



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Ottava)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 778 del 2013, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:

C.S.I. Srl, rappresentata e difesa dagli avv. Piergiorgio **Mazzuoccolo** e Giovanni Mastroianni, con domicilio eletto presso Giovanni Mastroianni in Napoli, via Caracciolo,15 c/o Laudadio;

contro

Comune di Maddaloni in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dagli avv. Antonio Di Nuzzo e Gianluca Corriere, con domicilio eletto presso Francesco Di Lorenzo in Napoli, v.le Antonio Gramsci n. 19;

nei confronti di

Blg Servizi S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Corrado Barbagallo e Francesco Vergara, con domicilio eletto presso Corrado Barbagallo in Napoli, via Monte di Dio n. 66;

Mens Costruzioni S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Francesco Vergara e

Corrado Barbagallo, con domicilio eletto presso Corrado Barbagallo in Napoli, via Monte di Dio n. 66;

per l'annullamento

della determina n. 3 del 07/01/2013 recante l'aggiudicazione provvisoria dell'affidamento del servizio relativo all'automazione del mercato agro alimentare di Maddaloni ed attivazione di servizi annessi e/o connessi per anni tre;

nonché con motivi aggiunti:

della determinazione n. 79 del 28.01.2014 recante aggiudicazione definitiva del servizio di automazione del mercato agroalimentare di Maddaloni e attivazione dei servizi annessi e/o connessi per la durata in anni tre.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Maddaloni in persona del Sindaco p.t., della Blg Servizi S.r.l. e della Mens Costruzioni S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 17 settembre 2014 la dott.ssa Renata Emma Ianigro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

VISTI gli artt. 60 e 120 comma 6 cod. proc. amm. di cui al d.lgs. 104/2010 che consentono al Giudice amministrativo, chiamato a pronunciarsi sulla domanda cautelare, di decidere il merito della causa con "*sentenza in forma semplificata*", ove ne ricorrano i presupposti;

DATO avviso alle parti costituite come da verbale di udienza;

PREMESSO CHE

con il presente ricorso, ed i successivi motivi aggiunti, la **C.S.I.** s.r.l. ricorrente ha impugnato, chiedendone l'annullamento, i provvedimenti di aggiudicazione provvisoria n. 3 del 7.01.2013 e definitiva n. 79 del 28.02.2014 in favore della società Blg Servizi (Capogruppo) controinteressata;

la controinteressata Blg Servizi quale Capogruppo e la Mens Costruzioni quale mandante, nel costituirsi, con atto notificato il 24.06.2014, hanno proposto ricorso incidentale;

circa l'ordine di priorità nella definizione delle questioni di rito, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la decisione n. 9/2014, ha avuto modo di chiarire che, nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, deve essere esaminato prioritariamente rispetto al ricorso principale il ricorso incidentale escludente che sollevi un'eccezione di carenza di legittimazione del ricorrente principale non aggiudicatario, in quanto soggetto che non ha mai partecipato alla gara, o che vi ha partecipato ma è stato correttamente escluso ovvero che avrebbe dovuto essere escluso ma non lo è stato per un errore dell'amministrazione. Ivi inoltre si è precisato che per il rispetto del principio della parità delle armi sollecitato dalla giurisprudenza comunitaria si impone la trattazione congiunta del ricorso principale e di quello incidentale nei soli casi in cui : I) si versi all'interno del medesimo procedimento; II) gli operatori rimasti in gara siano solo due; III) il vizio che affligge le offerte sia identico per entrambe intendendosi per tale quello che attiene alla medesima fase procedimentale ed appartiene alla medesima categoria;

con la medesima decisione si è altresì puntualizzato che solo i vizi identici che appartengono alla medesima categoria consentono l'esame incrociato di ricorso principale e incidentale e possono comportare l'eventuale accoglimento di

entrambi i ricorsi (principale ed incidentale), con la conseguenziale esclusione dalla gara degli unici due contendenti.

CONSIDERATO CHE

con il ricorso principale ed i connessi motivi aggiunti parte ricorrente lamenta la carenza del requisito di capacità tecnica dell'aggiudicataria, l'inidoneità della documentazione bancaria allegata all'istanza di partecipazione, l'irregolarità nella formulazione dei punteggi, e la violazione del principio di pubblicità nell'apertura delle buste relative all'offerta tecnica;

con il ricorso incidentale la controinteressata lamenta la carenza nella documentazione allegata dall'ausiliaria della ricorrente Minerva san.ita.s. circa il possesso dei requisiti generali, la carenza dell'iscrizione della **C.S.I.** s.r.l. ricorrente alla C.C.I.A.A. per l'attività oggetto della gara, nonché la difformità dell'avvalimento offerto dalla ricorrente rispetto alle prescrizioni di cui all'art. 49 del d.lgs. n. 16372006 e 88 del d.p.r. 207/2010;

