

Correttamente il Tar ha ritenuto insufficiente il contenuto del contratto di avalimento prodotto dall'impresa al fine di usufruire del requisito tecnico professionale posseduto da altra società, attesa la assoluta genericità del rapporto obbligatorio tra

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Contratto di avalimento_art. 49 del codice dei contratti

obbligatorio impegno dell'ausiliaria chiaro e senza riserve

deve contenere riferimenti alla forniture dei requisiti

legittima esclusione se tale obbligo viene espresso in maniera contraddittoria e limitata, oltre che, generica.

Correttamente il Tar ha ritenuto insufficiente il contenuto del contratto di avalimento prodotto dall'impresa al fine di usufruire del requisito tecnico professionale posseduto da altra società, attesa la assoluta genericità del rapporto obbligatorio tra ausiliaria e concorrente.

Secondo piani principi, in virtù dell'avalimento agli operatori economici è riconosciuto il diritto di avvalersi delle capacità di altri soggetti , al fine di garantire la più ampia partecipazione alle procedure di

gara , a condizione di permettere all'amministrazione di verificare in ogni momento della durata dell'appalto la disponibilità di tali capacità da parte del contraente (ex multis, Cons. *****, 13 maggio 2010, n. 2956; Sez. V, 19.3.2009, n. 1624; 10 febbraio 2009, n. 743).

Per questa ragione , ai sensi dell'art. 49 del codice dei contratti pubblici, l'impresa ausiliaria deve obbligarsi verso il concorrente e verso la stazione appaltante, in maniera chiara e senza riserve, a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le capacità e le risorse necessarie di cui è carente il ricorrente.

Nel contratto prodotto, per converso, tale obbligo appare espresso in maniera contraddittoria e limitata ,oltre che, come riconosciuto dal Tar, generica.

Per quanto disposto ai punti 4 e 5 del contratto, invero, la messa a disposizione del possesso del requisito - peraltro oggetto di una semplice richiesta da parte della concorrente - viene spiegata, nel suo contenuto, come obbligo di fornire "informazioni, proposte, suggerimenti e consigli"alla concorrente, in un senso assai riduttivo , che sostanzia la prestazione in una mera attività di consulenza, sottoposta anche ad un limite temporale ("fino all'acquisizione del requisito di capacità tecnica oggetto di avvalimento") , in contrasto con quanto disposto dall'art. 49 , comma 2, lett. f) del codice dei contratti pubblici, con risultati elusivi dello scopo dell'avvalimento .

Nè alla dichiarazione unilaterale ex art. 49, comma 2 lett. d) del d. lgs n. 163 del 2006, in cui si ripete il dettato della disposizione di legge, può riconnettersi prevalenza rispetto al contratto,tale da poterne superare ed integrare il contenuto , mancando in essa ,peraltro, ogni riferimento alla fornitura dei requisiti.

Correttamente, pertanto, il primo giudice ha inteso non adempiuto l'obbligo di cui all'art. 49 come risultante dal contratto.

N. 00571/2011REG.PROV.COLL.

**N. 05821/2010 05821/2010
REG.RIC.**

**N. 05926/2010 05926/2010
REG.RIC.**

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5821 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da***

contro***

nei confronti di***

sul ricorso numero di registro generale 5926 del 2010, proposto da***

contro***

nei confronti di***

per la riforma

quanto al ricorso n. 5821 del 2010:

della sentenza del T.a.r. Sardegna - Cagliari: Sezione I n. 01361/2010 01361/2010, resa tra le parti, concernente FORNITURA SERVIZI DI GESTIONE INTEGRATA DEGLI IMPIANTI DI ILLUMINAZIONE E REALIZZAZIONE DI INTERVENTI DI EFFICACIA ENERGETICA

quanto al ricorso n. 5926 del 2010:

della sentenza del T.a.r. Sardegna - Cagliari: Sezione I n. 01361/2010

01361/2010, resa tra le parti, concernente FORNITURA SERVIZI DI GESTIONE INTEGRATA DEGLI IMPIANTI DI ILLUMINAZIONE E REALIZZAZIONE DI INTERVENTI DI EFFICACIA ENERGETICA

