

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 08/07/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29817-avvalimento-qualora-un-concorrente-per-dimostrare-la-propria-capacit-finanziaria-economica-e-tecnica-al-fine-di-essere-ammesso-a-partecipare-ad-una-procedura-di-gara-d-appalto-faccia-riferimento->

Autore: Lazzini Sonia

Avvalimento: qualora un concorrente, per dimostrare la propria capacità finanziaria, economica e tecnica al fine di essere ammesso a partecipare ad una procedura di gara d'appalto, faccia riferimento alla capacità di altri soggetti od imprese, cui è legat

Tar Trentino, Trento, 07.06.2010 n. 151

Avvalimento: qualora un concorrente, per dimostrare la propria capacità finanziaria, economica e tecnica al fine di essere ammesso a partecipare ad una procedura di gara d'appalto, faccia riferimento alla capacità di altri soggetti od imprese, cui è legato da vincoli diretti o indiretti - di qualunque natura giuridica essi siano - avrà l'onere di dimostrare di poter effettivamente disporre dei mezzi di tali soggetti o imprese che non gli appartengono in proprio, ma che sono necessari all'esecuzione dell'appalto

i principi del diritto comunitario a presidio della libera concorrenza in sede di pubblici appalti escludono la prefissione di ogni clausola di carattere discriminatorio e anticoncorrenziale: una lettura volta a prescrivere la disponibilità materiale dei mezzi come requisito di partecipazione alla gara equivarrebbe, infatti, a riservarne l'accesso alle sole imprese già operanti nel settore e, quindi, dotate di congrue attrezzature. Si porrebbe con ciò in essere una palese violazione dei principi comunitari di proporzionalità, di libera concorrenza, di parità di trattamento e di non discriminazione, che trovano diretta applicazione nell'ordinamento interno, in ossequio alla posizione di preminenza dell'ordinamento comunitario e richiamati dall'art. 2 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163.

Si deve alla giurisprudenza della Corte di Giustizia il vincolante rilievo che, ancora in base all'art. 32 della direttiva 18 giugno 1992, n. 92/50/CEE, un prestatore di servizi possa comprovare il possesso dei propri requisiti economici, finanziari e tecnici di partecipazione ad una gara, facendo "riferimento alle capacità di altri soggetti, qualunque sia la natura giuridica dei vincoli che ha con essi, a condizione che sia in grado di provare l'effettiva disponibilità dei mezzi necessari all'esecuzione dell'appalto"; che, in particolare, "la capacità tecnica può essere dimostrata, in vista dell'aggiudicazione dell'appalto pubblico di servizi, anche mediante l'indicazione della disponibilità di mezzi appartenenti a parti diverse da quella concorrente nel procedimento di aggiudicazione dell'appalto. L'autorità aggiudicatrice potrà verificare se l'offerente ha l'effettiva disponibilità dei mezzi durante il periodo di durata dell'appalto. La parte concorrente, che indica mezzi e capacità di soggetti o di imprese ai quali è legata da vincoli diretti o indiretti, deve dare la dimostrazione di disporre effettivamente di tali mezzi e capacità" (cfr., sez. V, 2.12.1999, in causa C-176/98). _Il descritto orientamento, palesemente finalizzato ad evitare indebiti ostacoli alla libera prestazione dei servizi nell'aggiudicazione dei pubblici appalti, ha, poi, trovato puntuale conferma all'art. 47, secondo comma della direttiva 2004/18/CE, che ha stabilito che "un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto", fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a "prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. In tal caso deve dimostrare all'amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno a tal fine di questi soggetti": in definitiva, per potersi avvalere di mezzi di altri, occorre comprovarne l'effettiva disponibilità, spettando al "giudice nazionale valutare se tale prova sia fornita nella fattispecie di cui alla causa a qua" (cfr., sentenza 2.12.1999, in causa C-176/98, cit.). _Il detto indirizzo è stato condiviso dal Consiglio di Stato, che ha rilevato che "qualora un concorrente, per dimostrare la propria capacità finanziaria, economica e tecnica al fine di essere ammesso a partecipare ad una procedura di gara d'appalto, faccia riferimento alla capacità di altri soggetti od imprese, cui è legato da vincoli diretti o indiretti - di qualunque natura giuridica essi siano - avrà l'onere di dimostrare di poter effettivamente disporre dei mezzi di tali soggetti o imprese che non gli appartengono in proprio, ma che sono necessari all'esecuzione dell'appalto". La vista pronuncia ha considerato a tal fine documento appropriato un atto unilaterale di impegno, irrevocabile e incondizionato, assunto da una

società, con il quale il personale di essa, nella misura necessaria ad assicurare il rispetto del requisito, è stato messo a disposizione di altra società per l'esecuzione dei servizi oggetto della procedura di gara, pur nel concorso dell'identica composizione societaria, il che ha reso ulteriormente "palese la realizzazione di un unitario e comune centro di interessi tra le due società" (cfr., C.d.S., sez. V, 15.12.2005, n. 7134).

Detta prova ha fatto, peraltro, palesemente difetto nel caso di specie, non essendo stato documentato che i soggetti terzi rispetto alla gara, ma proprietari dei ridetti mezzi, si fossero formalmente obbligati a porli a disposizione del CONTROLINTERESSATA per l'arco temporale di esecuzione del servizio, a nulla rilevando che i detti proprietari avessero consegnato a quest'ultimo i rispettivi libretti di circolazione, consegna che, a tale scopo, non può assumere il valore di un impegno, sostanziale e formale, circa il loro utilizzo, pur in presenza di un generico "rapporto di gruppo" (cfr., in termini, C.d.S., sez. VI, 9.2.2010, n. 641 e T.A.R. Lazio, Roma, sez. III ter, 25.8.2006, n. 7515).

5a. Sotto un diverso profilo va rilevato che le disposizioni sopra ricordate della direttiva 2004/18/CE sono state recepite all'art. 49 del Codice dei contratti pubblici, relativo all'avvalimento, ove è stato autorizzato che un imprenditore, al fine di comprovare il possesso dei requisiti tecnici richiesti per la partecipazione ad una gara, faccia riferimento alla capacità di altri soggetti, qualunque sia la natura giuridica dei vincoli che abbia con essi, a condizione che disponga effettivamente dei mezzi in dotazione a tali soggetti, che gli siano necessari per l'esecuzione dell'appalto.

Il Consiglio di Stato ha in proposito autorevolmente chiarito che "l'impresa <ausiliaria> assolve al compito di permettere al soggetto che ne sia privo, di concorrere alla gara, provando, tramite i propri, il possesso dei richiesti requisiti", ma che essa "non assume la veste di partecipante alla gara" (cfr., C.d.S., sez. V, 3.12.2009, n. 7592).

Negli stessi termini si è da tempo espressa la Corte di Giustizia che, evidenziando "l'esistenza di vincoli diretti o indiretti fra l'impresa concorrente e quella ausiliaria, ha sottolineato l'estraneità di quest'ultima alla procedura di aggiudicazione [Corte di Giustizia CEE, 14 aprile 1994, causa C-389/92 (Ballast Nedam Groep I); 18 dicembre 1997, causa C-5/97 (Ballast Nedam Groep II); 2 dicembre 1999, causa C-176/98 (Holst Italia s.p.a.)]".

L'istituto dell'avvalimento ha dunque una portata generale ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione, "restando peraltro ferma la necessità, in ogni caso, di un vincolo giuridico, preesistente all'aggiudicazione della gara, che obblighi il soggetto terzo a fornire al concorrente i requisiti di cui non dispone direttamente e la cui titolarità, in forza di detto vincolo, viene ad essere riferita al soggetto, che partecipa alla gara" (cfr., C.d.S., sez. IV, 20.11.2008, n. 5742).

Traendo le conseguenze dal richiamato, conforme indirizzo della giurisprudenza comunitaria e nazionale, anche il secondo mezzo introdotto è fondato, posto che il Consorzio CONTROLINTERESSATA, che avrebbe pur potuto fruire dei requisiti tecnici delle imprese socie di Due Torri, non ha fatto ricorso all'istituto dell'avvalimento sulla base del quale, come sopra illustrato, le dette imprese o ditte individuali non sarebbero state considerate estranee alla procedura di gara.

Merita di essere segnalata la sentenza numero del Tar Trentino Alto Adige, Provincia Autonoma di Trento, ed in particolare il seguente passaggio:

< Da quest'ultimo punto di vista viene in rilievo il terzo motivo, che è egualmente fondato.

Il Consorzio CONTROLINTERESSATA, come composto dalle ditte Semeghini, Faro, Nial Nizzoli e Due Torri, si è, infatti, presentato quale unico referente nei confronti della stazione appaltante, ancorché abbia dichiarato di voler utilizzare mezzi, e presumibilmente anche risorse umane, forniti da soci di una società a sua volta consorziata, omettendo di rendere noti gli estremi delle rispettive ragioni sociali e dei relativi proprietari degli stessi mezzi.