alla luce di quanto sopra, nel caso in esame, pur in presenza di due offerte in gara, i vizi che si prospettano con il ricorso principale ed incidentale non presentano caratteri di reciproca identità non appartenendo alla medesima categoria come nella elencazione effettuata dalla citata decisione n. 9 dell'A.P. e precisamente: a) tempestività della domanda ed integrità dei plichi (trattandosi in ordine cronologico e logico dei primi parametri di validazione del titolo di ammissione alla gara); b) requisiti soggettivi generali e speciali di partecipazione dell'impresa (comprensivi dei requisiti economici, finanziari, tecnici, organizzativi e di qualificazione); c) carenza di elementi essenziali dell'offerta previsti a pena di esclusione (comprensiva delle ipotesi di incertezza assoluta del contenuto dell'offerta o della sua provenienza);

difatti le censure di cui al ricorso principale con cui si contesta la carenza del requisito della capacità tecnica, l'inidoneità della documentazione bancaria e

assicurativa attengono alla categoria sub b), diversamente il motivo di cui al ricorso incidentale che il Collegio ritiene fondato è quello con cui si censura la non conformità alle prescrizioni di legge e del capitolato della documentazione relativa all'avvalimento che appartiene alla categoria sub c) prescritta a “pena di esclusione” ;

RITENUTO CHE

è fondato e merita accoglimento il motivo sub II) di carattere “escludente” del ricorso incidentale con cui si eccepisce la violazione dell’art. 49 del d.lgs. n. 163/2006, dell’art. 88 d.p.r. n. 207/2010 e del disciplinare di gara e precisamente l’illegittimità della dichiarazione di impegno dell’ausiliaria e del contratto di avvalimento datato 2.11.2012 in assenza di un impegno espresso e chiaro della impresa ausiliaria a fornire strutture, personale qualificato, tecniche operative, mezzi collegati alla qualità soggettiva prestata, al fine di garantire alla stazione appaltante l’effettività della messa a disposizione.

Come noto, l’art. 49 del d.lgs. 163 cit. in tema di avvalimento richiede, al comma 2 lett. sub d), l’allegazione di una dichiarazione sottoscritta dall’impresa ausiliaria con cui quest’ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell’appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente. A sua volta il disciplinare di gara nella parte relativa alla documentazione dell’avvalimento richiesta a “pena di esclusione”, include alla lettera sub d) una dichiarazione sottoscritta dall’impresa ausiliaria con cui quest’ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione, per tutta la durata dell’appalto, le risorse necessarie di cui è carente il concorrente con riferimento a: – le risorse economiche e/o le garanzie messe a disposizione; - i mezzi, le attrezzature, i beni finiti ed i materiali messi a disposizione, con l’indicazione specifica dei beni finiti, dei materiali, dei singoli mezzi o delle attrezzature con i loro dati identificativi; - il numero degli addetti

messi a disposizione facenti parte dell'organico dell'ausiliaria, i cui nominativi dovranno essere comunicati prima dell'inizio dei lavori con le specifiche del relativo contratto. Inoltre l'art. 88 del d.p.r. n. 207/2010 - recante regolamento di attuazione del codice dei contratti di cui al d.lgs. n. 163 cit. - stabilisce che il contratto di avvalimento deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente nell'oggetto le risorse ed i mezzi prestati dall'ausiliaria.

Nella specie, parte ricorrente, nel dichiarare in sede di istanza di partecipazione di avvalersi dei requisiti tecnico economici della società Minerva, non ha documentato in maniera specifica come richiesto dal disciplinare a pena di esclusione, quali fossero ed in quale quantitativo i mezzi e le attrezzature messe a disposizione della concorrente. Ed infatti la dichiarazione del 2.11.2012 a firma del legale rappresentante della società ausiliaria - con cui quest'ultima attestava di obbligarsi verso la società avvalente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione, per tutta la durata dell'appalto, le risorse necessarie di cui è carente la società avvalente - nel riferirsi alle risorse tecniche conteneva la seguente elencazione generica e priva di riferimenti quantitativi e caratteristiche tecniche: "tabelle, pali, vernice per segnaletica orizzontale". Analogamente il contratto di avvalimento stipulato in pari data tra la ricorrente e l'ausiliaria non contiene alcun elemento utile a circoscrivere con precisione quali fossero le risorse tecniche messe in concreto a disposizione dalla società ausiliaria.