Visti i ricorsi in appello, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Quartu Sant'Elena e di Rti Controinteressata Spa - Controinteressata due Service Soc. Coop. A R.L. e in proprio , del Consiglio Nazionale dei Periti Industriali e dei Periti Industriali Laureati , di ***** , di Controinteressata - *****à Manutenzione Illuminazione S.p.A. quale capogruppo mandataria e in proprio;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 novembre 2010 il Cons. ***** e uditi per le parti gli avvocati ***** , **** , ***** , ***** , ***** , ***** , ***** , ***** , ***** , ***** D' Aci, ***** ;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con separati ricorsi dinanzi al Tar Sardegna, la società Ricorrente e la società *****, rispettivamente classificate al quarto ed al secondo posto della graduatoria all'esito della gara per l'affidamento da parte del Comune di Quartu Sant'***** della gestione ventennale del servizio di illuminazione pubblica del territorio comunale, hanno impugnato l'aggiudicazione al R.T.I. Controinteressata - Controinteressata due .

La Ricorrente ha contestato l'ammissione della prima graduata per l'incompetenza del tecnico sottoscrittore del progetto, perito industriale, a redigere progetti comprensivi di opere ingegneristiche, la mancanza in capo ad Controinteressata due, mandante, della qualificazione idonea alla gestione degli impianti nonché del requisito tecnico di ammissione consistente nell'aver già gestito almeno 500 punti luce; della seconda graduata Controinteressata cinque , per essere state emesse due sentenze di condanna nei confronti di istitore cessato e poi deceduto nel triennio anteriore all'indizione della gara e per assenza del requisito tecnico di ammissione; della terza graduata IT- Controinteressata quattro per assenza della certificazione di qualità e di qualificazione SOA adeguata; ha poi obiettato la non conformità dell'offerta economica sia di Controinteressata Controinteressata due che di It- Controinteressata quattro ai criteri espressi nel bando.

Ha proposto ricorso incidentale la società Controinteressata cinque sostenendo la necessità di esclusione della ricorrente

La Controinteressata cinque, con il proprio ricorso principale, ha contestato l'ammissione della aggiudicataria per violazione dell'art. 23 bis della legge 6.8.2008 n. 133 , per insufficienza della dichiarazione di moralità nei confronti di rappresentanti della Controinteressata cessati nel triennio, per mancanza di misure di dissociazione nei confronti dell'ex rappresentante legale di Controinteressata due, per inidoneità della sottoscrizione del progetto da parte di perito industriale, per mancanza dei requisiti tecnici di ammissione e per inidoneità dell'offerta economica.

Ha proposto ricorso incidentale la società Controinteressata due assumendo l'insufficienza del contratto di avvalimento utilizzato da Controinteressata cinque per comprovare il requisito tecnico, l'assenza di dichiarazione di moralità di otto procuratori speciali e di un istitore cessato nel triennio.

Oltre al Comune resistente ed alla controinteressata, si sono costituiti in giudizio intervenendo ad opponendum il Consiglio Nazionale dei Periti Industriali ed il progettista per sostenere la sufficienza del titolo professionale ai fini della redazione del progetto.

Il Tar Sardegna, riuniti i ricorsi, ha respinto sia il ricorso incidentale di Controinteressata cinque, sia quello principale di Ricorrente, quest'ultimo per infondatezza delle censure rivolte contro l'ammissione dell'aggiudicataria e per carenza di interesse quanto ai motivi rivolti contro l'ammissione delle altre imprese che la precedevano in graduatoria. Ha poi accolto il ricorso incidentale di Controinteressata Controinteressata due per genericità ed indefinitezza del contratto di avvalimento presentato da Controinteressata cinque e per mancata presentazione delle dichiarazioni di moralità da parte di procuratori speciali e dichiarato improcedibile il ricorso di quest'ultima.

Impugnano la sentenza entrambe le imprese soccombenti.

