

Nell'ipotesi in cui un'impresa non abbia presentato un'offerta a causa della presenza di specifiche che asserisce discriminatorie nei documenti relativi al bando di gara o nel disciplinare, le quali le avrebbero impedito di essere in grado di fornire l'insieme delle prestazioni richieste, essa avrebbe tuttavia il diritto di presentare un ricorso direttamente avverso tali specifiche e ciò prima ancora che si concluda il procedimento di aggiudicazione dell'appalto pubblico interessato. e' corretto affermare che un bando che < nella misura in cui limita eccessivamente l'istituto dell'avvalimento, consentendolo solo per due requisiti di ordine tecnico (che devono essere posseduti al 75% in capo all'impresa che partecipa alla gara) ed escludendolo totalmente per i restanti sei requisiti tecnici richiesti nonché per tutti i requisiti di carattere economico-finanziario>, si pone in violazione della normativa comunitaria di massima partecipazione alle gare pubbliche cre-ando una disparità di trattamento tra gli operatori economici del settore circoscrivendo eccessivamente il ventaglio delle imprese partecipanti.?

Quanto alla mancata presentazione della offerta di gara da parte della impresa ricorrente in primo grado, sulla quale la Regione formula una eccezione di inammissibilità del gravame, la Sezione ritiene di aderire all'orientamento giurisprudenziale secondo il quale, **quando la partecipazione alla procedura è preclusa dallo stesso bando, sussiste l'interesse a gravare la relativa de-terminazione a prescindere dalla mancata presentazione della domanda**, posto che la presentazione della stessa si risolve in un adempimento formale inevitabilmente seguito da un atto di esclusione, con un risultato analogo a quello di un'originaria pre-clusione e perciò privo di una effettiva utilità pratica_ sarebbe eccessivo esigere che un'impresa che asserisca di essere lesa da clausole discriminatorie contenute nei documenti relativi al bando di gara, prima di poter utilizzare le procedure di ricorso previste dalla direttiva 89/665 contro tali specifiche, presenti un'offerta nell'ambito del procedimento di aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi, quando le probabilità che le venga aggiudicato tale appalto sarebbero nulle a causa dell'esistenza delle dette specifiche._ avendo l'istituto dell'avvalimento portata generale nel diritto comunitario, al fine di garantire il principio di libertà di concorrenza e di rimuovere ogni ostacolo alla libera prestazione dei servizi, una lettura restrittiva del codice dei contratti ed in specie dell'art.49, settimo comma (nella formulazione vigente al momento del bando), tale da snaturare l'istituto, comporta una evidente contrarietà alla normativa comunitaria finendo per limitare il principio della massima partecipazione alle procedure di gara e di par condicio dei concorrenti.

La decisione numero 1624 del 19 marzo 2009, emessa dal Consiglio di stato merita di essere segnalata anche per alcuni importanti principi in tema di avvalimento in essa presenti:

< In punto di fatto deve rilevarsi che il bando di gara prevede, quanto ai requisiti di capacità tecnica lettera o) e lettera v) l'avvalimento ai sensi dell'articolo 49 del d.l.gvo 163/2006, però circoscrivendolo in ambiti assai ristretti in quanto i requisiti di capacità dovevano essere posseduti dall'impresa che partecipava alla gara in percentuale non inferiore al 75%.

Inoltre il bando limitava la partecipazione alla procedura concorrenziale ai soli operatori in possesso del certificato di approvazione per la manutenzione di linea degli elicotteri rilasciata dall'autorità aeronautica competente in conformità del regolamento CE 2042/2003 allegato 2, parte 145.

Di fatto è stato precluso ad alcuni operatori, tra cui la ricorrente in primo grado, di partecipare alla gara avvalendosi di un certificato posseduto da un soggetto terzo.

6.3. Secondo la Regione la qualificazione del servizio, quale si evince dalla lettura del capitolato speciale allegato al bando di gara, alla stregua di un intervento di emergenza e di protezione civile, con elevato rischio 365 giorni all'anno, fa rientrare l'appalto tra quelli la cui natura giustifica la scelta dell'Amministrazione di restringere il ricorso all'istituto dell'avvalimento tanto più che, non solo la normativa nazionale, ma anche quella comunitaria non ne richiedono l'applicazione automatica e senza limiti tanto che gli articoli che vengono in rilievo si esprimono in termini di possibilità.