Integrando questi il ruolo di distinti soggetti che si sarebbero assunti il compito dell'espletamento del servizio per il previsto triennio è, tuttavia, mancata la dimostrazione in capo ad essi dei requisiti di

ordine generale per la partecipazione alle procedure concorsuali indicati dall'art. 38 del D.Lgs. n. 163 del 2006: il che, per come si è più sopra precisato, non sarebbe avvenuto ove fosse stato fatto uso dell'istituto dell'avvalimento nei termini sopra indicati.

La giurisprudenza amministrativa ha, infatti, più volte confermato che "il possesso dei requisiti generali di partecipazione alla gara d'appalto, relativi alla regolarità della gestione delle singole imprese sotto il profilo dell'ordine pubblico, quello economico, nonché della moralità, va verificato non solo in capo al consorzio, ma anche alle singole imprese quali esecutrici del servizio. La possibilità che il consorzio ... rappresenti un centro autonomo di responsabilità e di imputazioni delle attività svolte non implica che la stessa unitarietà debba valere nei casi in cui il consorzio non venga in rilievo quale centro autonomo di imputazione, ma per la qualità dei soggetti che vi partecipano" (cfr., C.d.S., sez. IV, 27.6.2007, n. 3765 e sez. V, 5.9.2005, n. 4477). L'opposta conclusione, significherebbe, invero, ammettere che le stringenti garanzie di serietà e moralità professionale richieste inderogabilmente agli imprenditori singoli possano essere eluse attraverso la costituzione di un consorzio, anche su più livelli, che riuscirebbe a conseguire l'aggiudicazione di gare per la prestazione di servizi per le pubbliche amministrazioni cui i singoli non sarebbero dovuti essere ammessi (cfr., in termini, T.A.R. Toscana, Firenze, sez. II, 18.6.2008, n. 1637).

In tale puntuale significato il bando di gara aveva prescritto che, in caso di partecipazione di consorzi, il possesso dei requisiti generali "dovesse essere dichiarato anche dalle consorziate per cui partecipa" (lett. h) del punto VI.3); in sede di formulazione della propria offerta **CONTROINTERESSATA** aveva indicato le quattro imprese consorziate esecutrici (che hanno reso la dichiarazione ex art. 38), fra le quali figura la società cooperativa Due Torri; quest'ultima, tuttavia, non disponendo di attrezzature proprie, o non intendendo fruirne, ha utilizzato quelle delle proprie imprese socie con la conseguenza che avrebbe dovuto dichiarare per quali di esse partecipava e queste ultime, a loro volta, avrebbero dovuto rendere la dichiarazione richiesta a tutti i concorrenti ai sensi del richiamato art. 38.

6. Non hanno, invece, alcun pregio giuridico i motivi introdotti con l'atto integrativo del ricorso originario.>

A cura di Sonia Lazzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 151 del 7 giugno 2010 pronunciata dal Tar Trentino Alto Adige, Provincia Autonoma di Trento

N. 00151/2010 REG.SEN.

N. 00208/2009 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento

(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 208 del 2009, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:

Consorzio RICORRENTE, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e in qualità di capogruppo di A.T.I. costituita con le mandanti Autotrasporti RICORRENTE DUE Nello S.r.l., RICORRENTE TRE Giorgio S.r.l., Autotrasporti Sabrina RICORRENTE QUATTRO e C. S.a.s., RICORRENTE CINQUE S.r.l., RICORRENTE SEI S.r.l., Ditta individuale RICORRENTE SETTE Renato, Ditta individuale RICORRENTE OTTO Renzo e Ditta individuale RICORRENTE NOVE Lorenzo, rappresentato e difeso dagli avv.ti Antonio Tita e Piero Costantini ed elettivamente domiciliato presso il loro studio in Trento, Via Lunelli, n. 48

contro

Autostrada del Brennero S.p.A., in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Mario Maccaferri ed elettivamente domiciliata presso il suo studio in Trento, Via Grazioli, n. 27

nei confronti di

Consorzio CONTROINTERESSATA - Società cooperativa consortile (CONTROINTERESSATA), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv.ti Sandro Manica e Antonio Melucci, con domicilio eletto presso il primo di essi in Trento, Via Belenzani, n. 39

per l'annullamento

- della delibera n. 1576 di data 29.10.2009, con la quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva del terzo lotto del servizio sgombero neve e

spargimento cloruri per le stagioni invernali 2009/2010, 2010/2011 e 2011/2012 a favore della Soc. coop. consortile CONTROINTERESSATA;

- della nota prot. n. 23034, di data 30.10.2009, con la quale Consorzio RICORRENTE ha avuto notizia dell'aggiudicazione di cui sopra;
- del verbale di gara n. 42/2009 di data 8.9.2009;
- della nota prot. n. 166 di data 13.10.2009;
- del verbale di gara di data 28.10.2009;
- del bando di gara n. 24/2009, di data 29.6.2009, e della risposta fornita da Autostrada del Brennero S.p.A. al quesito n. 10;
- di ogni altro provvedimento presupposto, successivo e comunque connesso e/o conseguente.

Visto il ricorso, integrato da motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Autostrada del Brennero S.p.A. e del Consorzio CONTROINTERESSATA - Società cooperativa consortile (CONTROINTERESSATA);

Visto il ricorso incidentale proposto dal Consorzio controinteressato;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 maggio 2010 il cons. Alma Chiettini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando di gara n. 24 del 29 giugno 2009, ritualmente pubblicato anche sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea, Autostrada del Brennero S.p.A. ha indetto una procedura di gara di tipo aperto per l'affidamento del servizio di sgombero neve e spargimento cloruri per le stagioni invernali 2009/2010, 2010/2011 e

2011/2012, suddiviso in sei lotti riferiti ad altrettante tratte autostradali. Per l'aggiudicazione era stato prescelto il criterio del prezzo più basso e tra le condizioni di partecipazione, quale requisito di capacità tecnica, era stata richiesta la produzione di una “*dichiarazione di disponibilità del numero di mezzi (autocarri e pale) previsti nell'art. 6 del Capitolato*” che, a sua volta, distingueva tra “*mezzi fissi con personale a chiamata*” e “*mezzi a chiamata con personale a chiamata*”.

2. La vicenda contenziosa in esame concerne il lotto n. 3, per un valore pari a € 2.610.900,00 e relativo al tratto di competenza di San Michele all'Adige, ove, per l'espletamento del servizio, era stato previsto l'utilizzo di mezzi diversi (tra autocarri, pale caricatori e pale gommate), per un totale di 44 unità. Alla procedura concorrenziale, entro il termine prescritto, hanno chiesto di partecipare due concorrenti, il Consorzio ricorrente e il controinteressato CONTROINTERESSATA, Consorzio CONTROINTERESSATA - Società cooperativa consortile. L'aggiudicazione definitiva è stata disposta con delibera presidenziale n. 1576, di data 29 ottobre 2009, a favore del Consorzio CONTROINTERESSATA, che ha presentato l'offerta più conveniente, pari ad € 2.440.477,25, corrispondente ad un ribasso del 6,675%, a fronte dell'offerta con un ribasso dello 0,115% presentata dal ricorrente.

3. Con ricorso notificato il 23 novembre 2009 e depositato presso la Segreteria del Tribunale il successivo giorno 25, il Consorzio RICORRENTE ha impugnato l'aggiudicazione, oltre agli altri atti menzionati in epigrafe, deducendo i seguenti motivi di diritto:

I - “mancata e/o erronea applicazione della *lex specialis* ed in particolare del paragrafo III.2.3, lett. a), del bando di gara e del paragrafo 6.3 del capitolato speciale e dell'art. 75 del D.P.R. 28.12.2000, n. 445; eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, difetto di motivazione, irragionevolezza, illogicità, ingiustizia e contraddittorietà manifeste”. Il ricorrente assume che il

Consorzio aggiudicatario non sarebbe stato in possesso della capacità tecnica integrata dalla disponibilità dei mezzi necessari per lo svolgimento del servizio, posto che solo 1 dei 44 mezzi richiesti risulterebbe di proprietà di una delle società consorziate, 10 sarebbero oggetto di contratti di nolo a freddo e tutti gli altri risulterebbero di proprietà di soci di una delle società consorziate;

II - “mancata e/o erronea applicazione dell’art. 49 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163; della *lex specialis* ed in particolare del paragrafo VI.3, lett. k), del bando di gara e della risposta al quesito n. 10; eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, irragionevolezza, illogicità, ingiustizia e contraddittorietà manifeste; violazione del principio della *par condicio* dei concorrenti”, atteso che l’aggiudicatario non avrebbe precisato a quale titolo fruirebbe della disponibilità di mezzi di proprietà di terzi, non avendo fatto ricorso all’istituto dell’avvalimento;

III - “mancata e/o erronea applicazione degli artt. 34, 38 e 49 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163 e della *lex specialis*, in particolare del paragrafo VI.3, lett. h), del bando di gara; eccesso di potere per difetto di istruttoria, difetto di motivazione, irragionevolezza, illogicità, ingiustizia e contraddittorietà manifeste; violazione del principio della *par condicio* dei concorrenti”, in quanto i soci della cooperativa Due Torri, proprietari dei mezzi necessari per l’espletamento del servizio, non sarebbero stati indicati in sede di offerta e, pertanto, per essi non sarebbe stato dimostrato il possesso dei requisiti generali di partecipazione.

