

Appalti - Avvalimento - Disciplina comunitaria e nazionale (art. 49 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163) - Costituisce una rilevante eccezione al principio generale di possedere in proprio i requisiti di qualificazione - Prova dell'effettiva disponibilità

Autore: sentenza

In: Giurisprudenza amministrativa

In forza del principio dell'avvalimento, inizialmente affermato dalla giurisprudenza comunitaria con riguardo agli appalti di servizi e successivamente generalizzato ed esteso a tutti i pubblici appalti dalla direttiva unificata n. 18/2004 (art. 47, paragrafo 2, nonché art. 48, paragrafo 3) ed oggi disciplinato nel nostro ordinamento dall'art. 49 del codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163), il soggetto che partecipa ad un appalto di servizi può avvalersi, al fine di comprovare i requisiti di capacità tecnica, economica e finanziaria, dei requisiti di altri soggetti terzi.

La Corte di Giustizia C.E. ha precisato che ciò è possibile a condizione che l'impresa avvalente sia in grado di provare di disporre effettivamente dei mezzi di soggetti terzi necessari all'esecuzione dell'appalto, spettando al giudice nazionale valutare la pertinenza degli elementi di prova prodotti a tal fine, con la precisazione che, "nell'ambito di tale controllo, la direttiva 92/50/CE non permette né di escludere a priori determinate modalità di prova né di presumere che il prestatore disponga dei mezzi di terzi basandosi sulla sola circostanza che esso fa parte di uno stesso gruppo di imprese".

Considerato che la facoltà di avvalimento costituisce una rilevante eccezione al principio generale che impone che i concorrenti ad una gara pubblica possiedano in proprio i requisiti di qualificazione ritiene il Collegio che la prova circa l'effettiva disponibilità dei mezzi dell'impresa avvalsa debba essere fornita in modo rigoroso, mediante la presentazione di un apposito impegno da parte di quest'ultima, riferito allo specifico appalto e valido per tutta la durata della prestazione dedotta in gara, e che non sia sufficiente - a tal fine - la mera allegazione dei legami societari che avvincono i due soggetti, non fosse altro che per l'autonomia contrattuale di cui godono le singole società del gruppo.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio

(Sezione I)

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 6586 del 2007, proposto da *****, da *****à Pescatore s.r.l. e da *****à Edil ***** di Di ***** s.n.c. (in proprio e quali capogruppo mandataria - la prima - e mandanti, le rimanenti due, del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese), in persona dei rispettivi legali rappresentanti, rappresentate e difese dagli avv.ti *****, ***** e *****, presso lo studio del primo elettivamente domiciliato, in Roma, via Guido d'Arezzo n. 18

contro

la Presidenza del Consiglio dei Ministri - Commissario delegato ex O.P.C.M. 3270 del 12 marzo 2003 per il superamento dell'emergenza socio-economico-ambientale del bacino idrografico del fiume Sarno, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso la quale è elettivamente domiciliata, in Roma, alla via dei Portoghesi n. 12

e nei confronti di:

- Consorzio Stabile AEDARS s.c. a r.l.;
- COMER S.p.A.;
- Selca S.p.A.;
- CO.ME.AP – Consorzio Mediterraneo Appalti Soc. Consortile;

in proprio e quali capogruppo mandataria (la prima) e mandanti, le rimanenti tre, del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese, in persona dei rispettivi legali rappresentanti, rappresentate e difese dall'avv. *****, presso il cui studio sono elettivamente domiciliate, in Roma, Corso Rinascimento n. 11;

per l'annullamento

- del verbale di gara del 1° giugno 2006, nella parte in cui l'A.T.I. controinteressata viene ammessa a partecipare alla gara, viene graduata al primo posto e viene dichiarata provvisoriamente aggiudicataria;
- della nota della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Commissario delegato ex O.P.C.M. 3270 del 12 marzo 2003 per il superamento dell'emergenza socio-economico-ambientale del bacino idrografico del fiume Sarno, prot. n. 9083 del 4 luglio 2007;
- del verbale di gara del 23 maggio 2007;
- nonché di ogni altro atto connesso, presupposto e consequenziale.

