

**N. 00810/2012REG.PROV.COLL.
N. 04751/2010 REG.RIC.**



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4751 del 2010, proposto da:

Argol S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Giovanni Caputi, Ernesto Stajano, con domicilio eletto presso Ernesto Stajano in Roma, via di Villa Albani, 12/A;

contro

Ministero della Difesa, Direzione Generale del Commissariato e dei Servizi Generali; rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE I BIS n. 00932/2010, resa tra le parti, concernente
AFFIDAMENTO SERVIZIO DI TRASPORTO/SPEDIZIONE DI MATERIALI E MEZZI DELLE FORZE
ARMATE

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ministero della Difesa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 novembre 2011 il Cons. Oberdan Forlenza e uditi per le parti gli avvocati

Ernesto Stajano e Amedeo Elefante (Avv.S;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con l'appello in esame, la società Argol s.p.a. impugna la sentenza 26 gennaio 2010 n. 932, con la quale il TAR per il Lazio, sez. I-bis ha rigettato il suo ricorso proposto avverso il provvedimento 27 settembre 2007 prot. n. 3/3287, con il quale il Ministero della Difesa, Direzione generale del Commissariato e dei Servizi generali – II reparto - IV divisione dichiarava di non avere riscontrato il possesso di taluni requisiti per la partecipazione alla gara, ex art. 48 d. lgs. n. 163/2006; comunicava di procedere alla conseguente escussione della cauzione provvisoria (poi richiesta alla Unicredit con nota 28 settembre 2009, anch'essa impugnata) e alla segnalazione all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici per i provvedimenti di cui all'art. 6, co. 11, d. lgs. n. 163/2006.

Oggetto della presente controversia è, in sostanza, l'esclusione per difetto dei requisiti della società ora appellante dalla gara indetta dal Ministero della Difesa per l'appalto del servizio del trasporto/spedizione, in ambito nazionale ed internazionale, di materiali e mezzi delle Forze Armate per il triennio 2007 – 2009.

La sentenza appellata afferma:

- la doglianza avverso il requisito della capacità finanziaria, previsto dal bando, che ha comportato l'esclusione dalla gara, deve essere considerata tardiva, e quindi inammissibile;
- “per potersi configurare un valido avvalimento occorre che si sia in presenza della assunzione di un apposito impegno da parte delle imprese ausiliarie rivolto a consentire la disponibilità dei propri mezzi economici, tecnici e finanziari a favore dell'impresa concorrente, che ne sia sprovvista al fine della partecipazione alla gara”;
- ne consegue che “la semplice appartenenza ad una holding non comporta di per sé solo una immedesimazione delle varie società componenti il gruppo, le quali conservano la loro autonomia quali centri di imputazione di rapporti giuridici”, e quindi “la semplice esistenza di un rapporto di controllo societario, anche se comporta la possibilità astratta di avvalersi dei requisiti tecnici ed organizzativi di altre società del gruppo, non può ritenersi idonea a dimostrare l'effettiva disponibilità della capacità tecnica o finanziaria facente capo ad altre società del gruppo medesimo”;
- alla luce di ciò, “l'impresa concorrente ha l'obbligo di presentare, fin dal primo atto della procedura, coincidente con la domanda di partecipazione alla gara, la dichiarazione di volersi avvalere dei requisiti di un soggetto terzo, atteso che la stazione appaltante deve essere avvertita che l'impresa concorrente intende derogare, attraverso l'istituto dell'avvalimento, al principio generale del possesso dei requisiti richiesti dal bando di gara”;
- “l'escussione della cauzione si pone come atto dovuto ogni qualvolta che, non risultando le dichiarazioni rese dal

partecipante alla gara confermate dal successivo riscontro della relativa documentazione, l'amministrazione abbia proceduto, a norma della lex specialis, alla esclusione dell'impresa dalla procedura di gara", e ciò senza che possa distinguersi tra assoluta mancanza del requisito e eventuale difformità da quanto dichiarato;

- nel caso di specie, la società "non ha fornito adeguata dimostrazione della disponibilità dei mezzi necessari all'esecuzione dell'appalto, ovvero non ha prodotto alcuna prova documentale in ordine a quanto dichiarato nella domanda di ammissione alla gara".