4. Con il ricorso è stata presentata istanza di risarcimento del danno in forma specifica con aggiudicazione dell’appalto a favore degli istanti, previo annullamento di quella impugnata e, in caso di impossibilità, per equivalente, per il mancato utile d’impresa e per il pregiudizio indotto dalla mancata qualificazione sul piano professionale derivante dall’espletamento della commessa in questione, oltre che per le spese sostenute per la presentazione dell’offerta.

Il ricorrente ha altresì chiesto, in via cautelare, la sospensione dei provvedimenti impugnati.

5. Autostrada del Brennero S.p.A. si è costituita in giudizio, argomentatamente chiedendo la reiezione nel merito del ricorso perché infondato.

6. Nei termini di rito si è costituito in giudizio anche il controinteressato Consorzio CONTROINTERESSATA - Societa' cooperativa consortile (CONTROINTERESSATA), anch'esso concludendo per la reiezione del ricorso.

7. Con ricorso incidentale notificato il 10 dicembre 2009 e depositato presso la Segreteria del Tribunale il successivo giorno 15, il Consorzio controinteressato ha impugnato il verbale n. 42/2009 di Autostrada del Brennero S.p.A. nella parte in cui la Commissione ha ammesso alla gara il Consorzio ricorrente, deducendo i seguenti motivi:

i - “violazione e falsa applicazione degli artt. 38 e 2 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163; degli artt. 45, 46 e 75 del D.P.R. 28.12.2000, n. 445; dell'art. 3 della L. 7.8.1990, n. 241 e della *lex specialis* di gara; eccesso di potere per omessa valutazione di circostanze di fatto e di diritto e per difetto di istruttoria; eccesso di potere per difetto di motivazione”, posto che la mandante RICORRENTE TRE Giorgio S.r.l., una delle società componenti l'A.T.I., non avrebbe reso la dichiarazione richiesta dall'art. 38, comma 1, lett. c), del D.Lgs. n. 163 del 2006 per gli amministratori cessati dalla carica;

ii - “violazione e falsa applicazione degli artt. 42 e 2 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163; dei principi generali in materia di procedure concorrenziali e dell'art. 3 della L. 7.8.1990, n. 241; violazione e falsa applicazione, sotto altro profilo, della *lex specialis* di gara e del principio del *clare loqui*; eccesso di potere per omessa valutazione di circostanze di fatto e di diritto e per difetto di istruttoria; eccesso di potere per difetto di motivazione”, in quanto anche il ricorrente avrebbe presentato in sede di

gara una dichiarazione di disponibilità dei mezzi richiesti di contenuto analogo a quella prodotta dal Consorzio CONTROINTERESSATA

8. Con ordinanza n. 41, adottata nella camera di consiglio di data 17 dicembre 2009, questo Tribunale ha respinto la domanda cautelare, sia sotto il profilo del *fumus boni iuris* che del *periculum in mora*, in proposito rilevando: da un lato, che la Stazione appaltante si era impegnata ad includere nel contratto da sottoscrivere con l'aggiudicataria una clausola risolutiva espressa per vincolare la prosecuzione o meno del rapporto all'esito del giudizio e, da altro lato, che in inverno la sospensione dell'attività già avviata avrebbe potuto costituire fonte di disservizi nel tratto autostradale interessato.

9. Con atto notificato il 15 dicembre 2009 e depositato presso la Segreteria del Tribunale il giorno 18, il Consorzio controinteressato ha dedotto i seguenti ulteriori motivi integrativi del ricorso incidentale:

iii - "violazione e falsa applicazione degli artt. 48, 75 e 2 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163; dei principi generali in materia di procedure concorrenti; della *lex specialis* di gara; degli artt. 1936 e ss. c.c. e del D.M. 12.3.2004, n. 123; eccesso di potere per omessa valutazione di circostanze di fatto e di diritto e per difetto di istruttoria; eccesso di potere per difetto di motivazione", atteso che la polizza fideiussoria depositata a corredo dell'offerta presterebbe garanzia a favore del Consorzio in proprio e non nella sua qualità di mandatario del raggruppamento temporaneo di imprese;

iv - "violazione e falsa applicazione degli artt. 37 e 2 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163; dei principi generali in materia di procedure concorrenti; dell'art. 3 della L. 7.8.1990, n. 241 e della *lex specialis* di gara; eccesso di potere per omessa valutazione di circostanze di fatto e di diritto e per difetto di istruttoria; eccesso di potere per difetto di motivazione", per difetto del mandato collettivo speciale di rappresentanza per la partecipazione alla gara *de quo*;

v - “violazione e falsa applicazione degli artt. 42 e 2 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163 e dei principi generali in materia di procedure concorrenziali; eccesso di potere per manifesta sproporzione, irragionevolezza e illogicità”. In via subordinata, è stata denunciata l’illegittimità del bando ove si ritenesse che lo stesso abbia preteso il possesso o la detenzione dei mezzi già al momento della formulazione dell’offerta.

10. Con atto integrativo del ricorso principale, notificato il 23 dicembre 2009 e depositato presso la Segreteria del Tribunale il successivo giorno 24, il ricorrente Consorzio RICORRENTE ha dedotto le seguenti nuove censure:

IV - “mancata e/o erronea applicazione della *lex specialis* ed in particolare del paragrafo III.2.1 del bando di gara; degli artt. 34 e 36 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163; eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, irragionevolezza, illogicità e ingiustizia manifeste”; si afferma che il controinteressato sarebbe da qualificarsi un consorzio stabile al quale, attesa la tassatività dei soggetti elencati nell’art. 34 del Codice dei contratti, non potrebbe aderire una società consortile quale è l’impresa Due Torri;

V - “mancata e/o erronea applicazione della *lex specialis* ed in particolare del paragrafo III.2.3, lett. a), del bando di gara e del paragrafo 6.3 del capitolato speciale d’appalto; dell’art. 84 del D.Lgs. 30.4.1992, n. 285, nonché, in generale, della normativa vigente in materia di autotrasporto per conto di terzi; dell’art. 75 del D.P.R. 28.12.2000, n. 445; eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, irragionevolezza, illogicità e ingiustizia manifeste”, posto che i prodotti contratti di nolo a freddo non costituirebbero titolo valido ai fini della normativa vigente in materia di autotrasporto per conto di terzi, in base alla quale sarebbe richiesta l’iscrizione all’albo degli autotrasportatori sia per il locatore che per il locatario;

VI - “mancata e/o erronea applicazione della *lex specialis* ed in particolare del paragrafo III.2.2, lett. b), del bando di gara e dell’art. 75 del D.P.R. 28.12.2000, n.

445; eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, irragionevolezza, illogicità e ingiustizia manifeste”, atteso che in capo all’aggiudicatario non sarebbe stato sufficientemente provato il possesso del requisito di capacità economico - finanziaria, posto che non sarebbe stata prodotta documentazione idonea allo scopo;

VII - “mancata e/o erronea applicazione della *lex specialis* ed in particolare dell’art. 14, lett. h), del capitolato speciale d’appalto; eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, irragionevolezza, illogicità e ingiustizia manifeste”, perché non sarebbe stata provata l’omologazione dei mezzi impiegati prima dell’aggiudicazione definitiva del servizio.

11. Con ricorso per motivi aggiunti, notificato l’11 marzo 2010 e depositato presso la Segreteria del Tribunale il giorno 16 marzo, il Consorzio RICORRENTE - rilevato che in una diversa vicenda pendente innanzi a questo Tribunale la difesa del Consorzio controinteressato ha qualificato lo stesso alla stregua di un “*consorzio ordinario*” - ha dedotto la seguente ulteriore censura:

VIII - “mancata e/o erronea applicazione della *lex specialis*, ivi incluso il fac-simile di dichiarazione allegato al bando di gara; dell’art. 37, comma 4, del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163; eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, irragionevolezza, illogicità e ingiustizia manifeste”, in quanto il concorrente, quale consorzio ordinario, non avrebbe specificato le parti del servizio che sarebbero state eseguite dai singoli operatori economici riuniti.

12. In prossimità dell’udienza di discussione le difese delle parti in causa hanno presentato memorie riepilogative delle rispettive posizioni.

