

Tar Piemonte, sezione seconda, sentenza n. 798 del 4 dicembre 2020

Avvalimento di garanzia – Contratto “condizionato” – Violazione art. 89 D.lgs. 50/2016 - Esclusione

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 Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 835 del 2020, proposto da

....., in persona dei legali rappresentanti pro tempore, rappresentate e difese dagli avvocati, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

....., in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv., in Torino, via

nei confronti

.....C. S.n.c., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio della prima, in Roma, via

per l'annullamento

a) della determinazione dirigenziale n. 528 del 13/10/2020, a firma del Dirigente del Dipartimento Istruzione-Cultura-Sport-Assistenza-Tempo Libero, dott., con la quale, previa approvazione dei verbali di gara, è stata disposta l'aggiudicazione in favore dell'operatore ‘..... C. – s.n.c.’ della “Procedura aperta per i servizi di

allestimento del Museo civico della stampa e di gestione dell'apertura al pubblico (CIG 832255232D, CUP C92F17004020004”;

b) della comunicazione n. prot. 30923 del 16/10/2020, inviata a mezzo pec in pari data, a firma del RUP, Dott., con la quale si comunicava l'aggiudicazione in favore di ‘..... C. – s.n.c.’;

c) degli atti e verbali di gara nella parte in cui non è stata disposta l'esclusione dalla gara dell'impresa ‘..... C. – s.n.c.’;

c.1) ove occorra, dell'art. 7.2. nonché degli artt. 8-15 del disciplinare di gara, ove intesi nel senso che il prestito, mediante avvalimento, del requisito del “fatturato minimo complessivo” (negli ultimi tre esercizi finanziari) possa ritenersi valido ancorché “condizionato” ad eventi esterni e non controllabili dalla Stazione appaltante (art. 2 contratto di avvalimento); ovvero ancorché del tutto generico/astratto e connotato da indeterminatezza/indeterminabilità (senza che sia necessario indicare l'importo del fatturato oggetto di prestito, né le risorse/mezzi/personale/esperienze dettagliati agli artt. 8-15 del disciplinare di gara in violazione dell'art. 89 cit. e art. 54 della direttiva 2014/24/UE);

d.1) ove occorra, dell'art. 7.1 del disciplinare, se inteso nel senso di ritenere coerente l'attività di allestimento museale (mediante appalto di servizi e forniture) e quella di gestione museale (mediante “concessione” di servizi), così da ritenere integrato il requisito di idoneità professionale e la partecipazione alla gara di operatori economici che non sono mai stati concessionari di servizi per “gestione museale” (per come del resto emerge dalle iscrizioni/abilitazioni, nonché dall'oggetto sociale statutario e dai codici ATECO attivi della Controinteressata);

d.2) ove occorra, dell'art. 7.2 del disciplinare, se inteso nel senso che il “fatturato minimo complessivo” riferito agli ultimi tre esercizi (e funzionale a garantire la solidità finanziaria ed esperenziale dell'aggiudicatario) possa derivare anche da

attività del tutto difformi/incoerenti con i servizi (in appalto ed in concessione) e le forniture oggetto di affidamento (per come ha fatto la Controinteressata);

d.3) ove occorra, dell'art. 7.3 del disciplinare, se inteso nel senso di consentire la partecipazione alla gara anche ad operatori economici il cui “fatturato specifico negli ultimi cinque anni” non consenta di ravvisare affidamenti in concessione per l'esecuzione di attività di gestione di servizi al pubblico di musei (come nell'ipotesi della Controinteressata, giusta dichiarazione concernente i “servizi analoghi”);

e) di ogni altro atto e/o provvedimento presupposto, connesso e consequenziale comunque lesivi dei diritti ed interessi del RTI Ricorrente;

f) per la declaratoria di nullità e/o inefficacia del contratto di appalto ex artt. 121 e 122 c.p.a., ove stipulato nelle more della definizione del giudizio, con conseguente aggiudicazione al RTI Ricorrente e subentro della medesima società Ricorrente, quale seconda graduata, di cui si dichiara sin d'ora la disponibilità ai sensi dell'art. 124 c.p.a.;

g) e, in via graduata, per la conseguente declaratoria in alternativa al risarcimento in forma specifica, del diritto della Ricorrente al riconoscimento del risarcimento danni per equivalente nella forma di danno emergente, lucro cessante nella misura del 10%, ovvero del 5% (sub specie, perdita di chance e danno curriculare), ovvero per responsabilità da contatto sociale qualificato, per violazione dell'obbligo di buona fede e legittimo affidamento.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Mondovì e dellaC. S.n.c.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 2 dicembre 2020 la dott.ssa Silvia Cattaneo e uditi per le parti i difensori mediante collegamento da remoto, ai sensi

degli artt. 25, comma 1, del d.l. n. 137/2020 e 4, comma 1, del d.l. n. 28/2020, come specificato nel verbale;