Avverso tale sentenza, precisato che "l'interesse primario e sostanziale della ricorrente concerne soltanto 'annullamento del provvedimento di esclusione e dell'ulteriore determinazione di escussione della cauzione provvisoria", vengono proposti i seguenti motivi di appello:

a) violazione e falsa applicazione del punto III.2.2. lett. g) del bando di gara, nonché degli artt. 46, 48 e 49 d. lgs. n. 163/2006; ciò in quanto la Soc. Argol era effettivamente in possesso dei requisiti richiesti in virtù del legame infragruppo ex art. 49, co. 2, lett. g) del Codice dei contratti, mentre l'eventuale mancata dimostrazione dei requisiti (o la loro rappresentazione in forma inefficace) in sede di gara, comporta al massimo l'esclusione dalla stessa, senza applicazione dell'escussione della cauzione e della segnalazione all'Autorità di vigilanza. In particolare, quanto al requisito del fatturato "specifico" (punto III.2.2. lett. g) del bando), per la mancata documentazione del quale non è comminata l'esclusione dalla gara, lo stesso non è stato affatto dichiarato, poiché lo si è ritenuto "soddisfatto in virtù del legame infragruppo". Tuttavia, non essendovi stata dichiarazione, e tanto meno positiva dichiarazione di possesso, "è impossibile parlare di dichiarazione non veritiera", ma al più di "errore operativo nell'utilizzare l'istituto dell'avvalimento". In particolare, avendo in sede di verifica ex art. 48, l'impresa dichiarato di ricorrere all'avvalimento infragruppo, "nessuna norma stabilisce che la dichiarazione di avvalimento debba essere indefettibilmente resa

contestualmente alla domanda di partecipazione, e che non si tratti di questione regolarizzabile ex art. 46 Codice”, così come, trattandosi di avvalimento infragruppo, non sussiste l’obbligo di allegare il contratto di avvalimento, “fermo restando che ai fini della dimostrazione sostanziale dell’avvalimento è sufficiente qualunque strumento idoneo allo scopo”. Infine, la clausola del bando che prevede il requisito del fatturato nello specifico settore viola il principio di proporzionalità ed inficia la successiva procedura ex art. 48; né l’impugnazione della clausola può essere ritenuta inammissibile per tardività, posto che l’obbligo di impugnazione immediata sussiste solo per la clausola immediatamente escludente;

b) violazione e falsa applicazione art. 49 d. lgs. n. 163/2006; violazione e falsa applicazione art. 47 Direttiva 2004/18/CE; poiché, quanto all’asserita insufficienza della partecipazione al gruppo al fine di usufruire del c.d. avvalimento infragruppo, occorre rilevare che non vi è “necessità assoluta di assunzione di un apposito formale impegno da parte dell’impresa avvals”, essendo invece sufficiente la “semplice autodichiarazione del concorrente”. Ciò è quanto avvenuto nel caso di specie, dato che la soc. Argol ha autodichiarato la partecipazione al gruppo Sofinbi s.p.a. ed ha altresì depositato i bilanci del gruppo per gli anni 2004, 2005 e 2006. In subordine, si richiede la rimessione alla Corte di Giustizia di un quesito in merito alla corretta interpretazione dell’art. 47 della direttiva 2004/18/CE;

c) violazione e falsa applicazione art., 48 d. lgs. n. 163/2006, in relazione alla automatica escussione della cauzione ogni qualvolta non risultino confermate le dichiarazioni rese dal partecipante alla gara, poiché alla soc. Argol “non può essere imputata alcuna dichiarazione non veritiera, poiché essa ha i requisiti in virtù del legame di gruppo e non ha mai affermato di averli in proprio”. L’art. 48 “tende a garantire la serietà dell’offerta fino alla stipula del contratto e dell’incameramento della cauzione definitiva e non a sanzionare eventuali errori interpretativi dell’impresa partecipante