7. Tali argomentazioni della Regione Liguria non vengono condivise.

Il bando infatti nella misura in cui limita eccessivamente l'istituto dell'avvalimento, consentendolo solo per due requisiti di ordine tecnico (che devono essere posseduti al 75% in capo all'impresa che partecipa alla gara) ed escludendolo totalmente per i restanti sei requisiti tecnici richiesti nonché per tutti i requisiti di carattere economico-finanziario, si pone in violazione della normativa comunitaria di massima partecipazione alle gare pubbliche creando una disparità di trattamento tra gli operatori economici del settore circoscrivendo eccessivamente il ventaglio delle imprese partecipanti.

E' pur vero che l'articolo 49 settimo comma del codice degli appalti, (ora soppresso interamente dal d.lgs. 152/2008 con il c.d. terzo decreto correttivo) ammette che il bando di gara possa prevedere, con riguardo ad appalti di particolare natura o importo, che il ricorso all'avvalimento sia limitato solo ai requisiti economici o a quelli tecnici, oppure all'integrazione di un preesistente requisito tecnico o economico già in possesso dell'impresa avvalente in misura o percentuale indicata dal bando.

La previsione tuttavia deve essere messa in relazione con la normativa comunitaria di riferimento posta dagli artt. 47, par. 2, e 48, par. 3, della direttiva 2004/18/CE, nonché dall'art. 54, par. 5 e 6 della direttiva 2004/17/CE che riconoscono agli operatori economici il diritto di avvalersi della capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei loro legami e senza alcuna limitazione.

La interpretazione fornita in sede comunitaria infatti è nel senso che poichè "la sola condizione è quella di permettere all'amministrazione aggiudicatrice di verificare che il candidato/offertore disporrà delle capacità richieste per l'esecuzione dell'appalto", le limitazioni al diritto di avvalersi della capacità di altri soggetti, previste dall'art. 49, commi 6 e 7, del d.lgs. n. 163/2006, "sono in contrasto con le citate disposizioni delle direttive appalti pubblici" (cfr. nota della Commissione delle Comunità europee n. 2007/2309/C (2208) 0108 in data 30 gennaio 2008, inviata al Ministro degli affari esteri, con cui si è iniziata la procedura di infrazione ai sensi dell'art. 226 del Trattato, richiamata in Cons. Stato, VI, 11.7.2008 n.3499).>

A cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA

N. 1624/09 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 2191 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione

ANNO 2007

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 2191/2007 proposto da Regione Liguria, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli Avvocati Barbara Baroli e Gigliola Benghi ed elettivamente domiciliata in Roma, presso gli uffici della Regione Liguria, piazza Madama n.9;

CONTRO

ALFA spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'Avvocato

Federico Tedeschini e Pierpaolo Salvatore Pugliano ed elettivamente domiciliata in Roma, nello studio del primo, in Largo Messico n.7;
e nei confronti di BETA spa in proprio e quale mandataria di RTI con BETADUE s.r.l. BETATRE Center s.r.l., BETAQUATTRO s.r.l, BETACINQUE s.r.l. e BETASEI s.a.s. con gli Avvocati Andrea Gazzotti e Nicola Petracca e domiciliata in Roma piazza G.da Fabriano n.3;

per la riforma

della sentenza del TAR Liguria I Sezione, n.8. del 2007 ;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle controparti come in epigrafe;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 25 nov. 2008 il consigliere Roberto Capuzzi e uditi per le parti gli Avvocati Barolli e Gazzotti;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

La Regione Liguria chede la riforma della sentenza del TAR Liguria concernente la indizione di una gara relativa all'affidamento del servizio aereo per la prevenzione e l'estinzione degli incendi boschivi.

La sentenza ha ritenuto:

- ammissibile il ricorso pur essendosi la controinteressata ALFA limitata ad impugnare il bando di gara senza avere presentato domanda di partecipazione alla gara;
- illegittimo il bando di gara nella parte in cui impone la dimostrazione, a carico di ogni singolo partecipante, del possesso in proprio del certificato di approvazione per la

manutenzione degli elicotteri, vietando che il suddetto requisito tecnico possa essere provato mediante avvalimento o tramite il ricorso all'istituto del raggruppamento verticale.

