Consiglio di Stato, sez. V, 10 febbraio 2009, n. 743

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale
Quinta Sezione
ha pronunciato la seguente

D E C I S I O N E

sul ricorso in appello n. 4208/2008, proposto dal Comune di C., rappresentato e difeso dall'avv. P. B., con domicilio eletto in Roma, Via C., 10 presso il suo studio;

CONTRO

S. S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti M. D. P. e U. S., con domicilio eletto in Roma, via G.B. M. 2/A presso l'avv. U. S.;

e nei confronti di

S.S. S.r.l., non costituitasi;

per la riforma

della sentenza del TAR Lazio, Sez. 2° ter, n. 3637 del 30 aprile 2008, con la quale è stato accolto il ricorso proposto dalla società S. s.r.l. ;
Visto l'atto di appello con i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio della società S.;
Viste le memorie difensive;
Visti gli atti tutti della causa;
Alla pubblica udienza dell'11 novembre 2008, relatore il Consigliere Aniello Cerreto ed uditi, altresì, gli avvocati P. B. e M. D. P.;
Visto il dispositivo di decisione n.660/2008;
Considerato in fatto ed in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1.Con la sentenza gravata, il TAR Lazio, sez. 2° ter, ha accolto il ricorso proposto dalla società S. avverso gli atti di gara per l'affidamento della gestione per n. 6 stagioni invernali di impianti scioviari e di innevamento artificiale per la stazione sciistica di Selvarotonda per un valore complessivo di euro 30.000 (gara indetta con delibera 18.9.2007 n. 88 della Giunta comunale di C. ed alla quale hanno partecipato solo due concorrenti) e relativa aggiudicazione a favore della società S.S. s.r.l.

In particolare il Giudice di 1° grado:

- ha ritenuto illegittime sia l'esclusione della società ricorrente sia l'ammissione alla gara della società aggiudicataria;
-ha altresì ritenuto illegittime la delibera G. C. n. 118 del 20 dicembre 2007 e la conseguente determinazione dirigenziale, di affidamento temporaneo della gestione del servizio a favore della società S.S., fino alla conclusione del giudizio instaurato dalla società S. avanti al giudice amministrativo;
- ha infine stabilito di rinviare l'esame della domanda risarcitoria a seguito della conclusione della procedura di gara che l'Amministrazione avrebbe dovuto riaprire per effetto dell'annullamento degli atti impugnati.

2.Avverso detta sentenza ha proposto appello il comune di C., deducendo quanto segue

-legittimamente la ricorrente originaria è stata esclusa dalla gara, atteso che il disciplinare di gara (punto 3 lett.8) , in conformità a quanto previsto dall'art. 49 del d. L.vo n. 163/2006, stabilisce che il concorrente può avvalersi dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico ed organizzativo di altro soggetto, ma in tal caso è tenuto ad allegare alla propria domanda di partecipazione, tra l'altro, in originale o copia autentica, il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti ed a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto;
-il disciplinare di gara sul punto riguardante il contratto di avvalimento non è stato impugnato dalla società ricorrente e perciò il TAR non poteva pronunciarsi sull'interpretazione da dare all'art 49 del D. L.vo n. 163/2006 in relazione alla normativa comunitaria (artt. 47 e 48 Direttiva n.118/2004/CE ed art 54 Direttiva n.17/2004/CE);
-ai sensi dell'art. 49 D. L.vo n. 163/2006, l'avvalimento di altro soggetto è subordinato, tra l'altro, alla produzione del contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti ed a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto, per cui se non è necessaria una particolare forma del contratto di avvalimento comunque occorre che un contratto del genere sia accertabile e veritiero e nella specie non era stato prodotto un contratto del genere;
-nella specie l'offerta è stata presentata congiuntamente dalle imprese S. e S. che hanno inserito nella medesima busta due domande di partecipazione, per cui legittimamente la Commissione di gara ha rilevato che le dichiarazioni di cui ai punti 9, 10 e 11 del disciplinare di gara (in ordine alla richiesta di avvalimento) sono state presentate dalla Ditta S., ma risultano in contrasto con l'istanza di partecipazione in qualità di impresa associata;
- una volta ritenuta legittima l'esclusione dalla gara della ricorrente, il ricorso di primo grado doveva essere dichiarato inammissibile per carenza di interesse nella parte in cui era rivolto a sindacare l'aggiudicazione a favore della società S.S. ;
-in ogni caso è legittima l'ammissione alla gara della S.S., atteso che la disciplina di gara prevede che il concorrente dichiari di possedere alcuni specifici requisiti tra cui l'iscrizione presso la CCIAA ed un'idonea documentazione concernente il fatturato globale d'impresa e l'importo relativo ai servizi del settore oggetto di gara, con l'indicazione dei principali servizi effettuati negli ultimi tre anni, con indicazione degli importi, date e destinatari e ciò era avvenuto
-la richiesta documentale integrativa, cui si riferisce il TAR, è stata formulata dall'Amministrazione, a seguito dell'intervenuta aggiudicazione provvisoria, nell'ambito della verifica della documentazione e non in sede di ammissione alla gara;
-non può considerarsi illegittimo neppure l'affidamento in via provvisoria del servizio a favore della società S.S., che si fonda sia sull'art 57 che sull'art. 125 D. Lvp n. 163/2006, mentre il TAR si è pronunciato solo su quest'ultima disposizione;
-infine il TAR da una parte ha riconosciuto alla ricorrente la reintegrazione in forma specifica e dall'altra ha esaminato la domanda di risarcimento per equivalente nella parte in cui ha rinviato la relativa decisione al riguardo a seguito della conclusione della procedura, ma le due forme di risarcimento sono alternative e non