alla gara”; in ogni caso, non è legittimo escutere automaticamente la cauzione al solo ricorrere della circostanza di cui all’art. 48, a meno che la stazione appaltante non provi che la partecipazione della concorrente abbia falsato la procedura selettiva con innegabili riflessi sulle altre imprese;

d) violazione e falsa applicazione dell’art. 49 d. lgs. n.163/2006 e dell’art. 47 Direttiva 2004/18/CE; violazione art. 3 Cost.; motivazione illogica e contraddittoria; poiché la soc. Argol ha dimostrato di avere la piena disponibilità dei mezzi indicati al punto III.2.1.3. lett. j) del bando, allegando “copia dei libretti di circolazione di praticamente tutti gli automezzi richiesti dal bando”. Inoltre, in fase di prequalifica la soc. Argol “aveva effettivamente indicato come impresa ausiliaria la ITK anche con riferimento al reperimento degli automezzi”, ma la valutazione della P.A. è avvenuta in questo caso con modalità e criteri differenti rispetto a quanto effettuato nei confronti del raggruppamento risultato aggiudicatario, dove è stata ritenuta sufficiente una semplice dichiarazione circa il possesso della abilitazione di sicurezza. Allo stesso modo, si è ritenuto il raggruppamento aggiudicatario in possesso dei requisiti prescritti “in forza di documenti di cui (la P.A.) sarebbe presuntivamente in possesso in forza della presenza degli stessi in altri procedimenti”, dunque utilizzando “un improprio metodo di accertamento del possesso dei requisiti . . . con modalità a dir poco differenti rispetto a quelle utilizzate per Argol”;

e) violazione e falsa applicazione art. 49 d. lgs. n. 163/2006 e art. 47 Direttiva 2004/18/CE; motivazione inesistente; poiché non è dato comprendere per quali ragioni la documentazione e la giustificazione offerta dalla ITK Zardini s.r.l. “non sarebbe ritenuta idonea a comprovare la disponibilità dell’impresa ausiliaria”, atteso che, peraltro, il bando non richiedeva affatto una particolare forma di dimostrazione della disponibilità.

Si è costituito in giudizio il Ministero della Difesa, che ha concluso per il rigetto dell’appello, stante la sua infondatezza.

All'odierna udienza, la causa è stata riservata in decisione.

DIRITTO

2. L'appello è infondato e deve essere, pertanto, rigettato, con conseguente conferma della sentenza appellata.

La controversia in esame concerne – come è dato evincere dalla esposizione in fatto – la esclusione dalla gara, con conseguente escussione della cauzione provvisoria e segnalazione, per i provvedimenti di competenza, all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, di una impresa (la Argol s.p.a.), per non essere quest'ultima in possesso dei requisiti previsti:

- punto III.2.2. lett. g) del bando, riferito alla presentazione di dichiarazione riguardante il fatturato globale esercizi finanziari 2004-06, e, in particolare, la realizzazione di un “fatturato annuo nello specifico settore, quale media ultimo triennio, non inferiore a due volte il valore annuo dell'appalto;
- punto III.2.3. lett. j) relativo alla proprietà o piena ed assoluta disponibilità di tipologie di automezzi specificamente indicate;
- punto III.2.3, lett. l) circa la disponibilità in territorio estero, ed in taluni Stati in particolare, di strutture idonee all'esecuzione mandati di spedizione e con capacità di assicurare l'assistenza tecnico-logistica al personale delle Forze Armate.

La società appellante precisa, innanzi tutto, di non avere più alcun interesse alla partecipazione alla gara e, quindi, ogni sua doglianza rivolta avverso il provvedimento di esclusione, deve essere solamente intesa come volta a supportare l'illegittimità della medesima, quale presupposto dell'escussione della cauzione e della segnalazione all'Autorità di vigilanza.