In tema di avvalimento, l'orientamento giurisprudenziale (Cons. St., sez. V, 6 agosto 2012, n. 4510; Cons. St., III, 18 aprile 2011 n. 2343; Cons. St., III, 3 settembre 2013, 4386; TAR Lombardia, Milano, III, 17 luglio 2013, n. 1881;), recepito anche dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (cfr. determinazione n. 2 dell'1/8/2012), è pacifico nel senso che la dichiarazione di impegno presentata dalla società ausiliaria, come anche il corrispondente contratto di avvalimento, devono riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente le

risorse e i mezzi prestatati dalla società ausiliaria. Conseguente che la mera riproduzione, nel testo della dichiarazione di impegno e del contratto di avvalimento, della formula legislativa della messa a disposizione delle risorse necessarie di cui è carente il concorrente, o di espressioni similari, risulta essenzialmente tautologica e, come tale, indeterminata, nonché inidonea a permettere qualsivoglia sindacato, da parte della stazione appaltante, sull'effettività della messa a disposizione dei requisiti (T.a.r. Campania, Napoli, sez. I, 4/4/2012, n. 1589), poiché non è idonea ad integrare uno schema minimale di diritti, obblighi e quindi garanzie per una sicura attuazione dell'avvalimento, e dunque dello stesso appalto pubblico, in condizioni di chiarezza e trasparenza. L'esigenza di determinazione dell'oggetto del contratto di avvalimento esiste anche con riferimento alla dichiarazione unilaterale resa nei confronti della stazione appaltante in quanto: “nell'istituto dell'avvalimento, l'impresa ausiliaria non è semplicemente un soggetto terzo rispetto alla gara, dovendosi essa impegnare non soltanto verso l'impresa concorrente ausiliata ma anche verso la stazione appaltante a mettere a disposizione del concorrente le risorse di cui questi sia carente, sicché l'ausiliario è tenuto a riprodurre il contenuto del contratto di avvalimento in una dichiarazione resa nei confronti della stazione appaltante”.(Cons. Stato, VI, 13 maggio 2010, n. 2956). Infatti con il predetto atto unilaterale d'impegno occorre soddisfare “esigenze di certezza dell'amministrazione”, essendo la dichiarazione dell'impresa ausiliaria volta a soddisfare l'interesse della stazione appaltante ad evitare, dopo l'aggiudicazione, l'insorgere di contestazioni sugli obblighi dell'ausiliario (Cons. Stato, VI, n. 2956 del 2010, id sez. VI, 8.05.2014 n.2365; id. sez.VI 22.07.2014 n. 3905). Peraltro, una dichiarazione di impegno che non sia in grado di precisare, per la sua indeterminatezza e indeterminabilità, l'effettività della messa a disposizione degli stessi requisiti da parte di chi ne disponga, non risulta idonea a garantire neppure la

regola della responsabilità solidale e quindi l'esatta esecuzione della prestazione di appalto con gli standard pretesi. E ciò a parte ogni considerazione, sul terreno civilistico, della nullità di un contratto in cui l'oggetto sia indeterminato ed indeterminabile (cfr in termini T.a.r. Campania, Napoli, sez. I, n. 1589/2012 cit.). Siffatti rilievi valgono anche nell'ambito degli appalti di servizio, come sottolineato dalla Circolare ministeriale 30/12/2012, n. 4536, recante primi chiarimenti in ordine all'applicazione delle disposizioni di cui al d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207. Come chiarito dalla giurisprudenza, la necessità di clausole puntuali nel contratto di avvalimento è da correlare al pericolo che una generica indicazione di requisiti svincolata da qualsivoglia collegamento con risorse materiali o immateriali possa snaturare l'istituto dell'avvalimento per piegarlo ad una logica di agevole elusione ed aggiramento del sistema dei requisiti di partecipazione alle gare pubbliche. Anche la normativa comunitaria esige che l'operatore economico che fa affidamento per i requisiti prescritti sulle capacità di altri soggetti ha l'onere di provare compiutamente alla stazione appaltante la disponibilità in maniera effettiva e continua dei mezzi e delle risorse necessarie. A fronte di ciò, un generico impegno a mettere a disposizione dell'impresa ausiliata le risorse necessarie, con una mera elencazione priva di dati concreti, come avviene nella specie, non soddisfa tale esigenza, laddove l'Amministrazione deve essere in grado di valutare se mediante l'avvalimento il concorrente sia effettivamente in condizione equivalente ad un soggetto autosufficiente circa il possesso dei requisiti.

In conclusione, merita adesione la censura riguardante la mancanza, a causa della carenze della dichiarazione di impegno e del contratto di avvalimento in esame, di una valida dimostrazione del possesso dei requisiti da parte della ricorrente. La fondatezza della doglianza sopra esaminata è assorbente rispetto alle altre censure dedotte, concernenti ulteriori profili di esclusione dell'aggiudicataria, posto che un valida ragione di esclusione è già sufficiente a determinare l'effetto espulsivo dalla

procedura concorsuale e a dimostrare l'illegittimità dell'ammissione in gara della concorrente. Va, pertanto accolto il ricorso incidentale con conseguente declaratoria di improcedibilità del ricorso principale.

Da ultimo ricorrono giusti motivi per compensare tra le parti le spese processuali.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Ottava) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, accoglie il ricorso incidentale e per l'effetto dichiara l'improcedibilità di quello principale; spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 17 settembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Ferdinando Minichini, Presidente

Renata Emma Ianigro, Consigliere, Estensore

Francesca Petrucciani, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/10/2014

IL SEGRETARIO

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