altre amministrazioni (T.A.R. Piemonte, Sez. I, n. 401/2009 cit.), per essere in regola con gli obblighi di pagamento di imposte e tasse e quant'altro stabilito dalle ulteriori lettere dell'art. 38, comma 2 del Codice.

Orbene, posta l'illustrata rilevanza della dichiarazione in esame, opina la Sezione che in caso di avvalimento, anche in ipotesi di partecipazione alla gara di un gruppo di imprese di qualsivoglia natura, il concorrente che intenda avvalersi delle referenze e dei requisiti soggettivi di altre imprese non può omettere di produrre all'Amministrazione appaltante, oltre alla certificazione SOA propria e dell'impresa avvalente, anche la dichiarazione indicata alla lettera c) dell'art. 49 del d.lgs. n. 163/2006, resa dall'impresa ausiliaria avvalente e attestante il suo possesso dei requisiti generali di affidabilità morale e professionale definiti all'art. 38 del Codice.

Segnala in proposito il Collegio che la giurisprudenza di primo grado si è già parzialmente attestata sulla posizione or ora espressa, precisando che "l'art. 49, comma 2, lett. c) del D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163 di per sé chiede, quale unico onere probatorio in capo all'impresa ausiliaria, la dichiarazione del possesso dei requisiti generali contemplati dall'art. 38 del medesimo D.L.vo n. 163 del 2006, posto che ogni altra prova specifica sull'idoneità ad eseguire i lavori medesimi è assorbita dalla titolarità dell'attestazione SOA (nella specie richiesta dalla lex specialis della gara)" (TAR Veneto, Sez. I, 6 novembre 2008 n. 3451).

Alla luce delle ultime considerazioni ora svolte va dunque affermata la fondatezza del profilo di censura in scrutinio, attinente all'omessa produzione alla s.a. delle dichiarazioni di cui alle lettere c) e d) dell'art. 49, comma 2 del Codice dei contratti, potendosi assorbire quella inerente alla dichiarazione di cui alla lettera e) della stessa norma, stante la portata dirimente del dichiarato predetto accoglimento.

6.2. L'ultima doglianza che la Sezione ritiene proficuo scrutinare involge il secondo dei dedotti profili di censura più sopra sintetizzati, ossia la violazione dell'art. 49,

comma 6 del d.lgs. n. 163/2006, a termini del quale “il concorrente può avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascun requisito o categoria”. La MWH, assume la ricorrente, ha invece esibito e invocato, per la dimostrazione dei requisiti imposti dal disciplinare per la classe IV categoria a) di cui alla L. n. 143/1949, referenze di ben quattro imprese appartenenti al gruppo, come meglio specificato con menzione anche dei relativi importi in apertura della trattazione. Relativamente alla categoria b) della classe IV la MWH avrebbe poi utilizzato referenze di due imprese del gruppo: la mandante EL per € 1.189.080 e la Joint Venture Harza – Enerproject per ben 300.000.000 di euro.

Il tutto in violazione del divieto di avvalimento plurimo istituito dal comma 6 dell'art. 49 del Codice.

Riscontra anzitutto il Collegio, in punto di fatto, la rispondenza al vero delle riferite allegazioni di parte ricorrente, risultando agli atti che effettivamente la controinteressata ha invocato le referenze delle suindicate imprese per traguardare i requisiti richiesti per le categorie a) e b) della Classe IV.

La Sezione è dell'avviso che la censura in analisi debba essere favorevolmente considerata.

Invero, il comma 6 dell'art. 49, che disponeva che “il concorrente può avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascun requisito o categoria”, è stato come segue sostituito dall'articolo 1, comma 1, lettera n), numero 1), del D.Lgs. 11 settembre 2008 , n. 152: “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 (...)”. E' solo con l'entrata in vigore delle modifiche recate dal c.d. terzo correttivo al Codice contratti, e cioè per i bandi di gara pubblicati a partire dal 17.10.2008, dunque, che il divieto di avvalimento plurimo, ossia di più di una impresa per ciascuna categoria di qualificazione, vige solo limitatamente ai lavori ed è stato invece spunto per gli appalti di servizi e di forniture.

Nel caso al vaglio del Tribunale, peraltro, la gara è stata bandita ed espletata nel vigore del precedente testo dell'art. 49, comma 6 del Codice, il quale, come ricordato, vietava in generale e quindi anche per gli appalti di servizi, che il concorrente ad una gara potesse avvalersi di più di un'impresa ausiliaria per ciascun requisito o categoria.

La ratio della ridetta previsione normativa generale, sopravvissuta solo limitatamente agli appalti di lavori va correttamente individuata nell'esigenza di scongiurare un'eccessiva “polverizzazione” dei parametri e dei fattori aziendali che

il concorrente può addurre e dai quali, correlativamente l'Amministrazione può desumere elementi idoneativi esprimenti la capacità economica e tecnica necessari all'esecuzione dei contratti pubblici. Suffraga l'indicata voluntas legis, lumeggiata dalla Sezione, anche l'attuale temperamento, pure recato dal terzo correttivo alla deroga al divieto di avvalimento plurimo negli appalti di lavori, deroga costituita dalla facoltà che il bando di gara possa consentire l'avvalimento di più imprese, ma "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".