Tanto premesso, occorre osservare che i motivi di appello proposti attengono a due diversi profili argomentativi:

- il primo, riferito ai presupposti ed ai limiti di applicazione dell'art. 48 d. lgs. n. 163/2006, e volto, dunque, a dimostrare in ogni caso l'illegittima applicazione di tale norma da parte della stazione appaltante. Rientrano in tale primo profilo i motivi sub a) in parte, e sub c) in parte, dell'esposizione in fatto;
- il secondo, concernente la legittimità dell'esclusione con riferimento agli aspetti contestati dalla stazione appaltante, onde giungere ad affermare il concreto difetto di presupposto per l'applicazione del citato art. 48. Rientrano in tale secondo profilo, i motivi sub a) e c) in parte, nonché sub b), d) ed e) dell'esposizione in fatto, i primi due dei quali specificamente dedicati alla problematica del cd. avvalimento infragruppo.

3.. L'art. 48 del Codice dei contratti (d. lgs. n. 163/2006), prevede, per quel che interessa nella presente sede, che:

“1. Le stazioni appaltanti prima di procedere all'apertura delle buste delle offerte presentate, richiedono ad un numero di offerenti non inferiore al 10 per cento delle offerte presentate, arrotondato all'unità superiore, scelti con sorteggio pubblico, di comprovare, entro dieci giorni dalla data della richiesta medesima, il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente richiesti nel bando di gara, presentando la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito. . . . Quando tale prova non sia fornita, ovvero non confermi le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta, le stazioni appaltanti procedono all'esclusione del concorrente dalla gara, all'escussione della relativa cauzione provvisoria e alla segnalazione del fatto all'Autorità per i provvedimenti di cui all'articolo 6 comma 11. L'Autorità dispone altresì la sospensione da uno a dodici mesi dalla partecipazione alle procedure di affidamento 2. La richiesta di cui al comma 1 è, altresì, inoltrata, entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara, anche all'aggiudicatario e al concorrente che segue in graduatoria, qualora gli stessi non siano compresi fra i concorrenti sorteggiati, e nel caso in cui essi non

forniscano la prova o non confermino le loro dichiarazioni si applicano le suddette sanzioni e si procede alla determinazione della nuova soglia di anomalia dell'offerta e alla conseguente eventuale nuova aggiudicazione.”

L'art. 48, comma 1, è preordinato ad assicurare il regolare e rapido espletamento della procedura di gara e la tempestiva liquidazione dei danni prodotti dalla alterazione della stessa a causa della mancanza dei requisiti da parte dell'offerente, di modo che esso risulta strumentale rispetto all'esigenza di garantire imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa.

La disposizione citata richiede, dunque, che le imprese sorteggiate (e, in diverso momento, l'aggiudicatario e il concorrente secondo classificato) “comprovino” entro dieci giorni dalla data della richiesta (termine che la giurisprudenza ritiene perentorio, salvo il caso di oggettivo impedimento alla produzione della documentazione non in disponibilità: Cons. St., sez. V, 13 dicembre 2010 n. 8739; sez. VI, 15 dicembre 2009 n. 3804) il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente richiesti nel bando di gara, presentando la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito.

La sanzione conseguente alla mancata produzione della prova sul possesso dei requisiti ovvero ad una documentazione che non confermi detto possesso (o non comprovi le dichiarazioni in precedenza rese) è l'esclusione dalla gara, con conseguente incameramento della cauzione provvisoria e segnalazione all'Autorità garante per i provvedimenti di sua competenza.

Ciò significa che l'esclusione dalla gara interviene:

- sia in ipotesi di mancata produzione di prove atte a confermare la sussistenza dei requisiti;
- sia in ipotesi di mancata produzione di prove entro il termine perentoriamente previsto, salvo oggettiva impossibilità, il cui onere della prova grava sull'impresa;

- sia in ipotesi di produzione di documentazione che “non confermi” (nel senso che neghi o che non sia sufficiente a confermare) le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell’offerta.

In definitiva, il legislatore intende sanzionare, all’esito negativo della procedura ex art. 48, il “comportamento sleale” dell’impresa, che si tipizza o per non avere fornito le prove richieste in ordine a quanto dichiarato, ovvero per avere “azzardato” dichiarazioni non corrispondenti al dato reale.