Ricorrente censura la sentenza di primo grado per non aver tenuto conto della mancata dimostrazione della gestione di almeno 500 punti luce da parte della mandante Controinteressata due, come richiesto dal bando; della mancanza di idonea misura di dissociazione della Controinteressata due nei confronti di un amministratore cessato nel triennio (Aldino C_) nei cui confronti era stata emessa sentenza di patteggiamento nel 1993 per abuso d'ufficio; della inidoneità del titolo di perito industriale ai fini della progettazione, comprendente opere ingegneristiche; della mancanza in capo ad Controinteressata due di qualificazione per la gestione di impianti di illuminazione, anche alla luce delle risultanze della certificazione della camera di commercio; della non conformità dell'offerta economica ai criteri esposti nel disciplinare di gara. Ha riproposto i motivi a sostegno dell'esclusione delle imprese precedenti Ricorrente in graduatoria. Con motivi aggiunti, ha esteso l'impugnativa alla nota del 19.10.2010 con cui il Comune ha convocato l'aggiudicataria per la stipula del contratto.

Controinteressata cinque impugna la sentenza di primo grado per avere erroneamente il Tar accolto il ricorso incidentale di Controinteressata Controinteressata due attesa l'idoneità del contratto di avvalimento con dichiarazione d'obbligo di ALFA Coop., dotata del requisito tecnico, e l'insussistenza di un obbligo di rendere le dichiarazioni di moralità nei confronti di procuratori, nei cui confronti non vi erano peraltro condanne penali. Ripropone quindi le censure non esaminate in primo grado a sostegno dell'esclusione del RTI Controinteressata Controinteressata due.

Si sono costituiti in resistenza il Comune e la controinteressata chiedendo la conferma della sentenza di primo grado.

Sono altresì intervenuti anche in secondo grado il Consiglio Nazionale dei Periti Industriali e dei Periti industriali laureati ed il sig. *****, insistendo nelle ragioni già spiegate in primo grado.

Tutte le parti hanno depositato ampie memorie in vista dell'udienza di discussione.

All'udienza del 30 novembre 2010 i ricorsi sono stati discussi ed il Collegio se ne è riservata la decisione.

DIRITTO

1. Preliminarmente, va disposta la riunione degli appelli in quanto proposti contro la stessa sentenza.

2. Occorre esaminare i motivi dell'appello di Ricorrente con cui si censura la sentenza di primo grado per non aver accolto i motivi di esclusione della aggiudicataria RTI Controinteressata Controinteressata due, peraltro in buona parte comuni anche all'impugnazione di Controinteressata cinque.

3. In merito al possesso da parte della mandante Controinteressata due del requisito di idoneità professionale (art. 10.2 del disciplinare: “essere iscritte alla competente camera di commercio...per attività di gestione di impianti di illuminazione pubblica ovvero per attività ad essa assimilabile”) e di capacità tecnica e professionale (art.10.6 del disciplinare: “le mandanti dovranno avere eseguito almeno un contratto avente le caratteristiche indicate nella lettera p) medesima in un comune che prevede la gestione di almeno 500 centri luminosi”), si rileva che la certificazione della Camera di Commercio di Ferrara relativa all’impresa Controinteressata due evidenzia, relativamente all’oggetto sociale, tra le altre attività , quella di gestione di servizi integrati/multi servizi rivolti agli immobili civili , industriali e di qualsiasi natura e quella di progettazione, realizzazione , conduzione ed effettuazione di manutenzione di impianti elettrici interni ed esterni e di impianti di illuminazione pubblica e di aree sportive.

Il Collegio ritiene che il requisito sia soddisfatto poichè l’attività di “conduzione” di impianti di illuminazione pubblica equivale (secondo la specifica previsione del bando di svolgimento anche di attività assimilabile) alla loro gestione. Inoltre, è da confermare l’assunto per cui il concetto di “manutenzione” non riguarda esclusivamente la materia dei lavori, ma rientra nelle categorie oggetto degli appalti di servizi (Cons. Stato Sez. V, 31.1.2006, n. 348). Sicchè può affermarsi che l’attività della mandante, come certificata dalla camera di commercio, permette di riconoscere l’idoneità professionale richiesta per la partecipazione alla gara senza necessità di ulteriore certificazione.

