

Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza n. 2956 del 13 maggio 2010

Istituto dell'avvalimento - Necessario il contratto e la dichiarazione di impegno dell'impresa ausiliaria, ex art. 49 D.lgs. 163/06

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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 9865 del 2009, proposto da: Engco S.r.l. in P.E in Q.Cgr.Rtp, Rtp - Air Support Srl, Rtp - Promoproject Srl, Fabio Rtp - Rotella, Francesco Rtp - Schioppa, Giorgio Rtp - Papa, rappresentata e difesa dall'avv., con domicilio eletto presso in Roma, via

contro

Associazione Professionale Studio Valle Progettazioni, rappresentata e difesa dagli avv., con domicilio eletto presso in Roma, via;

nei confronti di

Sacal - Societa' Aeroportuale Calabrese Spa, rappresentata e difesa dall'avv., con domicilio eletto presso in Roma, via

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CALABRIA - CATANZARO :SEZIONE I n. 01015/2009, resa tra le parti, concernente CONCORSO DI PROGETTAZIONE PER NUOVA AEROSTAZIONE PASSEGGERI.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Sacal - Societa' Aeroportuale Calabrese Spa e di Associazione Professionale Studio Valle Progettazioni;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 aprile 2010 il Cons. Giancarlo Montedoro e uditi per le parti gli avvocati per delega dell' Avv.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L'Associazione Professionale Studio Valle Progettazioni, in persona dei contitolari arch. Silvano Valle ed arch. Gianluca Valle, in proprio e quale capogruppo mandataria del raggruppamento temporaneo con Tecno Engineering 2C S.r.l., Studio Angotti S.r.l. e dott. ing. Mariano Ansani ha proposto ricorso avverso l'atto di aggiudicazione definitiva in favore del RTP ENGCO S.r.l., Air Support S.r.l., Promoproject S.r.l., arch. Fabio Rotella, ing. Francesco Schioppa, per. ind. Giorgio Papa del concorso di progettazione relativo alla Nuova Aerostazione passeggeri - Aeroporto di Lamezia Terme, indetto dalla S.A.C.A.L., Società Aeroportuale Calabrese S.p.a. Parte ricorrente ha impugnato, altresì, la nota della S.A.C.A.L. del 22 dicembre 2008, contenente comunicazione, ai sensi dell'art. 79, comma 5 del d.lgs. n. 163/2006, dell'aggiudicazione definitiva ed i verbali della commissione di gara, nella parte in cui non è stato rilevato che il raggruppamento temporaneo aggiudicatario non avrebbe dovuto essere ammesso. In via subordinata, la stessa ha impugnato la nota prot. 8218 dell'8 dicembre 2008 con la quale il Consiglio di Amministrazione della S.A.C.A.L. ha ritenuto di acquisire elementi dimostrativi dai primi tre classificati circa il soddisfacimento del requisito previsto dal bando al punto II.1.2.

Parte ricorrente, seconda classificata nella procedura concorsuale, ha dedotto l'illegittimità degli atti impugnati e ne ha chiesto l'annullamento.

Il gravame è affidato ai seguenti motivi:

1) Violazione del principio della "par condicio", degli artt. 37, 49 e 233 del d.lgs. n. 163/2006, degli artt. 65, 66 e 70 del D.P.R. n. 599/1999, della "lex specialis", con riferimento al punto III.1 del bando, nonché eccesso di potere per carenza di istruttoria, illogicità e travisamento dei fatti.

Il raggruppamento temporaneo aggiudicatario non sarebbe in possesso dei requisiti tecnici finanziari di cui al punto III.1 del Bando, che richiede, tra l'altro, l'aver conseguito un fatturato globale per la prestazione di servizi attinenti all'architettura ed all'ingegneria, espletati negli ultimi cinque esercizi antecedenti la data di pubblicazione del bando, pari ad almeno € 4.200.000,00 e che tale requisito deve essere posseduto in misura non inferiore al 50% dal capogruppo.

La capogruppo ENGCO, per il raggiungimento del requisito richiesto, ha dichiarato di avvalersi dei requisiti relativi al fatturato posseduto dal progettista ausiliario Ing. Salvatore Bellizzi, ma la stessa avrebbe omesso di rispettare le condizioni previste dall'art. 49 del Codice dei contratti pubblici ed, in particolare, non avrebbe prodotto le dichiarazioni relative al possesso dei requisiti generali di cui all'art. 38 da parte del concorrente e dell'impresa ausiliaria ed all'obbligo di quest'ultima, verso il concorrente e la stazione appaltante, di mettere a disposizione del concorrente e della stazione appaltante per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente. Non sarebbero stati prodotti, inoltre, gli altri atti e dichiarazioni di cui ai punti e), f), g) dello stesso art. 49.

