

Tar Lazio, sezione III quater, sentenza n. 3006 del 29 marzo 2012

Avvalimento parziale ammesso nei servizi di ingegneria

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio
(Sezione Terza Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 60 e 74 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 704 del 2012, proposto dalla Go Project Srl, rappresentata e difesa dagli avv.ti, con domicilio eletto presso in Roma, via

contro

Inail - Istituto Nazionale per Assicurazione contro Infortuni sul Lavoro, rappresentato e difeso dagli avv.ti, con domicilio eletto presso l'avv. in Roma, via

nei confronti di

Studio 80 Sas di Stroveglia Franca Anna e C, rappresentata e difesa dagli avv.ti, con domicilio eletto presso in Roma, via

Triumph C & C Srl, rappresentata e difesa dall'avv., presso il cui studio in Roma, via, ..., è elettivamente domiciliato;

per l'annullamento

della determina n. 254/12 con cui e' stata confermata l'esclusione della ricorrente dalla gara di appalto per l'affidamento del servizio di progettazione, realizzazione, allestimento, manutenzione e custodia dello stand espositivo istituzionale dell'INAIL (gara n. 2/2010); dei verbali della Commissione di gara del 5 e del 22 dicembre 2011, nonché del decreto n. 87 del 9 gennaio 2012, con il quale il Dirigente del Servizio Centrale Acquisti, in qualità di RUP, ha comunicato di aver escluso la ricorrente e di aver aggiudicato provvisoriamente la predetta gara al raggruppamento con capogruppo Studio 80 S.a.s.;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Inail - Istituto Nazionale per Assicurazione contro Infortuni sul Lavoro e di Soc Studio 80 Sas di Stroveglia Franca Anna e C e di Soc Triumph C & C Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 28 marzo 2012 il cons. Giulia Ferrari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Rilevato che nella suddetta camera di consiglio il Collegio, chiamato a pronunciare sulla domanda cautelare di sospensiva dell'atto impugnato, ha deciso di definire immediatamente il giudizio nel merito con sentenza resa ai sensi dell'art. 60 c.p.a., e ne ha dato comunicazione ai difensori presenti delle parti in causa;

Visto il ricorso incidentale, notificato in data 20 febbraio 2012 e depositato il successivo 21 febbraio da Studio 80 s.a.s.;

Considerato che l'esame del ricorso incidentale, proprio o subordinato, deve essere sempre esaminato prioritariamente, anche nel caso in cui il ricorrente principale alleggi l'interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura selettiva ed indipendentemente dal numero dei partecipanti alla procedura stessa, dal tipo di censura prospettata dal ricorrente incidentale e dalle richieste formulate dall'amministrazione resistente (Cons. St., A.P., 7 aprile 2011, n. 4; Tar Lazio, sez. III quater, 23 febbraio 2012, n. 1856);

Visto il primo motivo del ricorso incidentale, con il quale la Studio 80 s.a.s. afferma che la Go Project s.r.l. avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per carenza del requisito del fatturato specifico, nell'ultimo triennio antecedente l'indizione della gara (2007-2009), non inferiore a € 600.000,00;

Considerato che, ad avviso della ricorrente incidentale, la Go Project s.r.l. avrebbe avuto un fatturato specifico pari a € 432.360,00 in luogo di € 850.720,00 dichiarati (e dunque di gran lunga inferiore al minimo richiesto pari a € 600.000,00), non essendo computabili attività diverse dall'allestimento di stand (ad es. preparazione di fiere o di altri eventi, di palchi, ecc.) o dagli stand di misura inferiore a 80 mq;

Considerato che dal computo del fatturato la stazione appaltante ha espunto gli allestimenti di superficie inferiore a 80 mq, così come ampiamente documentato dall'INAIL con il deposito del 22 marzo 2012;

Considerato inoltre che il punto III.2.3, lett. b, del bando di gara ha fatto riferimento, agli effetti della dimostrazione dei requisiti della capacità tecnica, ai "lavori allestitivi", alle "manifestazioni fieristiche/evento" e, dunque, non solo all'organizzazione di stand;

Visto il secondo motivo del ricorso incidentale, relativo all'omessa dichiarazione, in caso di avvalimento, di non trovarsi in situazione di controllo di cui all'art. 34, comma 2, del codice appalti, così come richiesto dagli artt. 1.B, lett. c), e 5 del disciplinare di gara;

Considerato che i modelli di dichiarazione, allegati dalla stazione appaltante allo stesso disciplinare, correttamente contenevano il riferimento all'art. 38, d.lgs. n. 163 del 2006 e non al comma 2 dell'art. 34, che era stato abrogato dall'art. 3, comma 3, d.l. 25 settembre 2009, n. 135 (con decorrenza, ai sensi del comma 5 dello stesso decreto legge, dalle procedure i cui bandi o avvisi con cui si indice una gara sono pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del decreto, id est, 26 settembre 2009);

Considerato che la Arkè s.r.l., impresa ausiliaria di cui si è avvalsa la Go Project s.r.l., ha compilato correttamente la dichiarazione servendosi del modello predisposto dalla stazione appaltante;

Considerato dunque che il ricorso incidentale deve essere respinto e che occorre pertanto procedere all'esame del ricorso principale;

