

N. 05958/2011 REG.PROV.COLL.
N. 03043/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3043 del 2011, proposto da:

Soc Lowe Pirella Fronzoni Srl, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avv. Carlo Mirabile, Alessandro Mannocchi, con domicilio eletto presso Carlo Mirabile in Roma, via Borgognona, 47;

contro

Soc Enel Servizi Srl, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avv. Mario Sanino, con domicilio eletto presso Mario Sanino in Roma, v.le Parioli, 180;

per l'annullamento

ESCLUSIONE DALLA GARA PER LA SELEZIONE DI N. 1 AGENZIA PUBBLICITARIA PER LA STIPULA DI N. 1 ACCORDO QUADRO AVENTE AD OGGETTO SERVIZI DI IDEAZIONE, STRATEGIA, PROGETTAZIONE, REALIZZAZIONE E PRODUZIONE DI CAMPAGNE PUBBLICITARE ABOVE THE LINE SU MEDIA CLASSICI E NEW MEDIA PER ENEL SPA E SOC DA ESSA DIRETTAMENTE O INDIRETTAMENTE

CONTROLLATE - RISARCIMENTO DANNO - (ART. 120 C.P.A.) -
(CAUTELARE PROVVISORIA);

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Soc Enel Servizi Srl;

Viste le memorie difensive;

Vista l'ordinanza cautelare della Sezione n.1515 del 22 aprile 2011,
confermata dal Consiglio di Stato sez. VI con ordinanza n. 3043 del 18
maggio 2011;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 giugno 2011 il dott. Carlo
Taglienti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato il giorno 8 aprile 2011 e depositato il giorno 11
successivo la società LOWE PIRELLA FRONZONI a r.l. ha impugnato il
provvedimento di esclusione dalla gara per la selezione di agente
pubblicitario per la stipula di accordo quadro relativo a servizi di ideazione,
strategia, progettazione, realizzazione e produzione di campagne
pubblicitarie, adottato dall'ENEL Servizi s.r.l.; l'esclusione è stata
determinata dalla mancanza del requisito di cui al punto 5 della sezione III
2.2. del bando, relativo alla capacità economica e finanziaria, assumendo la
stazione appaltante che detto requisito non è frazionabile, mentre la
ricorrente ha dichiarato di possederlo avvalendosi di società ausiliaria.

Deduce parte ricorrente i seguenti profili di gravame:

Violazione dell'art. 49 del D Lgs 12 aprile 2006 n. 163, degli artt. 47 e 48
della direttiva 200/18/CE e dell'art. 54 direttiva 2004/17/CE, degli artt. 3
e 97 Cost; della lex specialis della gara: l'istituto dell'avvalimento,

disciplinato dalle norme sopra richiamate, è ammesso per esplicito richiamo anche nella presente gara; esso comporta pacificamente la possibilità di frazionamento dei requisiti richiesti; il divieto di frazionamento era previsto per diversa ipotesi, riguardante il raggruppamento d'impresе;

Violazione della *lex specialis*; eccesso di potere, in particolare per illogicità, perplessità e difetto di motivazione; il divieto di frazionamento non era assistito da esplicita clausola di esclusione.

In via subordinata, ove non venga assicurata tutela cautelare immediata, la ricorrente chiede condanna al risarcimento del danno.

Costituitasi la stazione appaltante ha sostenuto l'infondatezza del ricorso in quanto, in base al bando di gara i requisiti di solvibilità, redditività e solidità finanziaria devono essere posseduti da ciascuna impresa partecipante al raggruppamento.

Con ordinanza collegiale n. 1515 del 22 aprile 2011 è stata accolta l'istanza cautelare, non riformata dal Consiglio di Stato, sez. VI con ordinanza n. 3043 del 18 maggio 2011.

Con memorie le parti hanno insistito nelle rispettive tesi, sollevando parte resistente questione di inammissibilità del ricorso per mancata notifica ad almeno un controinteressato.

Alla pubblica udienza del 23 gennaio 2011 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Con il ricorso in epigrafe viene impugnata l'esclusione da una gara indetta dall'ENEL Servizi per l'affidamento di servizi di ideazione, strategia, progettazione, realizzazione e produzione di campagne pubblicitarie.