Visto il ricorso con la relativa documentazione;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Amministrazione intimata e della predetta parte controinteressata;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 7 novembre 2007 il dr. *****; uditi altresì i procuratori delle parti come da verbale d'udienza.

Ritenuto in fatto ed in diritto quanto segue:

FATTO

Con bando del 16 marzo 2007, la Presidenza del Consiglio dei Ministri - Commissario delegato ex O.P.C.M. 3270 del 12 marzo 2003 per il superamento dell'emergenza socio-economico-ambientale del bacino idrografico del fiume Sarno indicava, con procedura aperta, una gara per l'aggiudicazione, al prezzo più basso, dei lavori di bonifica e rimozione dei sedimenti inquinanti, nonché di sistemazione idraulica del predetto bacino, limitatamente al tratto finale compreso fra la traversa di Scafati e la foce del fiume Sarno, per un importo complessivo pari a € 33.457.087,12.

Evidenzia parte ricorrente che il bando di gara imponeva, nell'ambito delle condizioni di partecipazione, di dimostrare l'iscrizione all'Albo Nazionale delle imprese esercenti servizi e gestione dei rifiuti ex l. 22/1997; mentre il capitolato di gara onerava i partecipanti di accludere alla domanda di partecipazione attestazione rilasciata dall'Albo Nazionale delle imprese esercenti servizi di gestione rifiuti ai sensi del D.Lgs. 22/1997 di iscrizione:

- nella categoria 9, classe B (bonifica siti) ai sensi della vigente normativa regolante il settore;
- nella categoria 4, classe B (raccolta e trasporto rifiuti speciali non pericolosi prodotti da terzi) ai sensi della vigente normativa regolante il settore.

Soggiunge inoltre parte ricorrente che, secondo quanto ulteriormente previsto dall'anzidetto disciplinare, i concorrenti avrebbero dovuto dichiarare, in sede di offerta, le lavorazioni, ai sensi dell'art. 118 del D.Lgs. 163/2006, eventualmente oggetto di concessione in subappalto o a cottimo.

Assume parte ricorrente che una delle mandanti del costituendo raggruppamento proclamato aggiudicatario non abbia presentato, nel termine previsto dal bando di gara, la prescritta documentazione comprovante l'iscrizione all'Albo nazionale gestori rifiuti per la categoria 9, classe B (requisito di ammissibilità dell'offerta), avendo essa invece prodotto una mera dichiarazione attestante l'avvenuta

presentazione della domanda di iscrizione di che trattasi.

L'ammissione alla gara del raggruppamento controinteressato sarebbe illegittima, secondo quanto sostenuto da parte ricorrente, in ragione dei seguenti argomenti di doglianza:

1) Violazione del bando e del disciplinare di gara. Carenza di un requisito di ammissibilità dell'offerta e di partecipazione alla gara, di cui al punto III del disciplinare di gara e III.2 di bando di gara. Eccesso di potere. Violazione del giusto procedimento. Irragionevolezza. Illogicità e disparità di trattamento. Violazione dei principi in materia di affidamento dei contratti con la P.A. Difetto di istruttoria. Sviamento. Difetto di motivazione. Violazione della par condicio. Violazione del principio di tutela dell'affidamento dei soggetti partecipanti alla gara.

Ribadisce parte ricorrente che la costituenda A.T.I. proclamata provvisoriamente aggiudicataria (e, segnatamente, la mandante Selca S.p.A) non ha prodotto, nel termine indicato dalla lex specialis, la prescritta attestazione di avvenuta iscrizione per la categoria 9 (bonifica siti) all'Albo Nazionale delle imprese esercenti servizi di gestione dei rifiuti ai sensi del D.Lgs. 22/1997: per l'effetto assumendosi - in ragione del carattere vincolante assunto dalla previsioni di bando ove recanti prescrizioni dettate a pena di esclusione e/o di inammissibilità della domanda di partecipazione - l'illegittimità della determinazione di ammissione alla gara de qua.