I mezzi di gravame sono affidati a:

inammissibilità del ricorso per difetto di posizione legittimante e difetto di interesse.

Erroneità della sentenza per violazione e falsa applicazione della disciplina contenuta nel Reg. CE 2042/2003 e nelle circolari ENAC 10 febb. e 18 nov. 2004.

Violazione e falsa applicazione dell'art.49, 7° comma del d.lgs. 163/2006. Difetto assoluto di motivazione.

Si è costituita la ALFA spa contestando le argomentazioni difensive sostenute nell'appello.

E' intervenuta la BETA s.p.a., aggiudicataria dell'appalto, chiedendo l'annullamento del sentenza del TAR Liguria ed il rigetto del ricorso in primo grado.

Sono state depositate numerose memorie difensive.

Alla pubblica udienza del 25.11.2008 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. L'appello non merita accoglimento.

2. La Regione Liguria chiede la riforma della sentenza del TAR Liguria resa in forma semplificata affidandosi a due articolati mezzi.

Il primo concerne la ammissibilità del gravame proposto in primo grado dalla Edilmediterranea che non aveva presentato domanda di partecipazione alla gara.

Al riguardo la Regione Liguria richiama l'A.P. n. 1 del 2003 che prevede che l'immediata impugnazione del bando e della lettera di invito è ammessa solo a condizione che il ricorrente presenti previamente domanda di partecipazione, così radicando un interesse

attuale a ricorrere contro il regolamento di gara.

Il secondo concerne l'erroneità della sentenza là dove ha richiamato, come parametro normativo di riferimento e norma violata dal bando, il Reg. CE n.2042/2003 e le connesse circolari ENAC 10 febb. e 18 nov. 2004 nonché l'art.49, 7° comma del d.lgs. 163/2006.

Espone la Regione Liguria che il Reg. di cui sopra, essendo finalizzato ad individuare regole tecniche e procedure amministrative comuni ai fini del mantenimento dello stato di aeronavigabilità di prodotti aeronautici immatricolati in uno stato membro, ha come destinatari gli operatori del settore e non le Pubbliche Amministrazioni e quindi non concerne l'istituto dell'avvalimento dei requisiti tecnici in sede di gara ex art. 49 D.lgs n.163 del 2006.

Tale ultima normativa, nonché quella comunitaria che disciplina gli appalti di servizi, ammettono la possibilità di restringere il ricorso all'istituto dell'avvalimento da parte dell'amministrazione dando ingresso a considerazioni che attengono alla natura dell'appalto.

Nel caso in esame tale restringimento era giustificato in relazione alla natura e caratteristiche del servizio di emergenza da svolgere, relativo allo spegnimento degli incendi boschivi.

Infine sia l'appellante che l'interveniente sostengono che la sentenza del primo giudice sarebbe carente di motivazione.

4. L'appello tuttavia non merita accoglimento.

5. La doglianza di difetto di motivazione è infondata in quanto il TAR Liguria ha fornito una sintetica ma esauriente esposizione dei motivi che l'hanno indotto a ritenere infondato il gravame sia con riferimento alla ammissibilità della domanda in primo grado

sia con riferimento alla violazione del principio dell'avvalimento.

E' il caso di ricordare che, ai sensi degli artt.21 e 26 della legge n.1034/1971, in caso di sentenza semplificata non è richiesta una puntuale motivazione tipica delle normali sentenze che definiscono il giudizio ma è sufficiente che il provvedimento del giudice amministrativo sia solo succintamente motivato .

Come è stato rilevato in giurisprudenza non vi è infatti alcuna interdipendenza tra la semplificazione della motivazione e la sommarietà della cognizione, la prima essendo strumentale all'esigenza di garantire una ragionevole durata del processo ai sensi dell'art.111, comma 2 Cost. e come tale essendo compatibile con il principio di effettività della tutela giurisdizionale (Corte Cost., 10 nov. 1999 n.427; Cons. Stato, Sez. V, n.268 del 26.1.2001; V, 8 sett. 2003 n.5032).