Il RTP ENGCO avrebbe dovuto, pertanto, essere escluso.

La stessa ENGCO, d'altra parte, e per ciò stesso, risulterebbe carente, quale capogruppo, del requisito del fatturato globale non inferiore al 50% dell'importo complessivo di € 4.200.000,00.

L'Associazione Professionale ricorrente ha, infine, richiesto la condanna della S.A.C.A.L. al risarcimento dei danni correlati all'eventuale mancata esecuzione dell'appalto.

2) Violazione del principio della "par condicio", degli artt. 37, 49 e 233 del d.lgs. n. 163/2006, degli artt. 65, 66 e 70 del D.P.R. n. 599/1999, della "lex specialis", con riferimento al punto III.1 del bando, nonché eccesso di potere per carenza di istruttoria, illogicità e travisamento dei fatti.

Il bando, a punto III.1 impone, tra l'altro, con riferimento alla classe/categoria IIIb, l'avvenuto espletamento, negli ultimi dieci anni antecedenti la pubblicazione del bando, di servizi di progettazione relativi a lavori per un importo di € 38.000.000 e che, in caso di raggruppamento o consorzio temporaneo, il requisito deve essere posseduto in misura non inferiore al 50% dal capogruppo, mentre la restante percentuale può essere posseduta cumulativamente dalle mandanti.

La capogruppo ENGCO, con riferimento alla classe/categoria IIIb, avrebbe dichiarato servizi di progettazione per un importo di lavori pari ad € 21.243.972,00, superiore al 50% di quanto richiesto dal punto III.1 del bando con riferimento a detta classe/categoria.

La dichiarazione sarebbe, però, smentita dalla documentazione in atti, dalla quale risulterebbe che la ENGCO, negli ultimi 10 anni, nella classe/categoria IIIb, ha eseguito servizi di progettazione per un importo di € 10.214.500,00, mentre il progettista ausiliario ing. Mario Cannaviello, di cui la ENGCO si è avvalsa al fine del requisito in discorso, avrebbe svolto progettazione di opere, in detta classe/categoria, per un importo di € 8.143.838,00.

L'importo totale dei lavori nella classe/categoria IIIb, ammonterebbe, pertanto, a soli € 18.358.338,00.

Ciò avrebbe imposto l'esclusione del raggruppamento aggiudicatario, in quanto il concorrente avrebbe reso una dichiarazione erronea. In secondo luogo, l'importo indicato non sarebbe sufficiente ad integrare il requisito richiesto in detta classe/categoria, essendo richiesto, per la capogruppo, l'espletamento di servizi di progettazione per lavori di importo parti, almeno, al 50% di € 38.000.000,00 e, quindi, ad € 19.000.000,00.

3) Violazione degli artt. 41, 42 e 48 del d.lgs. n. 163/2006, degli artt. 65, 66 e 70 del D.P.R. n. 599/1999, della "lex specialis", con riferimento al punto III.1 del bando, nonché eccesso di potere per carenza di istruttoria, illogicità e travisamento dei fatti.

La qualificazione del RTP ENGCO sarebbe stato carente anche nella fase in cui la Stazione appaltante ha proceduto alla verifica dei requisiti dichiarati dal soggetto aggiudicatario, ai sensi dell'art. 48 d.lgs. n. 163/2006 e dell'art. 70 del D.P.R. N. 554/1999.

L'ing. Francesco Schioppa ed il per. ind. Giorgio Papa, mandanti del raggruppamento ENGCO, non avrebbero fornito, in sede di verifica, prova dei requisiti in precedenza dichiarati.

In particolare, la documentazione fornita dall'ing. Schioppa risulterebbe lacunosa ed inidonea a comprovare i requisiti di qualificazione dichiarati ed evidenzierebbe palesi e reiterati errori riguardo alla quantificazione dei requisiti professionali.

4) Violazione del principio della "par condicio", della "lex specialis", con riferimento all'art. 3 del disciplinare di gara, nonché eccesso di potere per carenza di istruttoria, illogicità e travisamento dei fatti.

La Promoproject S.r.l., mandante del RTP ENGCO, in violazione dell'art. 3 del disciplinare di gara, avrebbe omesso di indicare tra i soci Valeria Martinelli.