2) Violazione del bando e del punto "5" del disciplinare di gara e dell'art. 118 del D.Lgs. 163/206 ivi richiamato. Violazione dell'art. 49 del capitolato speciale d'appalto posto a base di gara. Violazione dei criteri di ammissibilità dell'offerta. Carenza di un ulteriore requisito di ammissibilità di partecipazione alla gara di cui al punto III.B del disciplinare di gara e III.2 del bando. Eccesso di potere. Violazione del giusto procedimento. Violazione dei principi in materia di affidamento dei contratti con la P.A. Difetto di istruttoria. Sviamento. Irragionevolezza. Illogicità e disparità di trattamento. Difetto di motivazione. Violazione della par condicio. Violazione del principio di tutela dell'affidamento dei soggetti partecipanti alla gara.

Nel rilevare come Selca S.p.A. non sia titolare di iscrizione all'Albo Nazionale delle imprese esercenti servizi di gestione dei rifiuti nella categoria 4[^], classe B, assume parte ricorrente che essa abbia omesso di produrre, in sede di presentazione dell'offerta, la prescritta dichiarazione recante indicazione delle lavorazioni (nonché della misura delle stesse) oggetto di subappalto in favore di altra società (Trincone s.r.l.).

Tale dichiarazione, secondo quanto sostenuto dalla parte ricorrente, sarebbe imposta dalla lex specialis di gara a pena di esclusione: per l'effetto evidenziandosi la presenza di un ulteriore elemento di illegittimità della determinazione con la quale il costituendo raggruppamento - poi proclamato aggiudicatario - è stato ammesso a partecipare alla procedura di selezione all'esame.

Conclude parte ricorrente insistendo per l'accoglimento del gravame, con conseguente annullamento degli

atti oggetto di censura.

L'Amministrazione intimata, costituitasi in giudizio, ha eccepito l'infondatezza delle esposte doglianze, invocando la reiezione dell'impugnativa.

Analoghe considerazioni sono state rassegnate dal Consorzio Stabile AEDARS, capogruppo mandatario del controinteressato raggruppamento, costituitosi in giudizio.

Quest'ultimo ha poi proposto ricorso incidentale, impugnando il bando di gara ed il disciplinare nella parte in cui - quanto al requisito relativo all'abilitazione all'attività di bonifica siti - non prevedono espressamente strumenti equipollenti (previsti dalla disciplina in vigore) all'attestato di iscrizione; ed ulteriormente contestando la mancata esclusione dalla selezione del R.T.I. ricorrente.

La domanda di sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato, dalla parte ricorrente proposta in via incidentale, è stata da questo Tribunale accolta con ordinanza n. 935, pronunciata nella Camera di Consiglio del 25 luglio 2007, con effetto fino all'odierna udienza di trattazione della controversia, fissata ai sensi dell'art. 23-bis della legge 6 dicembre 1971 n. 1034.

DIRITTO

1. Va innanzi tutto premesso, sotto il profilo metodologico-espositivo, che la Sezione intende preliminarmente procedere all'esame del ricorso principale.

Costituisce un costante principio elaborato dalla giurisprudenza (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 29 novembre 2006 n. 6990; sez. V, 8 maggio 2002 n. 2468, 25 marzo 2002 n. 1695 e 24 novembre 1997 n. 1367; T.A.R. Lazio, sez. I, 25 luglio 2006 n. 6372; T.A.R. Lazio, sez. III-ter, 21 febbraio 2007 n. 1527; T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. III, 18 gennaio 2006 n. 132 e 17 novembre 2005 n. 1720), nell'ipotesi in cui ad una gara pubblica abbiano partecipato - come nella fattispecie in esame - due soli concorrenti, che, in caso di fondatezza sia del ricorso principale che di quello incidentale, in quanto entrambi rivolti ad ottenere una declaratoria di esclusione dalla gara di controparte, occorre procedere all'annullamento di tutti gli atti impugnati ed al rinnovo delle operazioni concorsuali.

Ciò in quanto il ricorrente principale vanta comunque, nell'ipotesi di riconosciuta fondatezza del gravame incidentale, un interesse (cd. Strumentale) al rinnovo delle operazioni di gara; mentre il ricorrente incidentale, dal canto suo, con l'accoglimento della propria domanda, otterrebbe comunque un risultato utile, consistente nella possibilità di partecipare al procedimento rinnovato dall'Amministrazione.