Ciò comporta che non rileva che la clausola originariamente prevista dal bando o dalla lettera di invito preveda il possesso di un determinato requisito ovvero la produzione di una certa dichiarazione “a pena di esclusione”, perché possa poi farsi luogo, all’esito negativo della procedura ex art. 48, all’esclusione ivi disposta.

Se ciò che il legislatore intende sanzionare è il comportamento sleale dell’impresa in ordine alla conferma del contenuto di quanto da essa presentato in sede di gara, è evidente che ciò che è oggetto di sanzione è un comportamento successivo e diverso rispetto al mero rispetto della clausola la cui violazione è prevista a pena di esclusione.

Si intende, in definitiva, affermare che l’art. 46 e l’art. 48 del Codice dei contratti rispondono a presupposti e finalità differenti:

- l’art. 46 (sia nella versione precedente sia successiva alle modifiche introdotte dall’art. 4, d. l. n. 70/2011, conv. in l. n. 106/2011, che ha aggiunto il comma 1-bis), tende a delimitare, in ossequio al principio della massima partecipazione, le ipotesi di esclusione delle imprese dalle gare, per il tramite della possibilità di completare o fornire chiarimenti (co. 1), ovvero determinando le ipotesi di esclusione a quelle ivi previste e vietando, a pena di nullità, l’introduzione di ulteriori cause di esclusione da parte dei bandi e delle lettere di invito (co. 1-bis);
- l’art. 48, invece, al fine di tutelare la correttezza e speditezza del procedimento di gara, tende a preservare la gara

stessa dalla partecipazione di imprese non adeguate, per mancanza dei requisiti richiesti, all'oggetto della gara, e sanziona, come si è detto, il comportamento dell'impresa che non fornisce o fornisce in modo insufficiente a confermare il possesso dei requisiti, di modo che tale evenienza tanto può riferirsi a requisiti la cui mancanza è già prevista a pena di esclusione, tanto ad altri requisiti per i quali tale previsione non sussiste.

Diversamente interpretando, le disposizioni dell'art. 48 perderebbero qualunque autonomo significato, in quanto esse si risolverebbero solo in una mera ipotesi di controllo anticipato e casuale, e, in quanto riferibili solo al mancato possesso di requisiti per i quali è prevista l'esclusione, finirebbero con il determinare – proprio per effetto della casualità del controllo – una disparità di trattamento tra imprese ab origine non in possesso di detti requisiti, delle quali talune riceverebbero la sanzione dell'esclusione e le ulteriori sanzioni conseguenti, altre risulterebbero solo non aggiudicatarie (e quindi né escluse né ulteriormente sanzionate).

E' del tutto evidente che la finalità dell'art. 48 è anche di tipo “dissuasivo” dal partecipare alle gare da parte di imprese non in possesso dei requisiti e che, comunque, stante la previsione del sorteggio delle imprese da controllare, permane un'alea.

Tuttavia, ciò che rileva, ai fini del meccanismo sanzionatorio, è la natura del precetto violato, cioè l'aver tenuto un comportamento non corretto in sede di controllo anticipato e non già l'aver ab origine deliberatamente ignorato una clausola prevista dal bando; il che esclude ogni possibile ipotesi di disparità di trattamento.

Quanto alle ulteriori sanzioni conseguenti all'esclusione, l'istituto della cauzione provvisoria si profila, dunque, come garanzia del rispetto dell'ampio patto d'integrità cui si vincola chi partecipa a gare pubbliche, ed il suo incameramento, sussistendone i presupposti, risulta coerente con tale finalità, avendo esso la funzione di garantire la serietà e l'affidabilità dell'offerta, sanzionando la violazione dell'obbligo di diligenza gravante sull'offerente, mediante

l'anticipata liquidazione dei danni subiti dalla stazione appaltante. E ciò tenuto conto del fatto che, con la domanda di partecipazione alla gara, l'operatore economico sottoscrive e si impegna ad osservare le regole della relativa procedura, delle quali ha, dunque, contezza.

Come ha osservato la Corte Costituzionale (sent. 13 luglio 2011 n.211), l'incameramento della cauzione provvisoria costituisce una scelta del legislatore ordinario, scelta che, considerate la natura e le finalità della detta cauzione, non può essere giudicata frutto di un uso distorto ed arbitrario della discrezionalità allo stesso spettante e contrastante con il canone della ragionevolezza.