5) In via subordinata. Violazione dei principi della “par condicio”, della segretezza delle offerte, dell’parzialità e buon andamento, degli artt. 106, 107 e 237 del d.lgs. n. 163/2006, degli artt. 1 e 3 della legge n. 241/1990, nonché eccesso di potere per illogicità, sviamento, difetto di motivazione, incompetenza.

La Stazione appaltante, successivamente all’aggiudicazione provvisoria, ha richiesto ai primi tre classificati elementi dimostrativi del soddisfacimento del requisito previsto al punto II.1.2 del bando, secondo capoverso, per il quale la progettazione deve prevedere la realizzazione di due o più corpi di fabbrica, funzionalmente autonomi ma interconnessi, trasformabili ed accrescibili in tempi successivi.

Tale richiesta non riguarderebbe, secondo la ricorrente, requisiti di partecipazione alla gara, ma caratteristiche dell’opera progettata e costituirebbe una richiesta di integrazione del progetto intervenuta dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte, formulata nei confronti di tre soli concorrenti.

La richiesta stessa implicherebbe la violazione dell’obbligo di esaminare le offerte in forma anonima, come previsto dall’art. 107 del d.lgs. n. 163/2006.

D’altra parte, la richiesta di integrazione, formulata dal Consiglio di Amministrazione, sarebbe pervenuta da organo incompetente, in quanto, secondo le previsioni dell’art. 107 menzionato, solo la commissione di gara può invitare i concorrenti, se necessario, a chiarire aspetti del progetto.

Non vi sarebbe, infine, alcun riscontro dell’avvenuto esame della documentazione integrativa e ciò implicherebbe l’assoluto difetto di motivazione riguardo alla valutazione effettuata.

Parte ricorrente, per il caso in cui dovesse risultare impossibile il conseguimento del bene della vita cui la stessa mira, ha richiesto la condanna dell’Ente intimato al risarcimento per equivalente dei danni connessi alla mancata esecuzione dell’appalto, sotto i profili del danno emergente, del lucro cessante e del danno curriculare.

Si è costituita la Società Aeroportuale Calabrese S.p.a. (S.A.CAL.), eccependo l'irricevibilità del ricorso per tardività e deducendo, comunque, l'infondatezza dei motivi dedotti dalla ricorrente.

Si è costituita, altresì la ENGCO S.r.l., in proprio e nella qualità di capogruppo del costituendo Raggruppamento Temporaneo di Progettisti con la Air Support S.r.l., la Promoproject S.r.l., l'arch. Fabio Rotella, l'ing. Francesco Schioppa ed il per. ind. Giorgio Papa, la quale, rilevata l'infondatezza del gravame, ha proposto ricorso incidentale, affidato ai seguenti motivi:

1) Violazione degli artt. 37, 41, 42, 48, comma 2, e 233 del d.gs. n. 163/2006, degli artt. 65, 66 e 70 del D.P.R. n. 554/1999, della "lex specialis", con riferimento al punto III.1 n. 2 del bando di gara, dell'art. 4, lett. A), b) e c) del disciplinare di gara, eccesso di potere per difetto e carenza di istruttoria, omessa valutazione dei presupposti di fatto e di diritto, illogicità.

Il bando di gara, al punto III.1 richiedeva l'espletamento, negli ultimi dieci anni antecedenti la data di pubblicazione del bando, di servizi di progettazione relativi a determinate classi e categorie e per certi importi

Il bando ha previsto che, in caso di raggruppamento o consorzio temporaneo, il requisito deve essere posseduto in misura non inferiore al 50% dal capogruppo, mentre la restante percentuale cumulativamente dalle mandanti.

Dalla documentazione prodotta dallo Studio Valle sarebbe emerso che i una serie di certificati concernono servizi di progettazione antecedenti alla data del 5 ottobre 1997.

Ciò avrebbe imposto l'esclusione del raggruppamento secondo classificato, sia per il mancato possesso dei requisiti, sia per l'erroneità delle dichiarazioni rese.

2) Violazione degli artt. 37, 41, 42 e 233 del D. Lgs. 163/06 ed art. 65, 66 e 70 del D.P.R. 554/99, della "lex specialis" con riferimento al punto III.1 del bando di gara, dell'art. 4 lett. a), b) e c) del disciplinare di gara, eccesso di potere per difetto

e/o carenza di istruttoria, omessa valutazione dei presupposti di fatto e di diritto, illogicità.

Il punto III.1 del bando di gara richiedeva, quale ulteriore requisito, l'avvenuto espletamento, negli ultimi dieci anni antecedenti la data di pubblicazione del bando, di almeno due servizi di progettazione relativi alle classi e categorie e per gli importi di lavori individuati nello stesso e prevedeva che, in caso di raggruppamenti temporanei costituiti o costituendi, i requisiti di cui sopra avrebbero dovuto essere integralmente posseduti da uno dei soggetti appartenenti al raggruppamento.

Il certificato all'uopo esibito dallo Studio Valle non potrebbe essere validamente considerato, in quanto uno dei servizi sarebbe riferito a prestazioni svolte in periodi antecedenti al decennio di riferimento ed in quanto il servizio stesso sarebbe stato svolto da una Associazione di Professionisti e lo Studio Valle Progettazioni potrebbe far valere solo la quota effettivamente svolta dal medesimo. Il RTP Studio Valle Progettazione, pertanto, non avrebbe potuto partecipare al concorso per la carenza dei requisiti in capo al medesimo ed avrebbe dovuto essere estromesso dalla classifica di cui alla aggiudicazione provvisoria.

Da qui l'inammissibilità del ricorso per difetto di interesse.

Le parti, successivamente, hanno prodotto memorie.

Con la sentenza impugnata, il T.A.R per la Calabria, Catanzaro, ha respinto l'eccezione di tardività del ricorso ed altresì l'eccezione di improcedibilità perché proposto da uno solo dei membri del costituendo raggruppamento secondo classificato, inoltre ha respinto i due motivi del ricorso incidentale presentato dalla ENGCO s.r.l. in ultimo ha accolto il primo motivo del ricorso principale, assorbito i tre restanti successivi motivi e ritenuto di non esaminare la censura del quinto motivo perché dedotta in via subordinata e rigettato la domanda di risarcimento danni.

Appella la ENGCO con due motivi, contestando la fondatezza dell'accoglimento del ricorso principale e riproponendo l'eccezione di improcedibilità del ricorso in quanto presentato da un solo membro del costituendo raggruppamento.

Resiste la SACAL (Società Aeroportuale calabrese) spa.

Si è costituito lo Studio Valle, contestando nel merito l'appello, rilevando che sul ricorso incidentale della ENGCO si è formato giudicato di rigetto, ed, in ultimo, riproponendo i motivi di ricorso non esaminati per assorbimento o perché proposti in via subordinata.

DIRITTO

L'appello è infondato.

Con il primo motivo di ricorso proposto dallo RTP Studio Valle si contestava la illegittimità del ricorso all'avvalimento – da parte della ENGCO – per la prova del conseguimento di un fatturato globale per la prestazione di servizi attinenti all'architettura ed all'ingegneria, espletati negli ultimi cinque esercizi antecedenti la data di pubblicazione del bando, pari ad almeno 4.200.000,00.

Il RTP ENGCO , al fine di provare il requisito anzidetto, dichiarava di avvalersi, ai sensi dell'art.49 del d.lgs. n. 163 del 2006, del fatturato posseduto dall'ing. Salvatore Bellizzi, ma senza allegare alcuna dichiarazione del progettista ausiliario, avendo l'ing. Bellizzi firmato tale dichiarazione nella qualità di Presidente del CDA ENGCO e non di progettista ausiliario, imprenditore individuale.

Mancava inoltre la presentazione del c.d. “contratto di avvalimento”.

Va ricordato , in proposito, che l'art. 49, comma 1, del d.lgs. n. 163 del 2006 dispone che il “concorrente, singolo, consorziato o raggruppato, ai sensi dell'art. 34, in relazione ad una specifica gara... può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo...avvalendosi dei requisiti di altro soggetto.”

L'art. 49 comma 2 del citato decreto, dispone che, ai fini di quanto previsto nel comma 1, il concorrente debba allegare , fra l'altro, “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” (lett . d)) ed “in originale od in copia autentica il contratto 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”.

Nessuno dei due documenti è stato prodotto.

Né la dichiarazione della ENGCO sottoscritta dall'ing. Bellizzi in qualità di Presidente del CDA della ENGCO srl può ritenersi equipollente alla documentazione mancante.

La disciplina richiede un contratto di avvalimento ed una dichiarazione di impegno proveniente dall'impresa ausiliaria per esigenze di certezza dell'amministrazione, essendo tale dichiarazione volta a soddisfare l'interesse della stazione appaltante ad evitare , dopo l'aggiudicazione , l'insorgere di contestazioni sugli obblighi dell'ausiliario.