Orbene, se il Legislatore ha circoscritto solo con il d.lgs. n. 152/2008 il divieto di avvalimento plurimo al settore dei lavori, consentendo quindi, a contrario, alle imprese di avvalersi di più ausiliarie per una medesima categoria o requisito, non può che essere ritenuta operante *ratione temporis* la delineata limitazione ai lavori del divieto di avvalimento plurimo, e correlativamente la facoltà di invocare referenze e requisiti di più di un'impresa per gli appalti di servizi e per le forniture pubbliche, solo alle gare disciplinata dalla novella disposizione. La necessità che il legislatore ha avvertito di precisare *expressis verbis* che tale divieto di avvalimento plurimo vige solo per gli appalti di lavori, sta a significare che antecedentemente alla precisazione in esame, recata solo con il d.lgs. n.152/2008, il divieto de quo operava per tutti gli appalti, compresi quelli di servizi e le forniture pubbliche.

La linea interpretativa che la Sezione ritiene qui di suggerire trova conforto in una recentissima decisione della V Sezione del Consiglio di Stato, che ha sancito l'illegittimità dell'esclusione da una gara di un'impresa che aveva indicato di avvalersi di tre imprese ausiliarie, ma solo "nel caso in cui tale indicazione debba considerarsi non cumulativa ma alternativa, atteso che anche solo avvalendosi di una di esse è in condizioni di partecipare alla gara d'appalto" (Consiglio di Stato, Sez. V, 17 marzo 2009, n. 1589).

Viceversa, come appena sopra avvertito, nel caso all'esame la MWH ha indicato ed invocato cumulativamente e non alternativamente le referenze e i requisiti delle quattro imprese del gruppo di cui è parte, proprio per traguardare i livelli di qualificazione richiesti dal disciplinare nelle categorie a) e b) della classe IV di cui alla L. n. 143/1949 precisate nella *lex specialis*.

Nemmeno è luogo quindi a invocare nella fattispecie in analisi, il c.d. doppio avvalimento, che sarebbe consentito secondo Cons. di Stato, Sez. IV, n. 5742/2008: nel caso all'attenzione della Sezione, infatti, la MWH non si è limitata ad un doppio avvalimento, ma ha invocato e addotto a comprova dei requisiti soggettivi minimi di qualificazione per due importanti categorie, la a) e la b) della classe IV, ben quattro imprese. Non pare al Collegio che la normativa comunitaria imponga alle stazioni appaltanti di consentire ad un concorrente ad una gara, privo

dei requisiti di qualificazione, di invocare referenze, mezzi e risorse di ben quattro imprese in una medesima categoria di qualificazione o per un medesimo requisito. Non va infatti obliato che, come la giurisprudenza ha più volte ricordato, l'istituto dell'avvalimento integra una rilevante eccezione al principio del possesso dei requisiti di capacità tecnica ed economica in proprio da parte della singola impresa concorrente alla selezione.

Ne consegue pertanto che anche la censura in scrutinio si profila fondata e va accolta.

La TRM pertanto, doveva procedere all'esclusione della MWH dalla gara per cui è causa.

In definitiva, sulla scorta delle considerazioni tutte fino ad ora svolte, il ricorso si configura assistito da elementi di sicura fondatezza già relativamente al primo motivo, che va, conseguentemente accolto, con assorbimento delle successive censure, stante la portata dirimente delle doglianze spiegate con il primo mezzo.

Il regolamento delle spese processuali deve accedere al principio della soccombenza, che dovrà involgere anche le spese e competenze relative alla disposta verifica tecnica.

Il consistente concorso causale conferito dal comportamento della controinteressata, che ha dichiarato e invocato a suo favore una notevole congerie e gran copia di referenze appartenenti al gruppo di cui è parte, in difetto dei necessari presupposti di sostanza e di forma fino ad ora illustrati, suggerisce al Collegio di ripartire l'onere delle spese di causa in parti uguali, a titolo di obbligazione parziaria e non solidale, tra l'Amministrazione appaltante e la MWH, nella misura liquidata in dispositivo.

Per quanto attiene alle spese e competenze della disposta ed effettuata verifica tecnica, il Collegio, ricordando che con l'Ordinanza collegiale n. 64/2008 aveva autorizzato il consulente a chiedere un acconto alle parti e accollato al medesimo l'onere di richiedere al suo Ordine professionale un parere di congruità della notula definitiva, parere occorrente al Collegio ai fini della liquidazione da parte di questo Giudice, la quale ex lege conferisce natura ed effetti di titolo esecutivo alla pretesa del professionista, non essendo stata ad oggi depositata in giudizio la predetta notula con il parere di congruità utile al Collegio ai fini della liquidazione delle competenze professionali, si ritiene doveroso rinviare detta liquidazione a successivo provvedimento del Presidente o del Magistrato Relatore, provvedimento costituente titolo esecutivo.

Il carico delle competenze e spese di verificaione seguirà il suindicato riparto parziario tra TRM ed MWH, con i conseguenti obblighi restitutori a favore della ricorrente di quanto dalla medesima già corrisposto in acconto al tecnico.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Piemonte, Prima Sezione, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe e su quello incidentale così provvede:

Respinge il ricorso incidentale e in parte lo dichiara inammissibile.

Accoglie il ricorso principale e, per l'effetto, annulla i provvedimenti con esso impugnati.

Condanna la T.R.M. S.p.A e parte controinteressata, a titolo di obbligazione parziaria in ragione del 50% ciascuno, a rifondere a parte ricorrente le spese di lite, che liquida in € 6.000,00 oltre Iva e CNAP di Legge.

Pone a carico di T.R.M. S.p.A. e di parte controinteressata, negli stessi termini di cui sopra, le spese e competenze del Verificatore, le quali saranno liquidate con separato provvedimento, costituente titolo esecutivo, del Presidente o del Magistrato Relatore da lui delegato.

Ordina che la presente Sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Torino nella Camera di Consiglio

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/03/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO