

**Tar Toscana, sezione prima, sentenza n. 698 dell'11 giugno 2020**

*Avvalimento - Impegno ad eseguire direttamente la prestazione ex art. 89 del D.lgs. 50/2016 – Titoli di studio ed esperienze professionali*

**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 la Toscana**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 140 del 2020, proposto da ..... s.r.l. in proprio e in qualità di mandataria del R.T.I. con ..... - ..... s.p.a. e ..... s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati ....., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

Provincia di ....., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato ....., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***nei confronti***

..... s.p.a., in proprio ed in qualità di capogruppo del R.T.I. con la mandante .....21 s.r.l., 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 ..... in Firenze, piazza ..... n. 2;

.....21 s.r.l., non costituita in giudizio;

***per l'annullamento***

- del provvedimento assunto con determinazione dirigenziale n. 1289 del 13.12.2019 del Servizio Polizia della Provincia di Lucca - Centro Elaborazione Dati - Ufficio Corpo Polizia Provinciale, con il quale la Provincia di ..... ha approvato gli esiti di gara ed ha aggiudicato definitivamente al RTI tra ..... s.p.a. e .....21 s.r.l. la “procedura aperta per l’affidamento dell’accordo quadro per il noleggio e l’installazione di strumenti di rilevazione a distanza degli eccessi di velocità, nonché per l’acquisizione dei servizi di gestione integrata del processo sanzionatorio, di rappresentanza legale nel contenzioso, di riscossione coattiva a mezzo ingiunzione fiscale. CIG 79639879F8”, nonché della comunicazione in data 16.1.2020 dell’intervenuta aggiudicazione;

- per quanto di ragione, di tutti i provvedimenti, atti e verbali di gara, comunque denominati, con i quali e sulla base dei quali il RTI tra ..... e .....21 è stato ammesso e non escluso dalla gara medesima e dichiarato aggiudicatario, ivi compresa la proposta di aggiudicazione, i verbali di gara, e l’avviso di appalto aggiudicato;

- di tutti gli atti e provvedimenti precedenti e seguenti, comunque connessi o presupposti, e in particolar modo della nota in data 9.1.2020 di parziale diniego dell’accesso agli atti di gara;

nonché per l’accertamento del diritto della ricorrente al conseguimento dell’aggiudicazione e al subentro nel contratto, ove eventualmente stipulato, con dichiarazione di inefficacia del contratto medesimo;

nonché per l’accertamento del diritto della ricorrente di avere integrale accesso alla documentazione della gara.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Provincia di ..... e di ..... s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 giugno 2020 il consigliere ..... e  
dati per presenti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

La ricorrente partecipava (in R.T.I. con le mandanti ..... -..... s.p.a.  
e ..... s.r.l.) alla procedura di gara CIG 79639879F8 indetta dalla Provincia  
di ....., con bando del 24 giugno 2019 e relativa all'aggiudicazione,  
secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dell'accordo  
quadro per il noleggio e l'installazione di strumenti di rilevazione a distanza degli  
eccessi di velocità, nonché per l'acquisizione dei servizi di gestione integrata del  
processo sanzionatorio, di rappresentanza legale nel contenzioso, di riscossione  
coattiva a mezzo ingiunzione fiscale, per un periodo di 36 mesi; all'esito delle  
operazioni di gara, il R.T.I. con a capo la ricorrente si classificava al secondo  
posto (con 75,98 punti), mentre al primo posto, si classificava il R.T.I. tra  
..... s.p.a. e .....21 s.r.l. (con 79,93 punti) che conseguiva  
l'aggiudicazione definitiva con la determinazione 13 dicembre 2019, n. 1289 del  
Servizio Polizia Provinciale, Centro Elaborazione Dati-Ufficio Corpo Polizia  
Provinciale della Provincia di .....

Gli atti meglio specificati in epigrafe erano impugnati dalla ricorrente, che  
articolava censure di: 1) violazione o falsa applicazione dell'art. 89 del d.lgs. n.  
50/2016, violazione o falsa applicazione della *lex specialis* (disciplinare di gara,  
art. 3 "requisiti di partecipazione e qualificazione", art. 4 "modalità e termine di  
presentazione dell'offerta"), eccesso di potere sotto i profili del difetto di  
istruttoria, del difetto di motivazione e dell'erroneità del presupposto; 2)  
violazione o falsa applicazione dell'art. 89 del d.lgs. n. 50/2016 sotto altro

profilo, violazione o falsa applicazione dell'art. 88 del DPR n. 207/2010, violazione o falsa applicazione della *lex specialis* (disciplinare di gara, art. 3 e 4), eccesso di potere sotto i profili del difetto di istruttoria, del difetto di motivazione, dell'erroneità del presupposto e della manifesta illogicità e irragionevolezza, sintomi di sviamento; con il ricorso era altresì richiesta la declaratoria di inefficacia del contratto, ove eventualmente concluso e del diritto della ricorrente all'aggiudicazione dell'appalto, con eventuale subentro della stessa nell'aggiudicazione e nel contratto stipulato.