Nell'istituto dell'avvalimento l'impresa ausiliaria non è semplicemente un soggetto terzo rispetto alla gara, dovendosi essa impegnare non soltanto verso l'impresa concorrente ausiliata ma anche verso la stazione appaltante a mettere a disposizione del concorrente le risorse di cui questi sia carente, sicché l'ausiliario è tenuto a riprodurre il contenuto del contratto di avvalimento in una dichiarazione resa nei confronti della stazione appaltante. In tale ipotesi, quindi, l'impresa ausiliaria diventa titolare passivo di un'obbligazione accessoria dipendente rispetto a quella principale del concorrente e tale obbligazione si perfeziona con l'aggiudicazione a favore del concorrente ausiliato, di cui segue le sorti.

Né le palesi carenze della documentazione offerta alla stazione appaltante possono superarsi ritenendo sussistente l'ipotesi di avvalimento infragruppo, riguardante impresa ausiliaria che appartenga al medesimo gruppo societario dell'ausiliata e non il caso, ricorrente nella specie, di impresa ausiliaria individuale, totalmente indipendente, il cui titolare, occasionalmente, rivesta carica sociale di legale rappresentante dell'impresa ausiliata.

La legale rappresentanza non può essere in alcun modo considerata situazione analoga a quella del legame infragruppo, non esonerando, quindi, in assenza di un rapporto di influenza e di dominio, dall'obbligo di documentare propriamente, nei confronti dell'amministrazione, l'impegno di mettere a disposizione le risorse dell'impresa ausiliaria, in modo da evitare l'insorgenza di contestazioni postume, successive all'aggiudicazione.

Il rapporto giuridico che lega il legale rappresentante alla società che egli rappresenta in alcun modo implica l'obbligo di mettere a disposizione i propri mezzi e le proprie risorse ed i propri personali requisiti di qualificazione, al servizio della committenza pubblica dell'azienda da lui rappresentata.

Quindi tali impegni dovevano essere formalizzati in gara.

Né l'amministrazione avrebbe dovuto chiedere chiarimenti ai sensi dell'art. 46 del d.lgs. n. 163 del 2006, trattandosi di norma operativa nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45 e non applicabile ai documenti di cui all'art. 49 citato.

Ne deriva l'infondatezza del primo motivo di appello.

In ordine al secondo motivo di appello, basterà ricordare la giurisprudenza pacifica in tema di legittimazione dell'impresa singola facente parte del raggruppamento ad impugnare l'aggiudicazione.

In proposito è stato ritenuto che il raggruppamento di imprese non è un soggetto giuridico e nemmeno un centro di imputazione di atti e rapporti giuridici distinto ed autonomo rispetto alle imprese raggruppate. Ciascuna impresa, già associata o

ancora da associare, è titolare di un autonomo interesse legittimo a conseguire l'aggiudicazione, e quindi la legittimazione deve riconoscersi in capo all'impresa singola facente parte di un' Ati , sia che il raggruppamento sia già costituito al momento della presentazione dell'offerta, sia che questo debba costituirsi all'esito dell'aggiudicazione. Ciò perché il conferimento del mandato speciale collettivo irrevocabile gratuito all'impresa capogruppo attribuisce al legale rappresentante di quest'ultima la rappresentanza processuale nei confronti dell'amministrazione e delle imprese terze controinteressate ma non preclude o limita la facoltà delle singole imprese mandanti di agire in giudizio singulatim, mancando una espressa previsione in tal senso nella normativa comunitaria di riferimento ed in quella nazionale di recepimento, non solo in materia di appalti di servizi, ma anche in tema di appalti di lavori e forniture (ex plurimis Consiglio Stato , sez. V, 12 febbraio 2007 , n. 593).

È pacifico, infatti, che ciascuna impresa, già associata o ancora da associare, è titolare di un autonomo interesse legittimo a conseguire l'aggiudicazione, e quindi (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 23 gennaio 2002, n. 397) la legittimazione deve riconoscersi in capo all'impresa singola facente parte di un'ATI., sia che il raggruppamento sia già costituito al momento della presentazione dell'offerta, sia che questo debba costituirsi all'esito dell'aggiudicazione.

Ne consegue il rigetto anche del secondo motivo di appello.

Le spese possono compensarsi in presenza di giusti ed eccezionali motivi stante la particolarità del caso di specie.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, Sezione Sesta, definitivamente pronunciando, nel contraddittorio delle parti, sul ricorso in epigrafe specificato , così provvede:

Respinge l'appello.

Compensa integralmente le spese del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/05/2010

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

Il Dirigente della Sezione