Diversamente, ove alla gara abbiano preso parte più di due concorrenti, assume priorità logica l'esame del ricorso incidentale diretto a contestare l'ammissione alla procedura selettiva del ricorrente principale.

L'esposto orientamento trova condivisibili profili giustificativi ove si consideri che, nel caso in cui alla gara per l'affidamento di un appalto pubblico partecipino due soli concorrenti (ovvero, dopo l'esclusione degli altri partecipanti, rimangano in gara due sole imprese), non vi è alcuna necessità che il Tribunale esamini per primo il ricorso incidentale, giacché, quand'anche quest'ultimo fosse accolto, residuerebbe comunque l'interesse strumentale, da parte del ricorrente principale, a vedere esaminati (ed eventualmente accolti) i propri motivi di ricorso, onde ottenere l'esclusione dalla gara dell'aggiudicatario-ricorrente incidentale e, quindi, l'annullamento dell'aggiudicazione pronunciata in favore del medesimo, in vista della ripetizione della stessa gara da parte dell'amministrazione, alla quale entrambi i ricorrenti potrebbero nuovamente partecipare.

Nella vicenda sottoposta all'esame del Collegio, le censure dedotte dal raggruppamento aggiudicatario-ricorrente incidentale sono volte a contestare (non già il titolo di legittimazione a partecipare alla gara delle imprese ricorrenti, quanto) il bando stesso di gara, ove suscettibile di interpretazione (conforme alla prospettazione della ricorrente principale) tale da determinare l'esclusione, per difetto di taluno dei requisiti di ammissione, del costituendo raggruppamento AEDARS.

Ne consegue che non può esimersi il Collegio dal procedere alla preliminare disamina delle doglianze esposte con l'atto introduttivo del giudizio: alla sola (eventuale) riscontrata fondatezza delle quali accedendo, con carattere di strumentale rilevanza, l'obbligo di procedere all'esame delle censure esposte dalla ricorrente incidentale.

2. Ciò preliminarmente osservato, si rammenta che, con la citata ordinanza 395/2007, la Sezione, avuto riguardo all'esigenza di acquisire documentati elementi di giudizio rilevanti ai fini del decidere, ha ordinato all'intimata Amministrazione di depositare in giudizio una documentata relazione di chiarimenti (corredata da copia autentica della documentazione presentata dal raggruppamento aggiudicatario a corredo dell'offerta) nella quale venisse posto in evidenza il possesso, da parte di quest'ultimo e con riferimento alla data di scadenza del termine per la presentazione delle domande di partecipazione alla procedura di selezione de qua, dei requisiti rappresentati dalla iscrizione alla categoria 9 classe B (bonifica siti) e dalla iscrizione alla categoria 4 classe B (raccolta e trasporto rifiuti speciali non pericolosi prodotti da terzi).

Ad espletamento del disposto incombente, l'Amministrazione ha depositato in giudizio, alla data del 30 agosto 2007, i richiesti rilievi documentali, dalla lettura dei quali è dato evincere che:

- Selca S.p.A. ha prodotto, agli atti di gara, la nota n. 780 del 27 febbraio 2007, con la quale la Sezione Regionale Lombardia dell'Albo Nazionale delle Imprese che effettuano la gestione dei rifiuti ha comunicato di aver deliberato, nella riunione del 26 febbraio 2007, l'accoglimento della domanda presentata da Selca S.p.A. al fine dell'iscrizione nella categoria 9, classe A (nella circostanza precisando

che, in caso di mancata presentazione di polizza fidejussoria entro il termine di giorni 90, si sarebbe verificato un effetto decadenziale relativamente all'istanza anzidetta, con accessivo obbligo di presentazione di una nuova domanda);

- l'impresa ***** s.r.l., indicata da Selca quale subappaltatrice del servizio di trasposto rifiuti, è iscritta (giusta certificazione rilasciata dalla Sezione Regionale Lombardia dell'Albo Nazionale delle Imprese che effettuano la gestione dei rifiuti in data 19 giugno 2002) alla categoria 4, classe B.