Si costituivano in giudizio la Provincia di ..... e ..... s.p.a. (in proprio ed in qualità di capogruppo del R.T.I. con la mandante .....21 s.r.l.), controdeducendo sul merito del ricorso.

Con ordinanza 13 febbraio 2020, n. 97, la Sezione accoglieva l'istanza cautelare proposta con il ricorso ed ordinava altresì alla Stazione appaltante, *ex art. 116, 2° comma c.p.a.*, di permettere l'accesso integrale della ricorrente alla documentazione richiesta con l'istanza prot. n. 32116 del 19 dicembre 2019, entro 30 giorni dalla comunicazione o notificazione dell'ordinanza.

Il ricorso è fondato e deve pertanto essere accolto.

Con riferimento al primo motivo di ricorso, già in sede cautelare (T.A.R. Toscana sez. I, ord. 13 febbraio 2020, n. 97), la Sezione ha ritenuto di poter condividere la prospettazione posta a base del primo motivo di ricorso e che porta a ritenere che il contratto di avvalimento tra ..... s.r.l. e .....21 s.r.l. teso a surrogare la mancanza, in capo alla mandante del R.T.I. aggiudicatario, del requisito di cui all'art. 3.2 del disciplinare di gara (aver prestato servizi analoghi a quelli oggetto della procedura negli ultimi tre anni in misura non inferiore all'importo massimo dell'accordo quadro per la categoria principale) non corrisponda al modello legale previsto dall'art. 89, 1° comma del d.lgs. 18 aprile

2016, n. 50 (codice dei contratti pubblici), non prevedendo l'impegno della ..... s.r.l. ad eseguire direttamente la prestazione.

Ad una simile conclusione portano, infatti, la stessa formulazione letterale dell'art. 89, 1° comma del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 che, nel caso di avvalimento destinato a surrogare la mancanza dei <<titoli di studio e professionali di cui all'allegato XVII, parte II, lettera f), o ...(delle) esperienze professionali pertinenti>>, prevede che <<gli operatori economici poss(a)no tuttavia avvalersi delle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste>>, la più recente giurisprudenza che ha affrontato la problematica (Cons. Stato sez. V, 3 aprile 2019, n. 2191; 6 ottobre 2018, n. 5750; T.A.R. Lazio, Latina, 30 maggio 2019, n. 401) e gli orientamenti manifestati dall'A.N.A.C. in sede di pareri di precontenzioso (in questo senso, si veda, il parere approvato con delibera 2 maggio 2018 n. 419, depositato in giudizio da parte ricorrente).

Del resto, si tratta di soluzione che non è certo esclusa dalle argomentazioni articolate dalla controinteressata costituita.

Già in sede cautelare (T.A.R. Toscana sez. I, ord. 13 febbraio 2020, n. 97), è stato, infatti, rilevato come nessuna rilevanza possa <<essere attribuita al fatto che le due società stipulanti il contratto di avvalimento facciano parte dello stesso gruppo societario (essendo partecipate da Safety21 s.p.a., come da dichiarazioni unilaterali depositate nel procedimento), non avendo più la precitata previsione dell'art. 89 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 riprodotto le previgenti semplificazioni normative che, in ipotesi di imprese appartenenti allo stesso gruppo, ritenevano superflua la stipulazione di un formale contratto di avvalimento, essendo sufficiente una dichiarazione unilaterale attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo (Cons. Stato sez. VI, 13 febbraio 2018, n. 907; si

veda anche la precisazione temporale presente in Cons. Stato sez. III, 27 giugno 2019, n. 4418)>>.

Del tutto inaccoglibile risulta poi la questione di compatibilità comunitaria della citata previsione di cui all'art. 89, 1° comma del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, alla luce della semplice lettura dell'art. 63 della dir. 26 febbraio 2014, n. 2014/24/UE (direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sugli appalti pubblici) che rivela un testo letteralmente identico a quello della normativa italiana di recepimento; e del resto, la controinteressata non ha sostanzialmente esplicitato per quale ragione testi normativi letteralmente identici siano suscettibili di interpretazioni divergenti e tali da dare vita ad un possibile "ampliamento" della disciplina limitativa del ricorso all'avvalimento nella normativa di recepimento rispetto al "corretto" significato desumibile dal testo della direttiva.