L'impresa ricorrente è stata esclusa in quanto ha ritenuto di poter utilizzare l'istituto dell'avvalimento di cui all'art. 49 del D.Lgs n. 163/2006 per dimostrare il possesso di alcuni dei requisiti richiesti dal punto 5 della sez. III 2.2. del bando relativi a solvibilità, redditività e solidità finanziaria

compatibile con il valore della commessa, mentre la stazione appaltante ha opposto la disposizione di cui al punto 12 il quale prevede che, in caso di raggruppamenti di operatori i requisiti richiesti, tra l'altro al punto 5, devono essere posseduti da ciascuna impresa partecipante al raggruppamento.

Preliminarmente il Collegio deve disattendere l'eccezione in rito di inammissibilità del ricorso per mancata notifica ad almeno un controinteressato.

E' infatti noto che in relazione ai provvedimenti di esclusione dalla partecipazione a procedure concorsuali non si ravvisano controinteressati ai quali dover notificare il ricorso; sul punto la giurisprudenza amministrativa appare costante (cfr.ad es. tra le tante: TAR Puglia Lecce sez.II 29.11.2007 n. 4107; TAR Emilia Romagna, Parma 23.7.2010 n. 427)

Nel merito il ricorso è fondato e deve essere accolto.

Il bando di gara contiene due disposizioni che sono coinvolte nel presente contenzioso: entrambe dettano regole generali della gara, e, nonostante la collocazione che potrebbe sembrare equivoca in quanto apparentemente inserite sotto sub paragrafi della sez. III, sia per il loro contenuto e sia per la numerazione continuativa, che non riprende nell'ambito dei sub paragrafi, devono appunto considerarsi clausole riguardanti in generale la procedura di gara.

La disposizione di cui al punto 12 riguarda esplicitamente i raggruppamenti d'impresa, e prevede il divieto di frazionamento per il raggiungimento di determinati requisiti, precisandosi che ciascuna impresa del raggruppamento deve possederli integralmente.

Al punto 13 è invece previsto l'istituto dell'avvalimento, con semplice rinvio alla disciplina comunitaria, recepita nell'art. 49 del D. Lgs n. 163/2006.

Nel caso in esame l'impresa ricorrente non si è presentata alla gara in

raggruppamento con altre imprese, bensì singolarmente; ha invece ritenuto di utilizzare la normativa sull'avvalimento per quanto riguarda uno dei requisiti previsti dal citato punto 5.

Peraltro è noto che l'avvalimento consente l'utilizzazione anche frazionata dei requisiti, talché il semplice rinvio alla disciplina primaria avrebbe dovuto consentire anche nella fattispecie l'utilizzo frazionato. Ciò per chiara disposizione del primo comma dell'art. 49 cit che parla in generale del possesso di requisiti, e per l'assenza di disposizioni particolari che escludano il possibile frazionamento del possesso dei requisiti stessi (impl. Cfr TAR Lazio sez. I 27.10.10 n. 33033; TAR Trentino Alto Adige Bolzano 26.11.10 n. 314; TAR Basilicata 30.5.10 n. 220)

L'esclusione dalla partecipazione alla gara è invece stata disposta invocando una disposizione del bando che disciplinava una diversa fattispecie, e cioè quella riguardante il raggruppamento d'impresе.

Per tali motivi deve essere accolto il primo profilo di gravame, con assorbimento del secondo, e deve conseguentemente essere annullata la disposta esclusione.

Poiché il Tribunale è tempestivamente intervenuto con ordinanza cautelare, non riformata dal Consiglio di Stato, non può essere accolta l'istanza di risarcimento del danno, in considerazione del fatto che lo stesso non si è prodotto.

La condanna al pagamento delle spese di causa segue la soccombenza; esse vengono liquidate nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Ter) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla l'esclusione impugnata; respinge la domanda di risarcimento danni; condanna l'ENEL Servizi s.r.l. al pagamento in favore della ricorrente delle

spese di giudizio, che liquida in complessivi € 4.000 (quattromila)

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 giugno 2011

con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Daniele, Presidente

Carlo Taglienti, Consigliere, Estensore

Donatella Scala, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/07/2011

IL SEGRETARIO

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