13. Alla pubblica udienza di data 13 maggio 2010, sentiti i procuratori presenti, che hanno insistito nelle opposte argomentazioni, la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. Autostrada del Brennero S.p.A. ha indetto una procedura aperta di gara distinta in 6 lotti per individuare altrettanti contraenti cui affidare il servizio di sgombero neve e di spargimento cloruri dal Brennero a Modena per le stagioni invernali 2009/2010, 2010/2011 e 2011/2012. Oltre alla documentazione utile da presentare per la partecipazione alla gara i concorrenti avevano l'obbligo di produrre, per comprovare la sussistenza dei requisiti di capacità tecnica, una *“dichiarazione di disponibilità del numero di mezzi (autocarri e pale) previsti nell'art. 6 del Capitolato”* che, per il lotto n. 3 - relativo al tratto di competenza di San Michele all'Adige, dal km. 102 al km. 158, che presentava una base d'asta pari a € 2.610.900,00 - richiedeva un totale di 44 unità tra autocarri, pale cariatrici e pale gommate.

Alla gara per detto lotto n. 3 hanno partecipato esclusivamente due consorzi, rispettivamente il Consorzio RICORRENTE con sede in Trento e il Consorzio CONTROINTERESSATA (CONTROINTERESSATA), con sede in Pegognana (MN). La procedura si è conclusa con l'aggiudicazione del servizio al Consorzio CONTROINTERESSATA, che aveva presentato il prezzo più basso con un ribasso del 6,675% sulla base d'asta.

In fatto, va precisato che il Consorzio CONTROINTERESSATA è costituito dalle soc. Semeghini Ivo e Gianni S.n.c., Faro S.r.l., Nial Nizzoli S.r.l. e dalla Società cooperativa consortile Due Torri, alla quale, a sua volta, aderiscono numerosi soci, sia ditte individuali che società.

2a. Il mandatario Consorzio RICORRENTE, in proprio e in qualità di capogruppo di A.T.I. costituita, ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione del servizio al controinteressato, deducendo plurimi motivi di censura, anche integrati da motivi aggiunti, sostanzialmente basati sull'assunto che l'aggiudicatario non sarebbe in possesso della capacità tecnica rappresentata dalla disponibilità dei

mezzi richiesti, posto che il maggior numero di essi risulterebbe in proprietà di soci di una società cooperativa consorziata.

2b. Si è costituito in giudizio l'intimato Consorzio CONTROINTERESSATA allegando la legittimità dell'operato della Stazione appaltante, posto che la mera disponibilità delle attrezzature prescritte dal bando di gara, nel che si tradurrebbe il requisito in questione, sarebbe stata dimostrata con la consegna dei libretti di circolazione dei mezzi appartenenti ad imprese socie della consorziata Due Torri. Con ricorso incidentale ha, poi, dedotto che l'A.T.I. ricorrente sarebbe stata illegittimamente ammessa alla procedura di gara.

2c. Autostrada del Brennero S.p.A. ha difeso l'operato della Commissione di gara, ricordando che, in sede di presentazione dell'offerta, sarebbe stato necessario e sufficiente depositare una "*dichiarazione di disponibilità del numero dei mezzi richiesti*" e chiarendo che, dopo l'aggiudicazione provvisoria, avrebbe appurato il possesso dei requisiti relativi alla capacità tecnico - organizzativa. Infatti, con lettera raccomandata del 10 settembre 2009, aveva chiesto all'aggiudicatario di "*comprovare le dichiarazioni rese in sede di gara*" producendo l'elenco dei mezzi prescritti unitamente ai relativi libretti di circolazione, che il Consorzio C.S.A.I aveva prontamente consegnato, dai quali si ricavava che un mezzo era di proprietà della consorziata Faro S.r.l.; che 10 erano oggetto di contratti di nolo a freddo; che 35 erano di proprietà di società consorziate con la società cooperativa Due Torri. Oltre a copia dei libretti ha anche depositato l'elenco delle attrezzature che avrebbe utilizzato (8 mezzi per il servizio spargisale; 29 per lo sgombero neve e 9 mezzi pala/benna).

Con la successiva nota del 13 ottobre 2009 il Direttore generale di Autostrada del Brennero ha contestato che il libretti di circolazione ricevuti erano relativi ad automezzi intestati ad imprese diverse rispetto a quelle che risultavano socie del Consorzio e che pertanto non era "*desumibile il rispetto del requisito tecnico richiesto dal*

bando”. Il 23 ottobre il Presidente di CONTROINTERESSATA ha quindi prodotto l’elenco dei mezzi con i nominativi dei rispettivi proprietari e copia del libro soci di Due Torri s.c.a.r.l., dal quale si poteva evincere che i proprietari dei mezzi erano a loro volta soci dell’impresa consorziata (cfr., documenti da n. 6 a n. 14 in atti della Società resistente).

L’istruttoria si è conclusa con il verbale del 28 ottobre 2009 (cfr., documento n. 15 in atti di parte resistente), nel quale la Stazione appaltante ha dato atto che *“dalla documentazione prodotta si desume che tutti i mezzi per i quali sono stati forniti i libretti di circolazione sono a disposizione del CONTROINTERESSATA, in quanto appartengono direttamente a imprese consorziate, a soci della consorzata Due Torri Soc. Coop. o, in alternativa, risultano noleggiati tramite contratti di nolo a freddo”*.

Infine, la resistente ha precisato che, in risposta ai quesiti pervenuti (ed in particolare alla domanda con cui si chiedeva se la disponibilità dei mezzi dovesse essere riferita unicamente a quelli in proprietà o se, in alternativa, potessero essere elencati anche mezzi di subappaltatori o di noleggiatori), aveva chiarito che era *“richiesta la messa a disposizione dei mezzi ma non la proprietà degli stessi”* (cfr., quesito n. 10 - documento n. 3 in atti della Società resistente).

3a. Quanto all’evoluzione della vicenda, successivamente alla proposizione del ricorso va dato atto che il Consorzio RICORRENTE è stato posto in liquidazione volontaria, il che, come ha affermato il suo difensore, si correlerebbe alla mancata assegnazione della commessa di cui all’appalto per cui è causa (cfr., documenti nn. 31, 32 e 33 in atti di parte resistente).

A seguito di ciò, sia il Consorzio controinteressato che Autostrada del Brennero hanno eccepito che, in capo all’istante, sarebbe venuto meno l’interesse al ricorso, posto che l’attuale *status* autorizzerebbe le sole operazioni dirette al soddisfacimento dei creditori.

3b. Detta eccezione deve essere, peraltro, disattesa.

E' noto che nel processo amministrativo l'interesse al ricorso, in quanto condizione dell'azione, deve sussistere sia al momento della sua proposizione sia in quello della pronuncia finale, con conseguente attribuzione al giudice amministrativo del potere di verificare la sua persistenza in ogni fase processuale (cfr., in termini, C.d.S., sez. VI, 3.9.2009, n. 5191). La carenza dell'interesse a ricorrere si costituisce in virtù di una sopravvenuta situazione di fatto o di diritto in presenza della quale l'eventuale annullamento di un provvedimento amministrativo non sia più in grado di arrecare alcun vantaggio al ricorrente: un siffatto risultato consegue all'accertamento che la sopravvenuta modificazione della situazione di fatto o di diritto escluda la persistenza dell'interesse, anche meramente strumentale o morale, alla decisione (in termini, cfr., C.d.S., sez. V, 1.4.2009, n. 2077 e sez. IV, 1.8.2001, n. 4206), pena “*un atto di denegata giustizia*” (cfr., C.d.S., sez. VI, 17.12.2008, n. 6257).

3c. Riconducendo al caso di specie tale *modus procedendi*, non è sotto alcun profilo dubitabile che un'eventuale accoglimento del ricorso comporterebbe un sicuro vantaggio per il ricorrente, traducendosi in effetti conformativi, ripristinatori o anche soltanto valorizzabili ai fini del risarcimento del danno: su tale fondamento la prospettata tesi dell'improcedibilità del ricorso è dunque priva di ogni giuridico pregio.

4a. Definita come precede l'opposta eccezione in rito, il ricorso deve essere accolto con riferimento al primo mezzo introdotto.

Va premesso, al riguardo, che dalla lettura del bando di gara si ricava che, al momento della presentazione della prescritta documentazione, era sufficiente la sola “*dichiarazione di disponibilità del numero di mezzi (autocarri e pale) previsti nell'art. 6 del Capitolato*”. Su tale inequivoco fondamento si evince dunque che:

- la sola “*disponibilità*” dei mezzi, era da intendersi come un concreto e stabile godimento degli stessi, indipendentemente dal titolo, reale o obbligatorio, in base al quale erano materialmente detenuti;
- era stato previsto che l’acquisizione dei necessari titoli, a dimostrazione di detta disponibilità, potesse avvenire in una fase successiva rispetto a quella della partecipazione alla gara purché anteriore all’aggiudicazione.

La Stazione appaltante, con la nota n. 10 del 19.8.2009, aveva del resto chiarito che era stata richiesta la sola messa a disposizione degli occorrenti mezzi di rimozione della neve e del ghiaccio ma non la loro proprietà. Dalla successiva istruttoria svolta da Autostrada del Brennero emerge poi che i concorrenti non dovessero dimostrare la disponibilità dei mezzi fin dal momento della loro partecipazione alla procedura concorsuale, essendo sufficiente che detta prova sopravvenisse immediatamente dopo l’eventuale aggiudicazione provvisoria.