5.1 Quanto alla mancata presentazione della offerta di gara da parte della impresa ricorrente in primo grado, sulla quale la Regione formula una eccezione di inammissibilità del gravame, la Sezione ritiene di aderire all'orientamento giurisprudenziale secondo il quale, quando la partecipazione alla procedura è preclusa dallo stesso bando, sussiste l'interesse a gravare la relativa determinazione a prescindere dalla mancata presentazione della domanda, posto che la presentazione della stessa si risolve in un adempimento formale inevitabilmente seguito da un atto di esclusione, con un risultato analogo a quello di un'originaria preclusione e perciò privo di una effettiva utilità pratica (Cons. Stato, Sez. V, 8 agosto 2005 n.4207 e 4208; V, n.7341, 11 novembre 2004; V, 11 febbraio 2005 n.389; IV, 30 maggio 2005 n.2804).

In tal senso è la decisione 12.2.2004 – C 230/02 della Corte di Giustizia C.E. che ha rilevato che nell'ipotesi in cui un'impresa non abbia presentato un'offerta a causa della presenza di specifiche che asserisce discriminatorie nei documenti relativi al bando di

gara o nel disciplinare, le quali le avrebbero impedito di essere in grado di fornire l'insieme delle prestazioni richieste, essa avrebbe tuttavia il diritto di presentare un ricorso direttamente avverso tali specifiche e ciò prima ancora che si concluda il procedimento di aggiudicazione dell'appalto pubblico interessato.

Infatti, secondo la Corte, sarebbe eccessivo esigere che un'impresa che asserisca di essere lesa da clausole discriminatorie contenute nei documenti relativi al bando di gara, prima di poter utilizzare le procedure di ricorso previste dalla direttiva 89/665 contro tali specifiche, presenti un'offerta nell'ambito del procedimento di aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi, quando le probabilità che le venga aggiudicato tale appalto sarebbero nulle a causa dell'esistenza delle dette specifiche.

Sulla base di quanto sopra discende che non è più sostenibile l'esigenza della presentazione della domanda di partecipazione nell'ipotesi in cui le prescrizioni di un bando di gara comunitaria siano in modo assoluto preclusive della partecipazione a determinati soggetti, aventi in astratto titolo a parteciparvi (Cons. Stato IV, n.2084 del 2005).

Il motivo pertanto deve essere respinto.

6. Quanto al secondo motivo di appello occorre tenere conto che la sentenza ha censurato il bando di gara:

a) richiamando il Regolamento (CE) n.2042/2003 e due circolari ENAC, il primo intitolato: “mantenimento della navigabilità di aeromobili e di prodotti aeronautici delle imprese e del personale autorizzato a tali mansioni”;

b) richiamando l'articolo 49 del d.lgs. 163 del 2006 e censurando il bando nella parte in cui impone ad ogni singolo partecipante di dimostrare il possesso, in proprio, del certificato di approvazione per la manutenzione degli elicotteri, vietando che il suddetto

requisito tecnico possa essere provato mediante avvalimento o tramite il ricorso all'istituto del raggruppamento verticale.

6.1. Il richiamo sub a), operato dal primo giudice al Regolamento n.2042/2003 ed alle relative circolari ENAC, non è pertinente atteso che tale normativa non fa menzione alcuna dell'istituto dell'avvalimento, nè costituisce la fonte in cui vengono riposte le regole conformative della gara, ponendo solo un insieme di disposizioni finalizzate ad uniformare negli stati membri regole tecniche e procedure amministrative comuni ai fini del mantenimento della navigabilità di prodotti aeronautici.

6.2. Il richiamo sub b) invece coglie nel segno e giustifica l'esito di accoglimento del gravame proposto in primo grado.

In punto di fatto deve rilevarsi che il bando di gara prevede, quanto ai requisiti di capacità tecnica lettera o) e lettera v) l'avvalimento ai sensi dell'articolo 49 del d.l.gvo 163/2006, però circoscrivendolo in ambiti assai ristretti in quanto i requisiti di capacità dovevano essere posseduti dall'impresa che partecipava alla gara in percentuale non inferiore al 75%.

Inoltre il bando limitava la partecipazione alla procedura concorsuale ai soli operatori in possesso del certificato di approvazione per la manutenzione di linea degli elicotteri rilasciata dall'autorità aeronautica competente in conformità del regolamento CE 2042/2003 allegato 2, parte 145.

Di fatto è stato precluso ad alcuni operatori, tra cui la ricorrente in primo grado, di partecipare alla gara avvalendosi di un certificato posseduto da un soggetto terzo.