L'interpretazione tendente a restringere l'applicabilità della disciplina restrittiva di cui all'art. 89, 1° comma del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 alle sole prestazioni aventi ad oggetto servizi intellettuali o ad altissima specializzazione è poi già stata confutata e respinta dalla già citata giurisprudenza del Consiglio di Stato che può essere agevolmente richiamata sul punto: <<né la nozione di "esperienze professionali pertinenti" può essere riferibile solo a prestazioni che richiedono l'impiego di capacità non trasmissibili, come avviene negli appalti aventi ad oggetto servizi intellettuali o prestazioni infungibili: in disparte la considerazione per cui anche il servizio oggetto dell'appalto in questione richiede competenze professionali specialistiche e l'impiego di figure professionali qualificate, la lettera della norma e soprattutto la ratio dell'istituto non autorizzano affatto una siffatta opzione ermeneutica. Se, infatti, gli operatori economici possono soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale necessari a partecipare ad una procedura di gara "avvalendosi delle capacità di altri soggetti", ovvero mediante il

trasferimento delle risorse e dei mezzi di cui l'ausiliata sia carente, l'ipotesi contemplata dal secondo capoverso dell'articolo 89 contiene una disciplina più stringente e rigorosa, stabilendo che per i criteri relativi alle indicazioni dei titoli di studio e professionali o esperienze professionali pertinenti "tuttavia" (i.e. in deroga al regime ordinario) gli operatori possano avvalersi della capacità di altri soggetti "solo" se (i.e. a condizione che) questi ultimi eseguano direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richiesti (senza operare alcuna distinzione in base alla natura intellettuale o materiale del servizio da espletarsi)>> (Cons. Stato, sez. V, 3 aprile 2019, n. 2191, punto 6.7).

In ogni caso, si tratta di obiezione ampiamente infondata anche in fatto, visto che, nella fattispecie, il contratto di avvalimento tra ..... s.r.l. e .....21 s.r.l. risulta finalizzato a surrogare il mancato possesso del requisito di cui all'art. 3.2 del disciplinare di gara che risulta riferito alla prestazione principale che comprende esplicitamente anche la <<rappresentanza legale nel contenzioso>>, ovvero una prestazione che sicuramente presuppone il possesso di <<titoli di studio e professionali>> espressamente riportabili alla previsione di cui all'Allegato XVII, parte II, lettera f) al codice dei contratti pubblici richiamato dall'art. 89, 1° comma del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (o alla previsione di cui all'Allegato XII, parte II, lettera f) della dir. 26 febbraio 2014, n. 2014/24/UE, assolutamente identica); precisazione che rende sostanzialmente inutile ogni ulteriore discussione in ordine alla possibilità di qualificare la vicenda in termini di mero <<avvalimento di garanzia>> (apparendo indiscutibile come, al contrario, la .....21 s.r.l. abbia utilizzato il contratto di avvalimento per surrogare il mancato possesso di un requisito tecnico-professionale caratterizzato dal necessario possesso di titoli di studio) ed alla necessità di restringere l'applicazione della previsione alle sole prestazioni <<pertinenti>> al possesso di un titolo di studio o professionale (problematica che risulta irrilevante nella

fattispecie, vista l' almeno parziale attinenza della prestazione professionale alla rappresentanza legale).

Con tutta evidenza, non è poi possibile aderire alla differenziazione "quantitativa" proposta dalla controinteressata costituita (che propone una considerazione separata delle ipotesi in cui il contratto di avvalimento serva a surrogare il mancato possesso di un requisito, solo per l' entità del fatturato o delle prestazioni eseguite da chi manchi del requisito), non sussistendo alcun appiglio normativo che possa legittimare una simile conclusione.

Conclusivamente, nessuna rilevanza, nella fattispecie, può poi essere attribuita alla possibilità di sostituzione di cui all' art. 89, 3° comma del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 che presuppone la validità del contratto di avvalimento (e la sola mancanza dei requisiti in capo al soggetto deputato ad eseguire la prestazione), ovvero un requisito del tutto mancante nel caso di specie; siamo pertanto in presenza di una problematica del tutto diversa e che non può essere risolta dalla previsione in discorso, la cui applicazione alla fattispecie è (alquanto sbrigativamente) considerata scontata dalla controinteressata.

In definitiva, l' azione di annullamento deve essere accolta e deve essere disposto l' annullamento degli atti impugnati; non può poi trovare accoglimento, la domanda di declaratoria di inefficacia del contratto (non risultando in giudizio la stipulazione dell' atto negoziale), mentre deve essere accolta (in considerazione della posizione in graduatoria del R.T.I. con a capo la ricorrente) la domanda di accertamento della qualifica di aggiudicataria, fatto salvo l' esito dei controlli previsti dalla legge.

Le spese seguono la soccombenza e devono essere liquidate, come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte, come da motivazione e, per l'effetto:

- a) dispone l'annullamento degli atti impugnati;
- b) dichiara il R.T.I. con a capo la ricorrente aggiudicatario della procedura, fatto salvo l'esito dei controlli previsti dalla legge.

Condanna l'Amministrazione resistente alla corresponsione alla ricorrente della somma di € 2.000,00 (duemila/00), oltre ad IVA e CAP, a titolo di spese del giudizio.

Condanna la controinteressata costituita alla corresponsione alla ricorrente della somma di € 2.000,00 (duemila/00), oltre ad IVA e CAP, a titolo di spese del giudizio.

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

Così deciso in Firenze, a mezzo videoconferenza, nella camera di consiglio

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

**IL SEGRETARIO**