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

Considerato che

con il provvedimento indicato in epigrafe il Comune diha aggiudicato allaC. s.n.c. la procedura indetta per l'affidamento dei servizi di allestimento del Museo Civico della Stampa e di gestione dell'apertura al pubblico;

con il primo motivo di ricorso le ricorrenti - seconde classificate - ne hanno contestato l'illegittimità lamentando l'assenza, in capo all'aggiudicataria, del requisito di capacità economico finanziaria richiesto dall'art. 7.2 del disciplinare di gara, cioè un fatturato minimo complessivo riferito agli ultimi tre esercizi finanziari (2017-2018-2019) non inferiore ad € 1.200.000,00 IVA esclusa;

a loro avviso, il contratto di avvalimento stipulato tra laC. s.n.c e la s.r.l.s. il 3.8.2020 sarebbe condizionato ad eventi esterni e non controllabili da parte della stazione appaltante e, dunque, invalido;

la censura è fondata;

il contratto di avvalimento prevede, all'art. 2, l'impegno dell'ausiliaria verso l'ausiliata e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione dell'ausiliata il requisito di fatturato complessivo relativo agli ultimi tre esercizi finanziari, "nonché tutte le risorse tecniche ed economiche che dovessero essere necessarie per l'effettiva esecuzione dei lavori nel caso di aggiudicazione della gara" e specifica al secondo comma che: *"in considerazione della responsabilità solidale che il Legislatore nazionale addossa all'Impresa "ausiliaria", ferma restando l'irripetibilità dei corrispettivi previsti nel presente contratto, le obbligazioni assunte sono subordinate alle seguenti condizioni:*

- in caso di effettiva aggiudicazione dell'appalto, l'impresa "ausiliaria" potrà verificare e monitorare costantemente l'avanzamento dei lavori, la regolarità dell'esecuzione degli stessi ed avrà diritto a

visionare tutti gli atti tecnici ed amministrativi relativi; l'Impresa ausiliaria è, fin d'ora, autorizzata ad interloquire con la Stazione appaltante ai fini dei controlli di propria competenza;

- l'Impresa ausiliata ove mai dovesse richiedere all'Impresa ausiliaria, anche per effetto di richieste della Stazione appaltante, di fornire le risorse materiali o tecniche per l'esecuzione dell'appalto dovrà erogarne il costo a valore di mercato a favore dell'Impresa ausiliaria?;

- la giurisprudenza ha già avuto occasione di pronunciarsi su contratti analoghi a quello oggetto della presente controversia, cui erano state apposte identiche condizioni: ha ritenuto che l'impegno assunto fosse "condizionato e meramente eventuale, pertanto equivoco e non attuale, rendendo l'avvalimento inidoneo a determinare il prelievo del requisito mancante dell'impresa concorrente con conseguente sua doverosa esclusione dalla procedura di gara" (Cons. Stato, sez. V, sent. n. 4630/2016; Tar Puglia, Lecce, sent. n. 907/2016; Tar Reggio Calabria, sent. n. 1/2014);

il Collegio condivide le conclusioni cui sono giunti questi precedenti - cui si rinvia ai sensi dell'art. 74 cod.proc.amm. - e ritiene che le stesse non siano scalfite dalle obiezioni sollevate dalle parti resistenti, specie con riferimento alla seconda condizione;

che questa attenga solo ai rapporti tra le parti e non si riverberi nei confronti della stazione appaltante – come sostiene la controinteressata - è contraddetto dalla lettera del contratto;

né la clausola può essere ritenuta irrilevante solo perché si è al cospetto di un avvalimento di garanzia;

il contratto, redatto utilizzando un modello che non si attaglia all'appalto in questione (un appalto misto di servizi e forniture), facendo riferimento in più punti alla esecuzione di lavori, presenta oggettivi margini di ambiguità e incertezza;

la nozione di "risorse materiali" è alquanto ampia e ben può essere intesa come riferita alle risorse economiche che l'ausiliaria potrebbe dovere mettere a

disposizione, e ciò in conformità a quanto previsto dall'art. 1363 cod. civ., secondo cui "le clausole del contratto si interpretano le une per mezzo delle altre, attribuendo a ciascuna il senso che risulta dal complesso dell'atto" e dall'art. 1367 cod.civ., secondo cui "nel dubbio, il contratto o le singole clausole devono interpretarsi nel senso in cui possono avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno" (cfr. Cons. Stato, Ad.Plen., sent. n. 23/2016);

a fronte di ciò, la dichiarazione unilaterale resa dalla s.r.l.s. non può ritenersi sufficiente a sgombrare il campo dalle incertezze circa il carattere incondizionato dell'impegno a garantire con le proprie risorse economiche l'impresa ausiliaria;

il contratto in questione è, pertanto, inidoneo a determinare il prelievo del requisito mancante, rendendo conseguentemente doverosa l'esclusione dalla procedura di gara della controinteressata;

le ulteriori censure dedotte possono essere assorbite;

per le ragioni esposte la domanda di annullamento è fondata e va accolta, nei termini di cui in motivazione e, per l'effetto, va annullato il provvedimento di aggiudicazione impugnato; va altresì accolta la domanda di risarcimento in forma specifica, con condanna dell'amministrazione a provvedere all'aggiudicazione in favore delle ricorrenti, avendo l'amministrazione esaurito la propria discrezionalità, salvo l'esito delle verifiche di legge;

non si provvede sulla domanda con la quale le ricorrenti chiedono di dichiarare inefficace il contratto medio tempore stipulato poiché, dalla documentazione in atti, lo stesso non risulta sottoscritto;

le spese seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e

per l'effetto annulla il provvedimento di aggiudicazione impugnato, con le conseguenze precisate in motivazione.

Condanna le parti resistenti al pagamento delle spese di giudizio, a favore delle ricorrenti, che liquida in euro 5.000,00 (cinquemila/00) – di cui 2.500,00 (duemilacinquecento/00) a carico del Comune e 2.500,00 (duemilacinquecento/00) a carico della controinteressata - oltre oneri di legge.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 2 dicembre 2020 tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza, secondo quanto previsto dall'art. 25, c.2, d.l. n. 137/2020, con l'intervento dei magistrati

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

IL SEGRETARIO