3. Quanto al primo dei profili controversi, osserva il Collegio che la prodotta documentazione appieno soddisfa (contrariamente a quanto dalla ricorrente argomentato con memoria depositata il 3 ottobre 2007) l'esigenza di comprovare il possesso del requisito onde trattasi.

Nel termine indicato a pena di inammissibilità dal bando, infatti, risulta essere stata prodotta la documentazione comprovante (non già la mera presentazione, ad opera di Selca S.p.A., della domanda di iscrizione all'Albo precedentemente indicato, ma) l'avvenuto accoglimento, ad opera della Sezione Regionale Lombardia dell'Albo Nazionale delle Imprese che effettuano la gestione dei rifiuti, dell'istanza stessa.

Se è vero che, come ribadito in giurisprudenza, la natura di accertamento costitutivo, di carattere pressoché vincolato, propria dell'atto di iscrizione non è sufficiente ad attribuire natura equivalente alla mera domanda di iscrizione, giacché soltanto l'iscrizione nel registro, effettuata la presupposta verifica, attesta legalmente il possesso dei requisiti necessari che abilitano all'esercizio della relativa attività (non essendovi automatismo tra presentazione della domanda e iscrizione al perché la vincolatività dell'azione amministrativa presuppone comunque un momento di verifica dell'esistenza in capo al soggetto richiedente dei requisiti previsti dalla legge), a conclusioni opposte rispetto a quelle propugnate dalla parte ricorrente è dato giungere allorché, come appunto nel caso in esame:

- si sia in presenza non già di mera istanza di iscrizione, ma di avvenuta comunicazione di accoglimento della richiesta ad opera dell'organismo competente a disporre l'iscrizione stessa;

- e la relativa documentazione sia stata tempestivamente prodotta nei confronti della Stazione appaltante.

Si rammenta, al riguardo, che l'efficacia temporale dell'iscrizione all'Albo delle imprese che effettuano la gestione dei rifiuti decorre dalla data della favorevole deliberazione della Sezione regionale dell'Albo sulle garanzie finanziarie prestate dall'impresa, a seguito della comunicazione di avvenuto accoglimento della propria istanza di iscrizione, considerato che il potere deliberativo decisionale circa l'accoglimento (o meno) della domanda di iscrizione all'Albo, attribuito alla Sezione Regionale dal comma 4 dell'art. 12 del D.M. 28 aprile 1998 n. 406, ha carattere costitutivo e che il successivo comma 6 dispone - a pena di decadenza - che la garanzia finanziaria di cui all'art. 14 sia prestata entro il termine di novanta giorni dal ricevimento della comunicazione di avvenuto accoglimento dell'istanza di iscrizione (cfr. T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 22 novembre 2005 n. 5235).

E, nel caso in esame, fermo l'accoglimento della richiesta di iscrizione di che trattasi, va ulteriormente rilevato che Selca S.p.A. ha conseguito la polizza fidejussoria nel prescritto termine di giorni novanta (atteso che, come documentalmente comprovato, la polizza in questione - recante n. D40.628.454 - è stata prestata alla predetta società da Sasa Assicurazioni Riassicurazioni S.p.A. in data 7 maggio 2007): per l'effetto dovendosi escludere che, quanto al profilo controverso all'esame, difettassero in capo alla stessa ***** i necessari requisiti di iscrizione al fine di consentirne l'ammissione alla gara.

4. Relativamente all'iscrizione di ***** s.r.l. nella categoria 4, classe B - parimenti censurata da parte ricorrente; ed analogamente oggetto di riscontri istruttori come sopra disposti dalla Sezione al fine di appurare la fondatezza delle doglianze al riguardo dedotte - va rilevato che tale abilitazione ha formato oggetto di rinnovo, ad opera della citata Sezione regionale dell'Albo Nazionale Gestori Ambientali, per il quinquennio 7 maggio 2007 - 7 maggio 2012.

Deve, conseguentemente, escludersi che, sulla base delle acquisite risultanze istruttorie, le censure dedotte dalla parte ricorrente abbiano incontrato documentali elementi di riscontro.