Allo stesso modo, sempre secondo la Corte, i provvedimenti dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, anch'essi previsti dall'art. 48, mirano a garantire che nel settore operino soggetti rispettosi delle regole che lo disciplinano e, quindi, sono diretti a sanzionare la condotta dell'offerente per finalità ulteriori e diverse rispetto a quelle cui è preordinato l'incameramento della cauzione provvisoria, il quale ultimo è caratterizzato da una funzione differente da quella che connota detti provvedimenti, con conseguente incomparabilità di dette situazioni.

L'esclusione dalla gara costituisce, dunque, il presupposto perché si faccia luogo alle due ipotesi sanzionatorie previste dall'art. 48, comma 1, di modo che, mentre l'impresa ben può dolersi della legittimità dell'esclusione, in relazione alle ragioni che la giustificano, al contrario non costituisce oggetto di sindacato giurisdizionale – sotto il profilo dell'eccesso di potere - la successiva determinazione dell'amministrazione di incameramento della cauzione e di segnalazione all'Autorità garante, posto che esse, come la giurisprudenza ha già avuto modo di affermare (Cons. Stato, sez. V, 1 ottobre 2010 n. 7263), costituiscono conseguenze del tutto automatiche del provvedimento di esclusione, come tali non suscettibili di alcuna valutazione discrezionale da parte dell'amministrazione, con riguardo ai singoli casi concreti e/o alle ragioni poste a giustificazione dell'esclusione medesima.

In sostanza, ai fini dell'applicazione delle sanzioni previste, il presupposto determinante (e dunque assorbente) è rappresentato dall'esclusione. Ciò che è quindi possibile censurare, innanzi al giudice amministrativo, è la legittimità dell'esclusione, non – una volta che questa sia intervenuta (e sia ritenuta legittima) – l'adozione dei conseguenti atti di incameramento della cauzione e di segnalazione, essendo questi conseguenze automatiche, previste ex lege.

Ovviamente, laddove l'esclusione disposta venisse ritenuta illegittima, difetterebbe il presupposto per l'adozione degli atti di incameramento e segnalazione, che risulterebbero illegittimi in via derivata.

4. Alla luce delle considerazioni sin qui esposte, devono essere respinti, in quanto infondati, parte del primo e parte del terzo dei motivi di appello (rispettivamente, sub a) e sub c) dell'esposizione in fatto).

Occorre, innanzi tutto, osservare che, ai fini del presente giudizio sulla legittimità della disposta esclusione, non può assumere alcun rilievo la doglianza relativa alla (eventuale) violazione del principio di proporzionalità della clausola (nel caso di specie, quella che prescrive il possesso di un determinato fatturato specifico, ritenuto dall'appellante sproporzionato rispetto all'importo posto a base di gara), violazione che sarebbe tale da inficiare, secondo l'appellante, la successiva procedura ex art. 48.

Ed infatti:

- o la clausola è tale da impedire la partecipazione del soggetto alla gara, e quindi si presenta come clausola immediatamente escludente, e come tale soggetta ad impugnazione immediata (così come ha ritenuto la sentenza appellata, che ha dichiarato irricevibile per tardività tale motivo: v. pagg. 5 – 6 sent.);
- o la clausola costituisce – che sia prevista o meno l'esclusione dalla gara per il mancato possesso del requisito – parametro per la “comprova”, secondo la procedura ex art. 48, di modo che il difetto di prova o la insufficiente

dimostrazione del suo possesso determinano l'esclusione, senza che si possa più, in sede di procedura ex art. 48, censurare la clausola in sé (in quanto irragionevole per difetto di proporzione). In tale sede, come si è già affermato, sono possibili solo censure che attengono alla determinazione dell'esclusione disposta dall'amministrazione in relazione alle clausole del bando che prevedono il possesso di requisiti di capacità economico – finanziaria e tecnico – organizzativa; censure che attengono cioè a tale esercizio di potere valutativo – discrezionale, non già censure che – una volta accertato il difetto del possesso del requisito – investono la legittimità della clausola (escludente), in particolare per vizio di eccesso di potere.