cumulabili ;
-il TAR ha condannato il Comune alle spese di giudizio, ma il ricorso di primo grado doveva essere respinto.
3.Costituitasi in giudizio, la ricorrente ha eccepito l'inammissibilità dell'appello per genericità e comunque ne ha rilevato l'infondatezza, richiamando la correttezza della sentenza del TAR.
Con ordinanza n. 3399/2008, la Sezione ha respinto l'istanza cautelare proposta dall'appellante.
4.Con memoria conclusiva entrambe le parti hanno insistito sulle rispettive conclusioni.
All'udienza dell'11 novembre 2008, il ricorso è stato trattenuto in decisione.
5. L'appello, contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente originaria, non può ritenersi generico, in quanto in esso vengono sufficientemente contestate le argomentazioni sulla cui base il TAR ha accolto il ricorso di 1° grado.
6.L'appello è fondato in parte.
6.1.Va condivisa la doglianza dell'appellante secondo cui la società S. era stata correttamente esclusa dalla gara per non aver prodotto, in originale o copia autentica, il contratto in virtù del quale "l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti ed a mettere a disposizione per la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente".
Occorre rammentare che ai sensi dell'art. 49 D. L.vo 12 aprile 2006 n. 163, "1. Il concorrente, singolo o consorziato o raggruppato ai sensi dell'art. 34, in relazione ad una specifica gara di lavori, servizi, forniture può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto.
Ai fini di quanto previsto nel comma 1 il concorrente allega, oltre all'eventuale attestazione SOA propria e dell'impresa ausiliaria:
a) una sua dichiarazione verificabile ai sensi dell'articolo 48, attestante l'avvalimento dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara, con specifica indicazione dei requisiti stessi e dell'impresa ausiliaria;
b) una sua dichiarazione circa il possesso da parte del concorrente medesimo dei requisiti generali di cui all'articolo 38;
c) una dichiarazione sottoscritta da parte dell'impresa ausiliaria attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'articolo 38;
d) una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente;
e) una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui questa attesta che non partecipa alla gara in proprio o associata o consorziata ai sensi dell'articolo 34 né si trova in una situazione di controllo di cui all'articolo 34, comma 2 con una delle altre imprese che partecipano alla gara;
f) in originale o copia autentica il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie

per tutta la durata dell'appalto.
Tali disposizioni normative sono state espressamente richiamate nella disciplina di gara.
Pertanto, per l'utilizzazione dell'istituto dell'avvalimento - che consente ad un'impresa (concorrente alla gara) di ricorrere alle referenze di un'altra impresa (ausiliaria), al fine di dimostrare il possesso dei requisiti di capacità economica, finanziaria, tecnica, organizzativa necessari per partecipare ad una gara – occorre che il partecipante alla gara dimostri di disporre effettivamente dei requisiti di capacità economica, finanziaria, tecnica e organizzativa del soggetto di cui intende avvalersi (V. Consiglio di Stato, sez. VI, n. 1856 del 22 aprile 2008).
Ciò del resto appare conforme alla normativa comunitaria (artt. 47 e 48 Direttiva n.18/2004/CE ed art 54 Direttiva n.17/2004/CE), la quale prevede 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 quest'ultimi, ma deve provare all'amministrazione aggiudicatrice che per l'esecuzione dell'appalto disporrà delle risorse necessarie, ad esempio presentando l'impegno di tale soggetto a mettere a disposizione dell'operatore economico le risorse necessarie.
In particolare, nel caso di specie, in disparte la contraddittorietà della documentazione prodotta (tendente da una parte alla costituzione di un'ati tra la società S. e la società S. e dall'altra all'utilizzazione da parte di S. dei requisiti posseduti da S.) non è stato prodotto il prescritto contratto di avvalimento.
E' pur vero, come osservato dal TAR, che la relativa normativa non richiede una particolare forma al riguardo ma comunque occorre fornire la prova dell'intervenuto accordo tra le parti ai sensi dell'art. 1321 c.c.
Nella fattispecie , tale accordo non risulta formato in quanto la società S. si è limitata a dichiarare che essa si impegnava a mettere a disposizione del "concorrente" (senza precisarne le generalità) i propri requisiti.
Una tale dichiarazione, in mancanza dell'indicazione nel suo contesto dello specifico concorrente a cui favore si intende prestare ausilio, non può ritenersi univoca nel senso dell'assunzione di un impegno specifico di S. nei confronti della società S. Né tale univocità può essere desunta, come invece ritenuto dal TAR, dal semplice fatto che una dichiarazione del genere è stata inserita nella busta contenente i documenti dell'impresa S., atteso che ciò non fornisce elementi di prova sul fatto che un tale inserimento sia avvenuto a cura della S., in quanto quest'ultima risulta aver a sua volta presentato istanza per partecipare alla gara in qualità di mandante di un futuro raggruppamento con la Società S.
Né la richiesta da parte della normativa interna di allegare il contratto di avvalimento costituisce, contrariamente a quanto sostenuto dalla parte appellata, limitazione per l'operatore economico del diritto di avvalersi della capacità di altri soggetti in contrasto con le direttive comunitarie (artt. 47 e 48 Direttiva n.18/2004/CE ed art 54 Direttiva n.17/2004/CE), trattandosi soltanto di un onere probatorio che può essere assolto facilmente e tendente ad eliminare incertezze in ordine all'individuazione dei soggetti responsabili per le prestazioni oggetto del contratto di appalto.
6.2.Contrariamente a quanto sostenuto dall'appellante, non può essere