5. Né può fondatamente sostenersi che l'intendimento, da parte di Selca S.p.A., di avvalersi dell'attività resa da ***** s.r.l., relativamente al servizio di trasporto rifiuti, sia stato manifestato con carattere di inammissibile genericità, in violazione dei principi al riguardo posti dalla lex specialis di gara e dalla pertinente disciplina di legge.

5.1 Sul punto, va osservato che, in forza del principio dell'avvalimento, inizialmente affermato dalla giurisprudenza comunitaria con riguardo agli appalti di servizi (Corte di Giustizia C.E., 2 dicembre 1999, in causa C-176/1998) e successivamente generalizzato ed esteso a tutti i pubblici appalti dalla direttiva unificata n. 18/2004 (art. 47, paragrafo 2, nonché art. 48, paragrafo 3) ed oggi disciplinato nel nostro ordinamento dall'art. 49 del codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163), il soggetto che partecipa ad un appalto di servizi può avvalersi, al fine di comprovare i requisiti di capacità tecnica, economica e finanziaria, dei requisiti di altri soggetti terzi.

Fin dalla fondamentale sentenza ***** , peraltro, la Corte di Giustizia C.E. ha precisato che ciò è possibile a condizione che l'impresa avvalente sia in grado di provare di disporre effettivamente dei mezzi di soggetti terzi necessari all'esecuzione dell'appalto, spettando al giudice nazionale valutare la pertinenza degli elementi di prova prodotti a tal fine, con la precisazione che, "nell'ambito di tale controllo, la direttiva 92/50/CE non permette né di escludere a priori determinate modalità di prova né di presumere che il prestatore disponga dei mezzi di terzi basandosi sulla sola circostanza che esso fa parte di uno stesso gruppo di imprese" (Corte Giustizia C.E., 2 dicembre 1999, in causa C-176/1998).

Considerato che la facoltà di avvalimento costituisce una rilevante eccezione al principio generale che impone che i concorrenti ad una gara pubblica possiedano in proprio i requisiti di qualificazione (cfr. gli artt. da 12 a 17 del D. Lgs. n. 157/1995), ritiene il Collegio che la prova circa l'effettiva disponibilità dei mezzi dell'impresa avvalsa debba essere fornita in modo rigoroso, mediante la presentazione di un

apposito impegno da parte di quest'ultima, riferito allo specifico appalto e valido per tutta la durata della prestazione dedotta in gara (in tal senso cfr. Cons. Stato, sez. IV, 14 febbraio 2005 n. 435; nonché T.A.R. Liguria, sez. II, 20 giugno 2007 n. 1125 e T.A.R. Puglia, sez. I, 27 settembre 2006 n. 3314;), e che non sia sufficiente - a tal fine - la mera allegazione dei legami societari che avvengono i due soggetti, non fosse altro che per l'autonomia contrattuale di cui godono le singole società del gruppo.

Che questa debba essere la corretta interpretazione è confermato, indirettamente, dal tenore dell'art. 49 comma 2 del D. Lgs. 163/2006 (di recepimento della direttiva C.E. unificata n. 18/2004, la cui applicazione alla gara de qua è espresso richiamo al punto 3) del bando), a mente del quale "ai fini di quanto previsto nel comma 1 il concorrente allega, oltre all'eventuale attestazione SOA propria e dell'impresa ausiliaria:

c) una dichiarazione sottoscritta da parte dell'impresa ausiliaria attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'articolo 38;

d) 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;

f) in originale o copia autentica il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto;

g) nel caso di avvalimento nei confronti di un'impresa che appartiene al medesimo gruppo in luogo del contratto di cui alla lettera f) l'impresa concorrente può presentare una dichiarazione sostitutiva attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo, dal quale discendono i medesimi obblighi previsti dal comma 5".