Tale interpretazione appare in ogni caso l’unica compatibile con i principi del diritto comunitario a presidio della libera concorrenza in sede di pubblici appalti che escludono la prefissione di ogni clausola di carattere discriminatorio e anticoncorrenziale: una lettura volta a prescrivere la disponibilità materiale dei mezzi come requisito di partecipazione alla gara equivarrebbe, infatti, a riservarne l’accesso alle sole imprese già operanti nel settore e, quindi, dotate di congrue attrezzature. Si porrebbe con ciò in essere una palese violazione dei principi comunitari di proporzionalità, di libera concorrenza, di parità di trattamento e di non discriminazione, che trovano diretta applicazione nell’ordinamento interno, in ossequio alla posizione di preminenza dell’ordinamento comunitario e richiamati dall’art. 2 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163.

4b. Chiarito il significato della clausola in esame, va ora accertato se l’attuazione che ne ha dato la Stazione appaltante resista alle censure ulteriormente dedotte: in sede di verifica dell’effettivo possesso dei requisiti dichiarati, il Consorzio

CONTROINTERESSATA ha, infatti, allegato che la larga maggioranza dei mezzi era di proprietà di soci della consorziata società Due Torri e su tale solo fondamento è stato ritenuto che fosse stato comprovato il possesso del requisito tecnico richiesto.

Detta conclusione non può, tuttavia, essere condivisa.

Sotto un primo aspetto la suddetta dimostrazione non può essere, infatti, desunta *sic et simpliciter* dal mero dato fattuale dell'esistenza di un doppio vincolo consortile, il quale, seppure sussistente, non è da solo capace di attestare che il Consorzio sovraordinato che ha partecipato alla gara abbia la vista disponibilità delle prescritte attrezzature.

4c. Si deve alla giurisprudenza della Corte di Giustizia il vincolante rilievo che, ancora in base all'art. 32 della direttiva 18 giugno 1992, n. 92/50/CEE, un prestatore di servizi possa comprovare il possesso dei propri requisiti economici, finanziari e tecnici di partecipazione ad una gara, facendo *“riferimento alle capacità di altri soggetti, qualunque sia la natura giuridica dei vincoli che ha con essi, a condizione che sia in grado di provare l'effettiva disponibilità dei mezzi necessari all'esecuzione dell'appalto”*; che, in particolare, *“la capacità tecnica può essere dimostrata, in vista dell'aggiudicazione dell'appalto pubblico di servizi, anche mediante l'indicazione della disponibilità di mezzi appartenenti a parti diverse da quella concorrente nel procedimento di aggiudicazione dell'appalto. L'autorità aggiudicatrice potrà verificare se l'offerente ha l'effettiva disponibilità dei mezzi durante il periodo di durata dell'appalto. La parte concorrente, che indica mezzi e capacità di soggetti o di imprese ai quali è legata da vincoli diretti o indiretti, deve dare la dimostrazione di disporre effettivamente di tali mezzi e capacità”* (cfr., sez. V, 2.12.1999, in causa C-176/98).

Il descritto orientamento, palesemente finalizzato ad evitare indebiti ostacoli alla libera prestazione dei servizi nell'aggiudicazione dei pubblici appalti, ha, poi, trovato puntuale conferma all'art. 47, secondo comma della direttiva 2004/18/CE, che ha stabilito che *“un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto”*,

fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a *“prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. In tal caso deve dimostrare all'amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno a tal fine di questi soggetti”*: in definitiva, per potersi avvalere di mezzi di altri, occorre comprovarne l'effettiva disponibilità, spettando al *“giudice nazionale valutare se tale prova sia fornita nella fattispecie di cui alla causa a qua”* (cfr., sentenza 2.12.1999, in causa C-176/98, cit.).

Il detto indirizzo è stato condiviso dal Consiglio di Stato, che ha rilevato che *“qualora un concorrente, per dimostrare la propria capacità finanziaria, economica e tecnica al fine di essere ammesso a partecipare ad una procedura di gara d'appalto, faccia riferimento alla capacità di altri soggetti od imprese, cui è legato da vincoli diretti o indiretti - di qualunque natura giuridica essi siano - avrà l'onere di dimostrare di poter effettivamente disporre dei mezzi di tali soggetti o imprese che non gli appartengono in proprio, ma che sono necessari all'esecuzione dell'appalto”*. La vista pronuncia ha considerato a tal fine documento appropriato un atto unilaterale di impegno, irrevocabile e incondizionato, assunto da una società, con il quale il personale di essa, nella misura necessaria ad assicurare il rispetto del requisito, è stato messo a disposizione di altra società per l'esecuzione dei servizi oggetto della procedura di gara, pur nel concorso dell'identica composizione societaria, il che ha reso ulteriormente *“paleso la realizzazione di un unitario e comune centro di interessi tra le due società”* (cfr., C.d.S., sez. V, 15.12.2005, n. 7134).

4d. Detta prova ha fatto, peraltro, palesemente difetto nel caso di specie, non essendo stato documentato che i soggetti terzi rispetto alla gara, ma proprietari dei ridetti mezzi, si fossero formalmente obbligati a porli a disposizione del CONTROINTERESSATA per l'arco temporale di esecuzione del servizio, a nulla rilevando che i detti proprietari avessero consegnato a quest'ultimo i rispettivi libretti di circolazione, consegna che, a tale scopo, non può assumere il valore di un impegno, sostanziale e formale, circa il loro utilizzo, pur in presenza di un

generico “*rapporto di gruppo*” (cfr., in termini, C.d.S., sez. VI, 9.2.2010, n. 641 e T.A.R. Lazio, Roma, sez. III *ter*, 25.8.2006, n. 7515).

5a. Sotto un diverso profilo va rilevato che le disposizioni sopra ricordate della direttiva 2004/18/CE sono state recepite all’art. 49 del Codice dei contratti pubblici, relativo all’avvalimento, ove è stato autorizzato che un imprenditore, al fine di comprovare il possesso dei requisiti tecnici richiesti per la partecipazione ad una gara, faccia riferimento alla capacità di altri soggetti, qualunque sia la natura giuridica dei vincoli che abbia con essi, a condizione che disponga effettivamente dei mezzi in dotazione a tali soggetti, che gli siano necessari per l’esecuzione dell’appalto.

Il Consiglio di Stato ha in proposito autorevolmente chiarito che “*l’impresa <ausiliaria> assolve al compito di permettere al soggetto che ne sia privo, di concorrere alla gara, provando, tramite i propri, il possesso dei richiesti requisiti*”, ma che essa “*non assume la veste di partecipante alla gara*” (cfr., C.d.S., sez. V, 3.12.2009, n. 7592).

Negli stessi termini si è da tempo espressa la Corte di Giustizia che, evidenziando “*l’esistenza di vincoli diretti o indiretti fra l’impresa concorrente e quella ausiliaria, ha sottolineato l’estraneità di quest’ultima alla procedura di aggiudicazione [Corte di Giustizia CEE, 14 aprile 1994, causa C-389/92 (Ballast Nedam Groep I); 18 dicembre 1997, causa C-5/97 (Ballast Nedam Groep II); 2 dicembre 1999, causa C-176/98 (Holst Italia s.p.a.)]*”.

L’istituto dell’avvalimento ha dunque una portata generale ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione, “*restando peraltro ferma la necessità, in ogni caso, di un vincolo giuridico, preesistente all’aggiudicazione della gara, che obblighi il soggetto terzo a fornire al concorrente i requisiti di cui non dispone direttamente e la cui titolarità, in forza di detto vincolo, viene ad essere riferita al soggetto, che partecipa alla gara*” (cfr., C.d.S., sez. IV, 20.11.2008, n. 5742).

Traendo le conseguenze dal richiamato, conforme indirizzo della giurisprudenza comunitaria e nazionale, anche il secondo mezzo introdotto è fondato, posto che il

Consorzio CONTROINTERESSATA, che avrebbe pur potuto fruire dei requisiti tecnici delle imprese socie di Due Torri, non ha fatto ricorso all'istituto dell'avvalimento sulla base del quale, come sopra illustrato, le dette imprese o ditte individuali non sarebbero state considerate estranee alla procedura di gara.

5b. Da quest'ultimo punto di vista viene in rilievo il terzo motivo, che è egualmente fondato.

Il Consorzio CONTROINTERESSATA, come composto dalle ditte Semeghini, Faro, Nial Nizzoli e Due Torri, si è, infatti, presentato quale unico referente nei confronti della stazione appaltante, ancorché abbia dichiarato di voler utilizzare mezzi, e presumibilmente anche risorse umane, forniti da soci di una società a sua volta consorziata, omettendo di rendere noti gli estremi delle rispettive ragioni sociali e dei relativi proprietari degli stessi mezzi.

Integrando questi il ruolo di distinti soggetti che si sarebbero assunti il compito dell'espletamento del servizio per il previsto triennio è, tuttavia, mancata la dimostrazione in capo ad essi dei requisiti di ordine generale per la partecipazione alle procedure concorsuali indicati dall'art. 38 del D.Lgs. n. 163 del 2006: il che, per come si è più sopra precisato, non sarebbe avvenuto ove fosse stato fatto uso dell'istituto dell'avvalimento nei termini sopra indicati.