Quanto alla capacità tecnica e professionale, da dimostrarsi attraverso l’esecuzione di un contratto in un comune che preveda la gestione di almeno 500 punti luminosi, è dimostrato per tabulas (scrittura privata allegata al certificato di esecuzione del servizio di gestione , esercizio e manutenzione dell’impianto di illuminazione pubblica con 3.500 punti luce del Comune di San Lazzaro di Savena in data 26 agosto 2009) che in base alla ripartizione delle prestazioni dell’ATI cui Controinteressata due ha partecipato in qualità di mandante , su di essa gravava l’obbligo di attività in relazione all’80 per cento dell’illuminazione pubblica e impianti semaforici oltre che, secondo competenza nel rispetto delle quote assunte, alla manutenzione straordinaria e su richiesta.

Tanto basta per respingere il motivo di appello.

4. In ordine al mancato compimento di idonei atti di dissociazione dell'impresa rispetto al comportamento di un amministratore cessato nel triennio anteriore all'indizione della gara e nei cui confronti era stata emessa una sentenza di patteggiamento per il reato di abuso d'ufficio, ritiene il Collegio che, mediante l'ammissione alla gara, la stazione appaltante abbia compiuto la valutazione di competenza sulla non gravità del reato commesso, con conseguente esonero, come stabilito dal Tar, dell'impresa dal compimento di atti di dissociazione dalla condotta dell'ex amministratore.

Invero, il reato per la quale è stata patteggiata la pena (art. 323 c.p., abuso d'ufficio), non rientra tra quelli di cui all'art. 45 della direttiva CE2004/18 comportanti l'esclusione automatica dalla gara anche nei riguardi di soggetti cessati da cariche sociali, in mancanza di idonei atti dissociativi, ma appartiene al novero di quelli di cui deve essere valutata dalla stazione appaltante la gravità in danno dello Stato o della Comunità e l'incidenza sulla moralità professionale, con la disamina, in concreto, delle caratteristiche dell'appalto, del tipo di condanna, della natura e delle modalità di commissione del reato, in assenza di parametri normativi fissi e predeterminati (Cons. St. Sez. V, 23.3.2009, n. 173).

Non sono stati, sul punto, adottati elementi tali da confutare la valutazione di non incidenza compiuta dalla stazione appaltante mediante l'ammissione a gara dell'impresa, che, al contrario, assume la tenuità del fatto contestato, riconosciuta anche dall'autorità giudicante, consistente nell'aver il C_, quando era Sindaco di un Comune, e dunque al di fuori di un'attività imprenditoriale, disposto la sospensione di cartelle esattoriali del valore complessivo di 1.600.000 lire.

Pertanto, il Collegio ritiene insuperabile la valutazione compiuta dall'amministrazione, tale da rendere in effetti superfluo, come stabilito dal primo giudice, l'accertamento di validi atti di dissociazione, necessari solo quando sussista il presupposto della ritenuta gravità del reato (Cons. Stato, Sez. V, 14.9.2010, n.6894).

5. Parimenti da respingere è il motivo riguardante l'inidoneità del titolo professionale di perito industriale ai fini della sottoscrizione del progetto.

Vale la pena evidenziare che nell'appalto in discussione, avuto riguardo all'oggetto delle prestazioni e per esplicita prescrizione del bando, in considerazione della durata, delle componenti economiche e del complesso del contratto, i lavori rivestono carattere accessorio rispetto ai servizi. Peraltro, se, come ampiamente dimostrato dal Consiglio Nazionale dei periti industriali, la progettazione degli impianti elettrici oggetto dell'appalto come applicazione della fisica rientra a pieno titolo tra le attività dei Periti industriali ai sensi della disciplina di settore (art. 16 R.D. 11.2.1929, n. 275, L. n.46/1990, D.M. n.37/2008), non priva di rilievo è altresì la circostanza che la progettazione di opere edilizie accessorie, relativa alla realizzazione di plinti in cemento per i pali della pubblica illuminazione, risulta redatta e firmata da un ingegnere, iscritto all'Ordine degli ingegneri della Provincia di Bologna (ing. *****), così come altri ingegneri (***** e *****) hanno fatto parte del gruppo di lavoro che ha provveduto a redigere la progettazione sotto la responsabilità del perito industriale *****.