condivisa invece nella specie l’eccezione di inammissibilità per carenza di interesse del ricorso originario nella parte in cui è rivolto a sindacare l’aggiudicazione a favore della società S.S. (unica impresa rimasta in gara), una volta ritenuta legittima l’esclusione della ricorrente.
E’ ben vero, come questo Consiglio di Stato ha avuto modo di affermare ripetutamente, che il soggetto legittimamente escluso da una gara è privo di interesse a dolersi della mancata esclusione di altri concorrenti e dell’aggiudicazione in favore di terzi, dall’annullamento dei quali non trarrebbe alcun vantaggio concreto.
Tuttavia è stato precisato altresì che tale principio non è assoluto e deve essere adeguato alle specifiche evenienze del caso concreto, sicché è stata ravvisata la permanenza di interesse a ricorrere, nella tipologia di quello strumentale alla rinnovazione della gara, qualora il concorrente escluso contesti l’ammissione di tutti gli altri concorrenti ovvero deduca un vizio idoneo a travolgere in radice la procedura. Ciò in quanto tali deduzioni, ove fondate, comporterebbero il dovere dell’amministrazione di indire una nuova gara alla quale il concorrente precedentemente escluso sia in grado di partecipare, con conseguente *chance* di divenirne aggiudicatario (cfr., Sez. V, 4 giugno 2008 n. 2629, 25 luglio 2006 n. 4657, 29 marzo 2006 n. 1589 e 10 novembre 2005 n. 6285; Sez. IV, 15 febbraio 2002 n. 952; Sez. VI 5 febbraio 2007 n. 463).
Tale orientamento sebbene sia stato talvolta messo in discussione (V. la decisione della Sezione 30 agosto 2006 n. 5067) è stato ora ribadito dall’Adunanza Plenaria di questo Consiglio con la decisione 10 novembre 2008 n. 11, con la quale è stato pienamente riconosciuto meritevole di tutela l’interesse strumentale di ciascuna impresa alla ripetizione della gara, a prescindere dalla posizione processuale assunta in giudizio (ricorrente principale o incidentale).
6.3.Non merita adesione neppure la doglianza dell’appellante secondo cui la società S.S. sarebbe stata legittimamete ammessa alla gara, dovendosi confermare sul punto la sentenza del TAR.
Risulta dal verbale di gara del 16.10.2007 che tale Società non ha prodotto dichiarazione e documentazione di elementi richiesti in termini essenziali pena l'esclusione (fatturato globale d'impresa e importo relativo ai servizi nel settore).
Pertanto, contrariamente a quanto sostenuto dall’appellante, in tal caso non è carente solo la documentazione ma anche le relative dichiarazioni, con integrazione della sentenza del TAR sul punto, in disparte la rilevata contraddittorietà in atti (dichiarati quattro servizi di gestione scioviaria e documentato uno soltanto).
L'impresa, quindi, non ha dichiarato e documentato nei termini perentori requisiti ritenuti essenziali dalle regole di gara, per cui doveva essere esclusa dalla gara.
6.4.La sentenza del TAR merita conferma anche nella parte in cui ha ritenuto illegittimo l’affidamento temporaneo della gestione scioviaria alla S.S. Invero, pur riconoscendosi l'urgenza di provvedere - nel pieno della stagione sciistica 2007/2008 e nelle more del presente giudizio- occorre ribadire l'illegittimità di un affidamento diretto, consentito nella forma seguita soltanto per servizi o forniture d'importo fino a 20.000 euro (art. 125 D.Lgs. n. 163/2006). La mancanza di un termine predefinito rende indeterminabile il valore della gestione, ancorché provvisoria, e inapplicabile la formula di affidamento utilizzata dall'Amministrazione comunale.

Né vale sostenere da parte dell'appellante che nella specie sarebbe applicabile l'art. 57 D. L.vo n. 163/2006, dal momento che tale disposizione è applicabile agli appalti di rilevanza comunitaria (appalti di forniture e servizi di valore almeno pari a 137.000 euro, mentre nel caso in esame l'appalto posto in gara ha un valore complessivo non superiore a euro 30.000.

6.5. Va tenuta ferma la statuizione del TAR di rinviare l'esame della domanda risarcitoria a seguito della conclusione della procedura di gara che l'Amministrazione dovrà riaprire per effetto dell'annullamento degli atti impugnati, tenendo però presente che in sede di appello è stata ritenuta legittima l'esclusione della ricorrente originaria.

Viene meno in tal modo il rilievo dell'appellante in ordine alla duplice statuizione del TAR in ordine alla reintegrazione in forma specifica ed al risarcimento del danno, essendo ormai esclusa l'aggiudicazione della gara a favore del ricorrente originario dovendo l'Amministrazione indire una nuova gara.

6.6.Per quanto concerne la doglianza dell'appellante relativa alla condanna alle spese, essa è assorbita, dovendosi questo Giudice pronunciare sulle spese sia del giudizio di primo grado che di appello per effetto della riforma parziale della sentenza del TAR.

7. Per quanto considerato, l'appello deve essere accolto in parte.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese di entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, accoglie in parte l'appello indicato in epigrafe e per l'effetto, in riforma parziale della sentenza del TAR, accoglie in parte il ricorso originario come in motivazione .

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio dell'11 novembre 2008 con l'intervento dei Signori:

Pres. Domenico La Medica
Cons. Filoreto D'Agostino
Cons. Aniello Cerreto Est.
Cons. Vito Poli
Cons. Francesco Caringella

L'ESTENSORE
F.to Aniello Cerreto

IL PRESIDENTE
F.to Domenico La Medica

IL SEGRETARIO
F.to Rosi Graziano

DEPOSITATA IN SEGRETERIA
il 10/02/09
(Art. 55. L. 27/4/1982, n. 186)
IL DIRIGENTE
f.to Livia Patroni Griffi