La giurisprudenza amministrativa ha, infatti, più volte confermato che *“il possesso dei requisiti generali di partecipazione alla gara d'appalto, relativi alla regolarità della gestione delle singole imprese sotto il profilo dell'ordine pubblico, quello economico, nonché della moralità, va verificato non solo in capo al consorzio, ma anche alle singole imprese quali esecutrici del servizio. La possibilità che il consorzio ... rappresenti un centro autonomo di responsabilità e di imputazioni delle attività svolte non implica che la stessa unitarietà debba valere nei casi in cui il consorzio non venga in rilievo quale centro autonomo di imputazione, ma per la qualità dei soggetti che vi partecipano”* (cfr., C.d.S., sez. IV, 27.6.2007, n. 3765 e sez. V, 5.9.2005, n. 4477). L'opposta conclusione, significherebbe, invero, ammettere che le

stringenti garanzie di serietà e moralità professionale richieste inderogabilmente agli imprenditori singoli possano essere eluse attraverso la costituzione di un consorzio, anche su più livelli, che riuscirebbe a conseguire l'aggiudicazione di gare per la prestazione di servizi per le pubbliche amministrazioni cui i singoli non sarebbero dovuti essere ammessi (cfr., in termini, T.A.R. Toscana, Firenze, sez. II, 18.6.2008, n. 1637).

In tale puntuale significato il bando di gara aveva prescritto che, in caso di partecipazione di consorzi, il possesso dei requisiti generali "*dovesse essere dichiarato anche dalle consorziate per cui partecipa*" (lett. h) del punto VI.3); in sede di formulazione della propria offerta CONTROINTERESSATA aveva indicato le quattro imprese consorziate esecutrici (che hanno reso la dichiarazione ex art. 38), fra le quali figura la società cooperativa Due Torri; quest'ultima, tuttavia, non disponendo di attrezzature proprie, o non intendendo fruirne, ha utilizzato quelle delle proprie imprese socie con la conseguenza che avrebbe dovuto dichiarare per quali di esse partecipava e queste ultime, a loro volta, avrebbero dovuto rendere la dichiarazione richiesta a tutti i concorrenti ai sensi del richiamato art. 38.

6. Non hanno, invece, alcun pregio giuridico i motivi introdotti con l'atto integrativo del ricorso originario.

6a. Con il quinto motivo è stata denunciata violazione di legge ed eccesso di potere sul rilievo che i prodotti contratti di nolo a freddo non attesterebbero la disponibilità dei mezzi in questione, a ciò opponendosi la normativa vigente in materia di autotrasporto per conto di terzi, che prescriverebbe l'iscrizione all'albo degli autotrasportatori sia per il locatore che per il locatario.

Il servizio di sgombero neve, che si sostanzia nel passo e ripasso sul tratto autostradale di competenza, non integra, tuttavia, alcuna attività di trasporto, essendo i suddetti mezzi utilizzati per la prestazione di un servizio. Né tale affermazione è contraddetta dal fatto che i cloruri, prima di essere sparsi sulle

carreggiate autostradali, debbono essere necessariamente trasportati dal mezzo che espleta il servizio, come ha plausibilmente affermato il Giudice di pace di Trento con la sentenza n. 233 del 3.5.2010, che ha annullato la sanzione comminata alla ditta Semeghini per la pretesa violazione dell'art. 46 della L. 6.6.1974, n. 248, concernente i trasporti abusivi: nella motivazione è stato, infatti, statuito che il servizio di spargimento del sale non integra un'attività di trasporto per conto di terzi, ma piuttosto un trasporto in conto proprio di merce utilizzata nell'espletamento di un servizio pubblico.

6b. Infondato è anche il sesto mezzo, ove si deduce che l'aggiudicatario non avrebbe prodotto documentazione capace di acclarare il possesso dei requisiti di capacità economica e finanziaria.

In proposito il bando di gara prevedeva una *“dichiarazione concernente l'importo dei servizi attinenti l'oggetto della gara ... eseguiti esclusivamente in ambiti autostradali o su strade extraurbane principali?”* e con la nota del 10 settembre 2009 la Stazione appaltante ha chiesto all'aggiudicatario provvisorio di presentare *“copia conforme di fatture quietanziate o dei certificati di regolare esecuzione”*. Dalla documentazione successivamente prodotta emerge che, nel precedente triennio, il Consorzio CONTROINTERESSATA aveva complessivamente prestato servizi analoghi a quelli oggetto della gara per un importo ben superiore a quello richiesto, ciò documentando tramite copia conforme sia di *“certificati di regolare esecuzione”* che di *“certificati di pagamento”* rilasciati dalla società Autostrade per l'Italia.

L'art. 41 del D.Lgs. n. 163 del 2006 indica al comma 1 i documenti con i quali detta dimostrazione può essere fornita, rimettendo alle amministrazioni appaltanti l'individuazione di quelli ritenuti più idonei a tal fine, in ragione di quanto previsto dal successivo comma 2, secondo il quale *“le amministrazioni precisano nel bando di gara i requisiti che devono essere posseduti dal concorrente, nonché gli altri eventuali che ritengono di richiedere”*.

I detti documenti sono costituiti da idonee dichiarazioni bancarie (comma 1, lett. a), dai bilanci o estratti dei bilanci dell'impresa (comma 1, lett. b), da dichiarazioni concernenti il fatturato globale di impresa e l'importo relativo ai servizi e forniture oggetto della gara, realizzati negli ultimi tre anni. Come ha osservato il Consiglio di Stato, *“si tratta di tre categorie di documenti del tutto diversi tra di loro per contenuto e funzioni, le prime (idonee dichiarazioni bancarie) essendo finalizzate ad attestare la affidabilità dell'impresa in relazione al credito; i secondi (bilanci o estratti dei bilanci) essendo finalizzati a dimostrare la situazione (interna) contabile e finanziaria dell'impresa e dunque le sue effettive capacità imprenditoriali; il terzo (dichiarazione sul fatturato globale e su quello relativo ai servizi e forniture oggetto della gara) essendo piuttosto rivolto alla dimostrazione delle concrete capacità operative dell'impresa concorrente”* (cfr., C.d.S., sez. V, 23.2.2010, n. 1040).

Tali categorie di documenti sono state dal legislatore ritenute tutte ugualmente idonee a fornire la prova della capacità economica e finanziaria di un'impresa concorrente, per cui, avendo il bando prescritto la presentazione di *“dichiarazioni”* i visti *“certificati di avvenuto pagamento”*, che sottendono l'intervenuta regolare esecuzione del servizio, sono incontrovertibilmente idonei ad attestare la necessaria capacità tecnica e finanziaria.

6c. Infine, irricevibile per tardività deve essere dichiarato il motivo introdotto in via aggiunta, posto che, conformemente a quanto eccepito dal controinteressato, la dedotta configurazione giuridica di esso quale consorzio ordinario era ben conoscibile già al momento della proposizione dell'atto introduttivo.

Il Consiglio di Stato ha precisato in proposito che *“nel processo amministrativo il presupposto necessario per la proposizione di motivi aggiunti, ai fini della deduzione di ulteriori vizi di legittimità dell'atto impugnato, consiste nell'ignoranza dei vizi stessi al momento della proposizione del ricorso introduttivo, non imputabile al deducente ... oppure l'emersione aliunde*

di fatti o di circostanze nuove e significative, in precedenza non conosciuti, né conoscibili? (cfr., *ex multis*, C.d.S., sez. IV, 15.9.2006, n. 5394).

Nel caso in esame, il ricorrente ha peraltro riconosciuto di aver avuto piena conoscenza di tutta la documentazione di gara prodotta dal controinteressato in data 12 novembre 2009, sicché al momento della notificazione di detti motivi aggiunti, l'11 marzo 2010, il termine per la loro proposizione si era da tempo consumato. Ciò trova, inoltre, conferma in quanto illustrato con l'atto integrativo depositato in data 24 dicembre 2009, con il quale, a seguito dell'esame della dichiarazione resa in sede di gara dalla controparte, era stato assunto, all'opposto, che CONTROINTERESSATA sarebbe un consorzio stabile, denunciando la violazione degli artt. 34 e 36 del D.Lgs. n. 163 del 2006.

L'effettiva natura del consorzio era dunque conoscibile dalla parte interessata sin dal momento della ricezione della documentazione fornita dalla Stazione appaltante a seguito dell'istanza di accesso, con conseguente onere di prospettare tutti i possibili profili di illegittimità connessi a tale aspetto nel termine ordinario di impugnazione decorrente da quella data.