Può quindi fondatamente argomentarsi che il sistema comunitario degli appalti di servizi (quale risulta ricostruito attraverso le norme contenute nella direttiva 92/50/CE e i principi enucleati dalla giurisprudenza comunitaria):

- consente all'impresa concorrente di far valere le capacità tecniche ed economiche di soggetti terzi;
- richiede, a garanzia della serietà dell'offerta e della tutela della par condicio, che si dia la prova certa dell'effettiva disponibilità delle altrui capacità tecniche;
- affida alla stazione appaltante in prima battuta, ed al giudice in sede di eventuale controllo giurisdizionale, il compito di valutare la congruità della prova (cfr. Corte Giustizia CE, sez. V: 2 dicembre 1999 n. 176/98, *****, e 18 marzo 2004, n. 314/01, Telecom & Partner).

Ne deriva che il sistema comunitario:

- ripudia automatismi ostativi all'ammissibilità del ricorso a soggetti terzi;
- non impone l'uso di mezzi tipici di prova della disponibilità di risorse aziendali altrui;
- richiede che la prova documentale della disponibilità della capacità tecnica altrui sia necessariamente resa in fase antecedente alla presentazione dell'offerta, al fine di evitare ricostruzioni ex post, suscettibili di poter essere interpretati come lesivi della garanzia della serietà dell'offerta nonché del rispetto della par condicio fra concorrenti;
- tiene ferma l'esigenza di un rigoroso riscontro della effettiva disponibilità della capacità tecnico economica mutuata da imprese o complessi aziendali diversi, in tal modo sollecitando un'analisi casistica da parte delle amministrazioni e dei giudici circa la sussistenza dei requisiti di capacità.

5.2 Le disposizioni del bando di gara relativo alla dedotta vicenda contenziosa hanno puntualmente dato attuazione ai principi sopra esposti, atteso che in esso risulta previsto che “per i requisiti di partecipazione alla gara si applica l’art. 49 del D.Lgs. 163 del 12 aprile 2006 e s.m.i. È ammesso l’avvalimento di più di una impresa ausiliaria ai sensi del medesimo art. 49 comma 6. Si procederà al controllo del possesso dei requisiti dell’impresa ausiliaria a norma dell’art. 48 del medesimo D.Lgs. 163/2006”.

D’altro canto, il capitolato speciale di gara ha previsto (art. 49) che - fermo il divieto di subappalto o di subaffidamento in cottimo dei lavori appartenenti alla categoria prevalente per una quota superiore al 30%, in termini economici, dell’importo dei lavori della stessa categoria prevalente - l’affidamento de quo è consentito a condizione che l’appaltatore:

- abbia indicato nell’offerta i lavori o le parti di opere subappaltati o concessi in cottimo;
- provveda al deposito di copia autentica del contratto di subappalto almeno 20 giorni prima dell’inizio dell’esecuzione delle relative lavorazioni;
- trasmetta alla Stazione appaltante la documentazione comprovante che il subappaltatore è in possesso dei requisiti prescritti dalla vigente normativa per la partecipazione alle pubbliche gare.

Nel caso di specie:

- Selca S.p.A. ha comunicato alla Stazione appaltante, con nota del 14 maggio 2007, il proprio intendimento di avvalersi, quanto al requisito relativo alla categoria 4 classe B, della s.r.l. *****;
- l’impresa ***** ha trasmesso alla procedente Amministrazione formale richiesta di partecipare al pubblico incanto di che trattasi quale “impresa ausiliaria della ditta concorrente Selca S.p.A.” per l’esecuzione dei servizi di trasporto rifiuti, dichiarando di essere in possesso dell’iscrizione all’Albo

Nazionale Gestori Ambientali per la categoria 4, classe B;

- è stato, ulteriormente, depositato presso la Stazione appaltante il contratto di avvalimento per partecipazione a gara di appalto con il quale l'impresa da ultimo indicata ha manifestato l'impegno di mettere a disposizione di Selca S.p.A. per tutta la durata dell'appalto i mezzi di cui quest'ultima è carente; ulteriormente esplicitando l'intendimento di svolgere il ruolo di subappaltatore nelle misure previste dalla normativa vigente in materia di avvalimento, cioè nella misura massima del requisito prestato.