6.3. Secondo la Regione la qualificazione del servizio, quale si evince dalla lettura del capitolato speciale allegato al bando di gara, alla stregua di un intervento di emergenza e di protezione civile, con elevato rischio 365 giorni all'anno, fa rientrare

l'appalto tra quelli la cui natura giustifica la scelta dell'Amministrazione di restringere il ricorso all'istituto dell'avvalimento tanto più che, non solo la normativa nazionale, ma anche quella comunitaria non ne richiedono l'applicazione automatica e senza limiti tanto che gli articoli che vengono in rilievo si esprimono in termini di possibilità.

7. Tali argomentazioni della Regione Liguria non vengono condivise.

Il bando infatti nella misura in cui limita eccessivamente l'istituto dell'avvalimento, consentendolo solo per due requisiti di ordine tecnico (che devono essere posseduti al 75% in capo all'impresa che partecipa alla gara) ed escludendolo totalmente per i restanti sei requisiti tecnici richiesti nonché per tutti i requisiti di carattere economico-finanziario, si pone in violazione della normativa comunitaria di massima partecipazione alle gare pubbliche creando una disparità di trattamento tra gli operatori economici del settore circoscrivendo eccessivamente il ventaglio delle imprese partecipanti.

E' pur vero che l'articolo 49 settimo comma del codice degli appalti, (ora soppresso interamente dal d.lgs. 152/2008 con il c.d. terzo decreto correttivo) ammette che il bando di gara possa prevedere, con riguardo ad appalti di particolare natura o importo, che il ricorso all'avvalimento sia limitato solo ai requisiti economici o a quelli tecnici, oppure all'integrazione di un preesistente requisito tecnico o economico già in possesso dell'impresa avvalente in misura o percentuale indicata dal bando.

La previsione tuttavia deve essere messa in relazione con la normativa comunitaria di riferimento posta dagli artt. 47, par. 2, e 48, par. 3, della direttiva 2004/18/CE, nonché dall'art. 54, par. 5 e 6 della direttiva 2004/17/CE che

riconoscono agli operatori economici il diritto di avvalersi della capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei loro legami e senza alcuna limitazione.

La interpretazione fornita in sede comunitaria infatti è nel senso che poichè "la sola condizione è quella di permettere all'amministrazione aggiudicatrice di verificare che il candidato/offerdente disporrà delle capacità richieste per l'esecuzione dell'appalto", le limitazioni al diritto di avvalersi della capacità di altri soggetti, previste dall'art. 49, commi 6 e 7, del d.lgs. n. 163/2006, "sono in contrasto con le citate disposizioni delle direttive appalti pubblici" (cfr. nota della Commissione delle Comunità europee n. 2007/2309/C (2208) 0108 in data 30 gennaio 2008, inviata al Ministro degli affari esteri, con cui si è iniziata la procedura di infrazione ai sensi dell'art. 226 del Trattato, richiamata in Cons. Stato, VI, 11.7.2008 n.3499).

Su tali premesse deve concludersi che avendo l'istituto dell'avvalimento portata generale nel diritto comunitario, al fine di garantire il principio di libertà di concorrenza e di rimuovere ogni ostacolo alla libera prestazione dei servizi, una lettura restrittiva del codice dei contratti ed in specie dell'art.49, settimo comma (nella formulazione vigente al momento del bando), tale da snaturare l'istituto, comporta una evidente contrarietà alla normativa comunitaria finendo per limitare il principio della massima partecipazione alle procedure di gara e di par condicio dei concorrenti.

Nei termini su esposti l'appello deve essere respinto e la sentenza del primo giudice deve essere confermata.

Spese ed onorari attesa la particolarità delle questioni interpretative affrontate possono essere compensati.

PQM

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione Quinta, definitivamente decidendo, respinge l'appello e conferma la sentenza di primo grado.

Compensa spese ed onorari.

Ordina la presente decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 25.11.2008 con l'intervento dei signori

Magistrati:

Stefano Baccarini	Presidente
Vito Poli	Consigliere
Nicola Russo	Consigliere
Adolfo Metro	Consigliere
Roberto Capuzzi	Consigliere rel. est.
L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
f.to Roberto Capuzzi	f.to Stefano Baccarini

IL SEGRETARIO

f.to Gaetano Navarra

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il 19.03.2009

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

P. IL DIRIGENTE

f.to Livia Patroni Griffi