7. In questi termini, il ricorso principale è dunque fondato.

8a. Quanto alla necessità di dar corso all'esame del ricorso incidentale va fatta applicazione dell'indirizzo espresso dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, la quale ha osservato che *“un'impresa è titolare di un interesse a ricorrere non solo quando mira ad ottenere l'aggiudicazione della gara cui abbia partecipato, ma anche quando, quale titolare di un interesse strumentale, mira ad ottenere l'annullamento di tutti gli atti, affinché la gara sia ripetuta con l'indizione di un ulteriore bando”*, e che *“qualunque sia il primo ricorso che si esamini e che si ritenga fondato, si deve tener conto dell'interesse strumentale di ciascuna impresa alla ripetizione della gara e si deve esaminare anche l'altro”* (cfr., C.d.S., Ad Pl., 10.11.2008, n. 11): da quanto suesposto (e pur concernendo le impugnazioni in esame l'aggiudicazione definitiva da una parte e l'ammissione alla gara dall'altra),

consegue dunque che, a fronte di due soli candidati all'aggiudicazione del lotto in questione le censure dedotte con il ricorso incidentale debbono essere egualmente definite, in quanto, dopo l'accoglimento del ricorso principale, persiste l'interesse del Consorzio controinteressato all'esame del prodotto ricorso incidentale, la cui eventuale fondatezza darebbe luogo alla riedizione della gara.

9a. Con il primo motivo si assume che il Consorzio RICORRENTE sarebbe stato illegittimamente ammesso alla procedura di gara sulla base di documentazione inveritiera, posto che una delle società componenti l'A.T.I., nella specie la mandante RICORRENTE TRE Giorgio S.r.l., avrebbe reso la dichiarazione richiesta dall'art. 38, comma 1, lett. c), del D.Lgs. n. 163 del 2006 solo nei confronti del legale rappresentante in carica e non avrebbe comunicato l'esistenza dei soci Roberto Decarli e Marco RICORRENTE TRE cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando, come emerge dalla documentazione esibita in giudizio (cfr., documenti nn. 5, 6 e 7 depositati in data 15.12.2009). Inoltre, il nominato Decarli avrebbe rivestito anche la carica di *“responsabile tecnico delegato alla certificazione degli impianti termo - idraulici”*.

9b. Detta argomentazione non può essere condivisa.

Il bando di gara, al punto III.2.1), si è, infatti, limitato a prescrivere che tutti i concorrenti dovessero presentare la dichiarazione di possesso dei requisiti di cui al nominato art. 38; al punto VI.3), lett. c), aveva previsto la pena dell'esclusione per la mancanza della suddetta dichiarazione; non aveva soggiunto alcuna specifica ed ulteriore causa di esclusione; in giudizio alcun principio di prova è emerso sull'esistenza o meno di precedenti penali a carico dei visti ex soci della società RICORRENTE TRE Giorgio.

L'invocato art. 38 stabilisce, in particolare, che devono essere esclusi dalla partecipazione alle procedure pubbliche di affidamento di lavori, forniture e servizi i soggetti, fra cui rientrano anche gli amministratori muniti del potere di

rappresentanza e il direttore tecnico cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando, nei cui confronti sia stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta. Presupposto indefettibile per l'esclusione dalla gara ai sensi della norma in esame è, quindi, la sussistenza di precedenti penali per gravi reati in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale, mentre non assume alcun rilievo, in assenza di specifica disposizione della *lex specialis*, “*il mero dato formale della non veridicità della dichiarazione circa i soggetti che abbiano ricoperto le cariche rilevanti nel periodo di tempo all'uopo preso in considerazione dalla disciplina normativa*”: nella specie, “*trattasi, in definitiva, per mutuare categorie penalistiche, di un falso innocuo, privo di qualsivoglia offensività rispetto agli interessi presidiati dalle regole che governano la procedura di evidenza pubblica, come tale non stigmatizzabile con la sanzione dell'esclusione*” (cfr., sez. V, 13.2.2009, n. 829 e, in termini, T.R.G.A. Trento, 7.10.2009, n. 251).

9c. Sempre con riferimento alla lett. c) del comma 1 dell'art. 38, il Consiglio di Stato ha precisato che l'accertamento del requisito (e delle conseguenti cause di esclusione) implica un apprezzamento che compete dapprima al concorrente e successivamente alla stazione appaltante; che i due giudizi possono giungere a conclusioni diverse; che, non di rado, i bandi richiedono che il concorrente dichiari di non trovarsi in una delle situazioni che sono causa di esclusione ai sensi dell'art. 38 del Codice, concludendo che, in tali ipotesi - fra le quali rientra quella di causa - si “*giustifica una valutazione di gravità/ non gravità compiuta dal concorrente, sicché egli non può essere escluso per il solo fatto dell'omissione formale, cioè di non aver dichiarato tutte le condanne penali o tutte le violazioni contributive; andrà escluso solo ove la stazione appaltante ritenga che le condanne o le violazioni contributive siano gravi e definitivamente accertate*” (cfr., C.d.S., sez. VI, 4.8.2009, n. 4905).

In conclusione, legittima appare una diversa e più estesa lettura della norma soltanto nel caso in cui il bando, invece di limitarsi a chiedere una generica dichiarazione di insussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38 del Codice, avesse imposto, e sanzionato con l'esclusione in caso di omissione, una dichiarazione dal contenuto più ampio rispetto a quanto prescritto dalla norma in esame, al fine di riservare alla stazione appaltante la valutazione della gravità o meno dell'illecito ed anche di ogni omessa dichiarazione. Solo in siffatta ipotesi, dunque, la causa di esclusione non è solo quella, sostanziale, dell'essere stata commessa una grave violazione penale, ma anche quella, formale, di aver omesso una dichiarazione prescritta dal bando.

9d. Tuttavia il bando in esame aveva prescritto la sola dichiarazione della presenza o assenza di condanna penale per reati gravi, per cui il motivo deve essere respinto con la precisazione che, se è imperativo che le stazioni appaltanti debbano avere rapporti esclusivamente con soggetti affidabili dal punto di vista della moralità, sotto altro profilo occorre prendere le distanze da una lettura strettamente formale di qualsivoglia dichiarazione non veritiera, poiché ciò *“si tradurrebbe in un pregiudizio per il principio di libera concorrenza, che non esplica soltanto effetti positivi sulla partecipazione alle pubbliche gare delle imprese presenti nel mercato unico, ma anche per la Pubblica amministrazione, che si avvantaggia della possibilità di poter valutare favorevolmente le offerte inoltrate senza che ciò sia precluso dal fatto che le imprese abbiano presentato dichiarazioni incomplete, peraltro del tutto ininfluenti sull'affidabilità della singola impresa”* (cfr., T.R.G.A. Trento, n. 251 del 2009, cit.).

10. Con il secondo e il quinto motivo del ricorso incidentale, che possono essere trattati congiuntamente, da un lato si sostiene che anche il Consorzio ricorrente si sarebbe limitato, in sede di gara, a presentare una semplice dichiarazione di disponibilità dei mezzi richiesti per lo svolgimento del servizio di contenuto analogo a quella presentata dal Consorzio CONTROINTERESSATA; da altro

lato, si censura la *lex specialis* di gara ove si ritenesse che abbia preteso la dimostrazione della materiale disponibilità dei mezzi sin dal momento della formulazione dell'offerta.

Il Collegio rileva che tali doglianze sono già state disattese al punto 4a. che precede, cui conseguentemente si rinvia.

11a. Con ulteriore mezzo si denuncia che la fideiussione bancaria n. 02/04730/09 (cfr., documento n. 10 in atti di parte resistente) sarebbe stata prestata a favore del solo Consorzio RICORRENTE in proprio e non nella sua qualità di impresa mandataria di un raggruppamento temporaneo.

11b. Anche tale censura non può essere accolta.

Va premesso in proposito che la garanzia prestata a corredo dell'offerta è stata rilasciata dalla Cassa Rurale di Lavis - Valle di Cembra in data 17 agosto 2009, dopo che l'A.T.I. ricorrente era stata formalmente costituita con atto, rep. n. 127.683, rac. n. 16.546, ricevuto in data 3 agosto 2009 dal notaio Pappaglione in Trento. Per questo aspetto tenersi conto:

- che ai sensi dell'art. 75, commi 6 e 8, del D.Lgs. n. 163 del 2006, la vista fideiussione bancaria copre "*la mancata sottoscrizione del contratto per causa imputabile al soggetto aggiudicatario*"; che essa contiene l'impegno del fideiussore a rilasciare la cauzione definitiva per assicurare l'esecuzione del contratto "*qualora il concorrente risulti aggiudicatario dell'appalto*"; che l'istituto di credito si è impegnato a versare la somma indicata "*a semplice richiesta della stessa ... senza possibilità di opporre eccezioni di sorta*";

- che al momento della redazione dell'atto fideiussorio le imprese mandanti avevano già nominato capogruppo il Consorzio RICORRENTE, al quale, ai sensi dei commi 15 e 16 dell'art. 37 del Codice dei contratti pubblici, avevano conferito mandato collettivo speciale gratuito ed irrevocabile, con rappresentanza esclusiva, anche processuale, per compiere tutte le attività giuridiche necessarie per la

partecipazione alla gara, per perfezionare il contratto d'appalto e per l'eventuale esecuzione dello stesso.