5.3 Nell'osservare come il capitolato speciale abbia introdotto il solo limite del divieto di avvalimento per attività, comprese nella categoria prevalente, il cui valore fosse superiore al 30% dell'importo dei lavori di tale categoria (in ciò attuando le previsioni di cui ai commi 6 e 7 dell'art. 49 del D.Lgs. 163/2006, che stabiliscono che è rimesso alla lex specialis di gara disciplinare "l'avvalimento di più imprese ausiliarie in ragione dell'importo dell'appalto o della peculiarità delle prestazioni"; e, "in relazione alla natura o all'importo dell'appalto" introdurre eventuali limitazioni a tale facoltà relativamente ai soli requisiti economici o tecnici, ovvero alla integrazione di un preesistente requisito tecnico o economico già posseduto dall'impresa avvalente in misura o percentuale indicata nel bando stesso"), deve escludersi che, nella fattispecie all'esame, si vertesse in ipotesi di precluso ricorso all'istituto di che trattasi.

Nello stesso disciplinare di gara, infatti, viene indicata quale "categoria prevalente" (per un importo lavori di € 16.811.959,59) la categoria OG8 classifica VIII (opere fluviali di difesa, di sistemazione idraulica e di bonifica), mentre i lavori oggetto di avvalimento sono ricompresi nella diversa categoria OG12 classifica VIII (opere ed impianti di bonifica e protezione ambientale), in quanto tali suscettibili di scorporo e subappalto senza assoggettamento ai limiti sopraindicati.

Le considerazioni precedentemente esposte inducono il Collegio a dare atto dell'infondatezza delle doglianze con le quali parte ricorrente ha sostenuto (gradatamente rispetto all'affermata carenza, in capo al costituendo raggruppamento poi proclamato aggiudicatario, dei requisiti integrati dall'iscrizione nell'Albo Gestori ambientali per le categorie 9, classe B e 4, classe B) l'illegittimità dell'avvalimento, da parte di Selca S.p.A., di altra impresa relativamente all'attività di trasporto rifiuti.

Sul punto, richiamato quanto sopra diffusamente posto in evidenza, giova soggiungere che il raggruppamento controinteressato, in osservanza di quanto disposto dall'art. 118, comma 2, n. 1, del D.Lgs. 163/2006, ha puntualmente indicato "i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture" che ha inteso "subappaltare o concedere in cottimo" (si confronti la nota indirizzata alla Stazione appaltante in data 14 maggio 2007); da ultimo rilevandosi come tutti gli elementi documentali da addurre all'attenzione della Stazione appaltante ai fini di che trattasi risultano, secondo quanto è dato evincere dagli atti di causa, tempestivamente inoltrati entro il termine ultimo all'uopo indicato dalla lex specialis di gara (22 maggio 2007).

6. La riscontrata infondatezza delle esaminate doglianze consente al Collegio di prescindere dall'esame delle censure esposte dal Consorzio Stabile AEDARS s.c. a r.l., *****, CO.ME.AP -

Consorzio Mediterraneo Appalti Soc. Consortile con ricorso incidentale: per effetto della reiezione dell'impugnativa principale - conseguente alla evidenziata inaccogliabilità delle censure con essa dedotte - imponendosi la declaratoria di improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse dell'anzidetto mezzo di tutela.

Sussistono giusti motivi per compensare fra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio - Sezione I -così dispone in ordine al ricorso indicato in epigrafe:

- respinge il ricorso principale, proposto da ***** , *****à Pescatore s.r.l. e *****à Edil ***** di Di ***** s.n.c.;

- dichiara improcedibile, per sopravvenuta carenza di interesse, il ricorso incidentale proposto dal Consorzio Stabile AEDARS s.c. a r.l., ***** , ***** , CO.ME.AP - Consorzio Mediterraneo Appalti Soc. Consortile.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio del 7 novembre 2007, con l'intervento dei seguenti magistrati:

***** - Presidente

***** - Consigliere

***** - Consigliere, relatore, estensore

Il Presidente

Il Magistrato Estensore

<https://www.diritto.it/appalti-avalimento-disciplina-comunitaria-e-nazionale-art-49-del-d-lgs-12-aprile-2006-n-163-constituisce-una-rilevante-eccezione-al-principio-generale-di-possedere/>