Non sussiste, pertanto, alcuna violazione della disciplina sulle professioni così come la presentazione del progetto non appare in alcun modo inficiata dalla sottoscrizione da parte del perito industriale. Anche sotto questo profilo, quindi, l'appello è da respingere.

6. Quanto al motivo di appello relativo alla erronea valutazione da parte del Tar della corrispondenza dell'offerta economica dell'aggiudicataria ai criteri esposti nell'art. 5 del capitolato, esso è smentito per tabulas.

L'art. 5 del capitolato prevede che il finanziamento di interventi aggiuntivi (di rifacimento, ammodernamento, ecc.) ulteriori rispetto a quelli minimi previsti nel progetto preliminare posto a base di gara siano finanziati attraverso economie sul costo dell'energia, sul ribasso d'asta offerto sul canone annuo destinato all'esercizio ed alla manutenzione e sul ribasso d'asta offerto sul canone annuo diretto a remunerare i lavori di rifacimento ed ammodernamento indicati nel progetto preliminare posto a base di gara. Vi deve essere, quindi, corrispondenza tra la rata annua e la somma risultante dal risparmio energetico, dal ribasso d'asta sulla quota di canone destinato alla manutenzione e dal ribasso d'asta sul canone annuo diretto a remunerare i lavori del progetto preliminare.

Tale corrispondenza , contestata dall'appellante , risulta invece dimostrata dall'offerta di Controinteressata Controinteressata due ove si ponga mente alla sommatoria tra il risparmio netto a beneficio dell'amministrazione da destinarsi agli interventi aggiuntivi indicato nella terza colonna di pag. 2 ed i valori di ribassi d'asta K1 e K2 indicati a pag.3 , che coincide con la rata annua costante per gli interventi aggiuntivi indicata a pag. 6 ($312.311,28 + 34.211,35 + 129.151,85 = 475.667,76$). Condivisibilmente, quindi, il Tar ha tratto dalla coincidenza di tali valori e, comunque, dalla sostanziale capienza e sufficienza dei risparmi per la copertura degli interventi aggiuntivi, indicati in misura assai maggiore nell'offerta ***** due rispetto all'offerta di Ricorrente, la correttezza dell'offerta economica.

7. Inammissibile è l'impugnazione per saltum, mediante motivi aggiunti articolati in grado di appello, della nota di convocazione dell'aggiudicataria per la conclusione del contratto, ammesso che all'atto possa essere riconosciuta una portata autonomamente lesiva. Invero, ogni provvedimento sopravvenuto , ancorchè successivo alla decisione di primo grado, sebbene sottoposto a contestazione solo per vizi di invalidità derivata dal provvedimento impugnato e non per vizi autonomi, può essere unicamente impugnato con ricorso in primo grado, ovvero con ricorso straordinario.

Al pari, non può avere ingresso il motivo, dedotto per la prima volta con la memoria del 18 novembre 2010, circa l'incapacità a contrarre della Controinteressata due per essere affidataria in via diretta di altro servizio. Trattandosi di censura sollevata dopo la scadenza del termine perentorio previsto per l'appello e senza notifica alle controparti (avvenuta successivamente in sede di motivi aggiunti), diretta ad ampliare il thema decidendum, , essa va dichiarata inammissibile.

8. Il rigetto dell'appello riguardo ai motivi di esclusione dell'aggiudicataria esime il Collegio dall'esame degli ulteriori motivi rivolti contro l'ammissione delle altre imprese meglio graduate rispetto all'appellante.