Considerato che la questione relativa all'avvalimento parziale era stata esaminata dall'INAIL in occasione della valutazione del preavviso di ricorso inoltrato dalla Go Project s.r.l. mentre non ha formato oggetto di alcun vaglio da parte di questo giudice, né esplicitamente né implicitamente, nella sentenza n. 7931 del 13 ottobre 2011, non appellata, che aveva accolto il ricorso proposto dalla Go Project s.r.l. avverso l'aggiudicazione della gara a favore della Ccube Comunicatios s.r.l.;

Considerato che a prescindere dall'esame della posizione delle altre concorrenti, volto a verificare la presenza nella busta dell'offerta della fotocopia della carta di identità, doveva in ogni caso essere verificato il possesso dei requisiti in capo alla ricorrente, ove fosse risultata prima in graduatoria a seguito dell'esclusione della Ccube Comunicatios s.r.l. disposta dalla sentenza n. 7931 del 2011;

Ritenuto pertanto che in ogni caso, ove anche non si fosse proceduto alla verifica della posizione di tutte le concorrenti prima di disporre l'aggiudicazione definitiva in capo alla prima graduata, si sarebbe dovuto verificare il possesso, nei riguardi della stessa, di tutti i requisiti;

Considerato che la questione relativa al ricorso all'avvalimento parziale per la percentuale di fatturato specifico richiesto dal bando di gara di cui la società è carente era stato rilevato già in occasione dell'esame del preavviso di ricorso presentato dalla Go Project s.r.l. avverso l'aggiudicazione della gara a favore della Ccube Comunicatios s.r.l., con la conseguenza che la stazione appaltante non avrebbe potuto non riesaminare tale circostanza per verificare se la stessa fosse ostativa all'aggiudicazione definitiva;

Considerato che nel provvedimento impugnato la stazione appaltante fa chiaramente proprie le risultanze del parere reso dall'Avvocatura generale e ne argomenta le ragioni richiamando la recente sentenza della VI Sezione del Consiglio di Stato n. 3565 del 13 giugno 2011;

Considerato che la sentenza del Consiglio di Stato n. 3565 del 2011 (sulle cui conclusioni si fonda il provvedimento impugnato), seguendo un'interpretazione sistematica del comma 6 dell'art. 49 del codice appalti (secondo cui "Per i lavori, il concorrente può avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria di qualificazione. Il bando di gara può ammettere l'avvalimento di più imprese ausiliarie in ragione dell'importo dell'appalto o della peculiarità delle prestazioni, fermo restando il divieto di utilizzo frazionato per il concorrente dei singoli requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi di cui all'articolo 40, comma 3, lettera b), che hanno consentito il rilascio dell'attestazione in quella categoria"), ed anche alla luce dell'intervenuta abrogazione del successivo comma 7 (secondo cui "Il bando di gara può prevedere che, in relazione alla natura o all'importo dell'appalto, le imprese partecipanti possano avvalersi solo dei requisiti economici o dei requisiti tecnici, ovvero che l'avvalimento possa integrare un preesistente requisito tecnico o economico già posseduto dall'impresa avvalente in misura o percentuale indicata nel bando stesso"), ha ribadito che non è consentito un utilizzo "frazionato" dell'avvalimento, la cui ratio non è di arricchire la capacità (tecnica od economica) del concorrente, ma di consentire a soggetti che ne siano privi di concorrere alla gara ricorrendo ai requisiti di altri soggetti, nella misura in cui siano da questi autonomamente ed integralmente posseduti (sulla ratio sottesa all'istituto dell'avvalimento v. anche Cons. St., sez. IV, 16 febbraio 2012, n. 810);

Considerato peraltro che il Consiglio di Stato ha pronunciato in relazione ad una gara per l'affidamento di appalti di lavori, mentre il caso all'esame del Collegio attiene ad un appalto di servizio di progettazione di uno stand espositivo;

Considerato che, ad avviso del Collegio, il divieto di avvalimento parziale non si estende agli appalti diversi da quelli di lavoro;

Considerato che la Commissione europea, con la nota C(2008)0108 del 30 gennaio 2008 aveva aperto una procedura di infrazione verso l'Italia, ritenendo configurabile un'incompleta trasposizione delle direttive comunitarie nel codice degli appalti ed esprimendo, in particolare, perplessità sulla compatibilità comunitaria dell'art. 49 del codice appalti, che consente ad un concorrente di avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascun requisito o categoria, sembrando, al contrario, riconoscere la possibilità anche di cumulare frazioni del requisito;

Considerato che per conformarsi alla contestazione comunitaria di un recepimento eccessivamente restrittivo dell'istituto in esame, il terzo decreto correttivo (d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152) ha novellato il comma 6, il quale, nel testo attuale, prevede dunque che solo per i lavori si applica il divieto legale di avvalersi di più imprese ausiliarie per ciascuna categoria di qualificazione;

Considerato dunque che la Go Project s.r.l. poteva far ricorso, nella gara de qua, all'istituto dell'avvalimento parziale;

Considerato che l'accoglimento del ricorso principale e la conseguente riammissione in gara della ricorrente porta ad escludere che si sia concretizzato un danno risarcibile;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Quater)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto: a) respinge il ricorso incidentale; b) accoglie il ricorso principale e per l'effetto annulla gli atti impugnati; c) respinge la domanda di risarcimento danni.

Compensa tra le parti in causa le spese della presente fase di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 marzo 2012 con l'intervento dei magistrati:

Italo Riggio, Presidente

Maria Luisa De Leoni, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA II 29/03/2012