A tale stregua pare del tutto evidente che il Consorzio RICORRENTE, essendo stato debitamente autorizzato a partecipare alla gara e a svolgere tutti gli incombenzi conseguenti, era l'unico soggetto cui potesse essere riferito il rischio previsto dalla garanzia offerta, che è stata quindi correttamente intestata.

12. Infine, con l'ultimo motivo si contesta che il visto mandato di costituzione del raggruppamento non indicherebbe il lotto per il quale il mandatario era autorizzato a presentare l'offerta.

Anche tale mezzo, che appare espressione di mero tuziorismo difensivo, deve essere respinto, stante l'ampiezza del mandato conferito al Consorzio RICORRENTE. Nella copia del "mandato e procura ai sensi del D.Lgs. n. 163/2006" depositata in atti (cfr., documento n. 23 di parte resistente), si legge che le imprese mandatarie, vista la gara d'appalto bandita da Autostrada del Brennero per il servizio di sgombero neve suddiviso in 6 lotti, hanno inteso partecipare ad essa a mezzo del capogruppo al quale hanno conferito mandato collettivo speciale con rappresentanza esclusiva per compiere tutte le attività giuridiche necessarie. Dal che consegue che il nominato Consorzio era legittimato a presentare l'offerta per tutti (come ammesso dalla *lex specialis* di gara) o anche solo per alcuni dei lotti previsti.

13a. Alla luce delle suesposte considerazioni, il ricorso incidentale deve essere respinto e, a seguito dell'accoglimento del ricorso principale, si dispone, per l'effetto, l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva pronunciata a favore del Consorzio controinteressato.

13b. A tale proposito, ancorché la Stazione appaltante si sia impegnata ad includere nel contratto da sottoscrivere con l'aggiudicataria una clausola risolutiva espressa ancorata all'esito del giudizio, occorre, in ogni caso, disporre, ai sensi dell'art. 245

ter del D.Lgs. n. 163 del 2006, come introdotto dall'art. 10, comma 1, del D.Lgs. 20.3.2010, n. 53 (con cui è stata trasposta nell'ordinamento nazionale la direttiva 2007/66/CE), l'inefficacia del contratto stipulato con l'aggiudicataria con decorrenza dalla data di pubblicazione della presente decisione, fermo restando il rapporto intercorso tra le parti, in analogia con i principi di cui all'art. 2126 c.c.

Tale dichiarazione trova base e ragione:

- nella sussistenza della colpa in capo alla Stazione appaltante, avendo essa ritenuto adeguata, per la verifica dell'esistenza della capacità tecnica, una documentazione insufficiente a dimostrare la disponibilità dei mezzi richiesti per l'intera durata dell'appalto;
- nell'antigiuridicità del comportamento che si identifica nell'aver emesso un provvedimento illegittimo;
- nell'interesse della Stazione appaltante a che il servizio sia eseguito da un soggetto provvisto di tutti i requisiti richiesti dalla *lex specialis* di gara;
- nello stato di esecuzione della prestazione richiesta, che prevedeva un servizio per tre distinte stagioni invernali, da 1° novembre al 31 marzo, solo la prima delle quali è trascorsa.

Sotto detto peculiare aspetto deve essere precisato che il sopravvenuto D.Lgs. n. 53 del 2010 trova immediata applicazione, in virtù della sua natura processuale, applicandosi anche ai giudizi instaurati prima della sua entrata in vigore, in difetto di diversa disposizione transitoria; che, inoltre, la giurisdizione sulla sorte del contratto spetta al Giudice amministrativo conformemente a quanto statuito dalla Corte di Cassazione con l'ordinanza delle Sezioni Unite 10.2.2010, n. 2906, con la quale è stato chiarito che *“l'esigenza della cognizione del giudice amministrativo sulla domanda di annullamento dell'affidamento dell'appalto, per le illegittime modalità con cui si è svolto il relativo procedimento e della valutazione dei vizi di illegittimità del provvedimento di aggiudicazione di un appalto pubblico, comporta che lo stesso giudice adito per l'annullamento*

degli atti di gara, che abbia deciso su tale prima domanda, possa conoscere pure della domanda del contraente pretermesso illecitamente dal contratto di essere reintegrato nella sua posizione, con la privazione di effetti del contratto eventualmente stipulato dalla stazione appaltante con il concorrente alla gara scelto in modo illegittimo”, e che “la posizione soggettiva del ricorrente, che ha chiesto il risarcimento in forma specifica ... è da trattare unitariamente dal giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva ai sensi della direttiva CE n. 66/2007 ... Tale soluzione è ormai ineludibile per tutte le controversie in cui la procedura di affidamento sia intervenuta dopo il dicembre 2007, data dell’entrata in vigore della richiamata normativa comunitaria e, comunque, quando la tutela delle due posizioni soggettive sia consentita dall’attribuzione della cognizione al giudice amministrativo delle stesse nelle materie di giurisdizione esclusiva e possa essere effettiva solo attraverso la perdita di efficacia dei contratti conclusi dall’aggiudicante con l’aggiudicatario prima o dopo l’annullamento degli atti di gara”.

14a. Quanto alla domanda di risarcimento del danno occorso, l’istante ha richiesto la sua reintegrazione in forma specifica e, solo subordinatamente, per equivalente, assuntamente integrato dalle spese sostenute per la presentazione dell’offerta, dal pregiudizio economico subito per la perdita di *chance*, dall’inutile immobilizzazione di mezzi tecnici e di risorse, nonché dal lucro cessante rappresentato dall’utile economico che sarebbe derivato dall’esecuzione dell’appalto pari al 10% della propria offerta.

14b. A questo proposito giova osservare che la domanda di risarcimento del danno in forma specifica sottende, peraltro, una reale ed effettiva azione di adempimento, essendo diretta a conseguire l’accertamento della fondatezza della pretesa all’aggiudicazione dell’appalto, il che può e deve peraltro intervenire non già in base ai vizi fondatamente dedotti nei confronti del controinteressato, ma esclusivamente alla luce dell’offerta presentata e della sussistenza dei requisiti di capacità tecnica in capo al ricorrente.

Per questo aspetto, tuttavia, seppure il ricorrente sia l'unico concorrente rimasto in gara, fa nella specie difetto la prova che l'appalto debba essergli aggiudicato, atteso che l'istruttoria espletata dalla Stazione appaltante ha avuto ad oggetto esclusivamente la posizione del Consorzio controinteressato dopo l'aggiudicazione provvisoria in suo favore: l'estromissione dalla gara di quest'ultimo con annullamento nei termini sopra precisati del rapporto contrattuale costituitosi con la sottoscrizione del relativo contratto si traduce, dunque, nel solo obbligo in capo alla resistente Società di dare esecuzione alla presente pronuncia, disponendo dapprima l'aggiudicazione provvisoria a favore dell'istante e quindi procedendo alla successiva istruttoria, dando corso soltanto in esito alla positiva verifica dei requisiti all'assegnazione del contratto a favore del ricorrente (cfr., in termini, T.R.G.A. Trento, 7.10.2009, n. 251 e T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. III, 4.3.2009, n. 456).

A tale stregua altra pretesa non può essere riconosciuta al ricorrente, il quale potrà vantare ogni altro diritto, ivi compreso il risarcimento del danno per equivalente in relazione alla procedura di liquidazione volontaria in corso, se non successivamente all'eventuale aggiudicazione, che è vicenda diversa dal mero impulso a portare a termine la procedura di gara ora per allora indotto dall'accoglimento del ricorso.

15. In dipendenza delle argomentazioni sopra svolte in motivazione, le spese di lite, ivi compresi i diritti e gli onorari di difesa, debbono porsi a carico delle parti soccombenti.

Condanna conseguentemente Autostrada del Brennero S.p.A. e Consorzio CONTROINTERESSATA - Società cooperativa consortile (C.S.A.I), in solido tra di loro, a corrispondere al Consorzio RICORRENTE la complessiva somma di € 15.000,00 (quindicimila) (di cui € 13.500,00 per onorari ed € 1.500,00 per diritti), oltre alla rifusione del contributo unificato (ai sensi dell'art. 13, comma 6 bis, del

D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115), a I.V.A. e C.N.P.A. ed al 12,5% sull'importo degli onorari e dei diritti a titolo di spese generali.

P.Q.M.

il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa del Trentino - Alto Adige, sede di Trento, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 208 del 2009,

- quanto al ricorso principale, lo accoglie;
- quanto al ricorso incidentale, lo respinge.

Condanna Autostrada del Brennero S.p.A. e Consorzio CONTROINTERESSATA - Societa' cooperativa consortile (CONTROINTERESSATA) al pagamento in solido delle spese di giudizio, liquidate come da motivazione.

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

Così deciso in Trento nella camera di consiglio del giorno 13 maggio 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Lorenzo Stevanato, Consigliere

Alma Chiettni, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/06/2010

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

IL SEGRETARIO