9. Venendo all'appello dell'impresa Controinteressata cinque, occorre valutare i motivi rivolti contro la pronuncia di accoglimento del ricorso incidentale di Controinteressata Controinteressata due.

10. Il primo motivo è infondato.

Il Tar ha ritenuto insufficiente il contenuto del contratto di avvalimento prodotto dall'impresa al fine di usufruire del requisito tecnico professionale posseduto da altra società, attesa la assoluta genericità del rapporto obbligatorio tra ausiliaria e concorrente.

Secondo piani principi, in virtù dell'avvalimento agli operatori economici è riconosciuto il diritto di avvalersi delle capacità di altri soggetti, al fine di garantire la più ampia partecipazione alle procedure di gara, a condizione di permettere all'amministrazione di verificare in ogni momento della durata dell'appalto la disponibilità di tali capacità da parte del contraente (ex multis, Cons. *****, 13 maggio 2010, n. 2956; Sez. V, 19.3.2009, n. 1624; 10 febbraio 2009, n. 743).

Per questa ragione, ai sensi dell'art. 49 del codice dei contratti pubblici, l'impresa ausiliaria deve obbligarsi verso il concorrente e verso la stazione appaltante, in maniera chiara e senza riserve, a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le capacità e le risorse necessarie di cui è carente il ricorrente.

Nel contratto prodotto, per converso, tale obbligo appare espresso in maniera contraddittoria e limitata, oltre che, come riconosciuto dal Tar, generica.

Per quanto disposto ai punti 4 e 5 del contratto, invero, la messa a disposizione del possesso del requisito - peraltro oggetto di una semplice richiesta da parte della concorrente - viene spiegata, nel suo contenuto, come obbligo di fornire "informazioni, proposte, suggerimenti e consigli" alla concorrente, in un senso assai riduttivo, che sostanzia la prestazione in una mera attività di consulenza, sottoposta anche ad un limite temporale ("fino all'acquisizione del requisito di capacità tecnica oggetto di avvalimento"), in contrasto con quanto disposto dall'art. 49, comma 2, lett. f) del codice dei contratti pubblici, con risultati elusivi dello scopo dell'avvalimento.

Nè alla dichiarazione unilaterale ex art. 49, comma 2 lett. d) del d. lgs n. 163 del 2006, in cui si ripete il dettato della disposizione di legge, può riconnettersi prevalenza rispetto al contratto, tale da poterne superare ed integrare il contenuto, mancando in essa, peraltro, ogni riferimento alla fornitura dei requisiti.

Correttamente, pertanto, il primo giudice ha inteso non adempiuto l'obbligo di cui all'art. 49 come risultante dal contratto.

11. Il rigetto del motivo, con conseguente conferma della sussistenza delle ragioni di esclusione della seconda classificata e della dichiarazione di improcedibilità del suo ricorso, esimono il Collegio dall'esame degli ulteriori motivi.

12. In conclusione, vanno respinti entrambi gli appelli riuniti.

13. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, così provvede:

riunisce gli appelli n.R.G. 5821/2010 begin_of_the_skype_highlighting

5821/2010

end_of_the_skype_highlighting e n. R.G. 5926/2010 begin_of_the_skype_highlighting

5926/2010

end_of_the_skype_highlighting;

respinge gli appelli e, per l'effetto, conferma la sentenza di primo grado;

condanna ciascuno degli appellanti al pagamento di euro 3.000,00 per spese di giudizio, da suddividersi tra le parti appellate costituite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 novembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

*****, Presidente FF

*****, Consigliere

Aldo Scola, Consigliere

Eugenio Mele, Consigliere

Francesca Quadri, *****
*****, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/01/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

<https://www.diritto.it/correttamente-il-tar-ha-ritenuto-insufficiente-il-contenuto-del-contratto-di-avvalimento-prodotto-dall-impresa-al-fine-di-usufruire-del-requisito-tecnico-professionale-posseduto-da-altra-societa-atte/>