Inoltre, poiché si è affermato che, all'esito della procedura ex art. 48 Codice, all'esclusione dell'impresa conseguono ex lege incameramento della cauzione e segnalazione all'Autorità, non può trovare accoglimento quanto dedotto dall'appellante, nell'ambito del I motivo di ricorso, laddove afferma (in part. pagg. 8-10 app.), che l'eventuale mancata dimostrazione dei requisiti (o la loro rappresentazione in forma inefficace) in sede di gara, comporta al massimo l'esclusione dalla stessa, senza applicazione dell'escussione della cauzione e della segnalazione all'Autorità di vigilanza.

Né è necessario perché possano applicarsi le sanzioni ulteriori di cui all'art. 48, che la stazione appaltante provi che la partecipazione della concorrente abbia falsato la procedura selettiva con innegabili riflessi sulle altre imprese, prospettandosi, in difetto di tale verifica, l'illegittimità della escussione automatica della cauzione.

Ciò che rileva, come si è detto, ai fini dell'applicazione di dette sanzioni, è il presupposto della disposta esclusione, senza alcuna necessità di valutazioni ulteriori.

5. Con ulteriori motivi di appello (in parte motivi sub a) e c) e con il motivo sub b) dell'esposizione in fatto), la società appellante censura la legittimità della disposta esclusione, così giungendo ad affermare il concreto difetto del

presupposto per l'applicazione del citato art. 48.

La società Argol sostiene che il requisito del fatturato specifico (punto III.2.2. lett. g) del bando) è stato dapprima da lei ritenuto soddisfatto in virtù del cd. legame infragruppo e pertanto non dichiarato; che, successivamente in sede di verifica, essa ha dichiarato di ricorrere al cd. avvalimento infragruppo, del quale nessuna norma prevede che esso debba essere dichiarato con la domanda di partecipazione; che tale avvalimento è comunque aspetto regolarizzabile ex art. 46 e che non sussiste l'onere di allegare il contratto di avvalimento, essendo sufficiente a provare lo stesso "qualunque strumento idoneo allo scopo". In particolare, sarebbe sufficiente la mera autodichiarazione della concorrente, come avvenuto nel caso di specie, unitamente al deposito dei bilanci 2004/2006 del gruppo Sofinbi s.p.a. La sentenza appellata ha invece affermato che "per potersi configurare un valido avvalimento occorre che si sia in presenza della assunzione di un apposito impegno da parte delle imprese ausiliarie rivolto a consentire la disponibilità dei propri mezzi economici, tecnici e finanziari a favore dell'impresa concorrente, che ne sia sprovvista al fine della partecipazione alla gara", dato che "la semplice appartenenza ad una holding non comporta di per sé solo una immedesimazione delle varie società componenti il gruppo, le quali conservano la loro autonomia quali centri di imputazione di rapporti giuridici".

Alla luce di ciò, secondo il I giudice, "l'impresa concorrente ha l'obbligo di presentare, fin dal primo atto della procedura, coincidente con la domanda di partecipazione alla gara, la dichiarazione di volersi avvalere dei requisiti di un soggetto terzo, atteso che la stazione appaltante deve essere avvertita che l'impresa concorrente intende derogare, attraverso l'istituto dell'avvalimento, al principio generale del possesso dei requisiti richiesti dal bando di gara".

Per le ragioni di seguito esposte, anche i motivi di appello sopra indicati devono ritenersi infondati ed essere, di conseguenza, respinti.

6. L'art. 49 del Codice dei contratti prevede, per quel che interessa nella presente sede :

“1. Il concorrente, singolo o consorziato o raggruppato ai sensi dell'articolo 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.

2. 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, nonché il possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento (tale ultimo inciso introdotto dall'art. 4 d.l. n. 70/2011);

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[ne' si trova in una situazione di controllo di cui all'articolo 34, comma 2, con una delle altre imprese che partecipano alla gara: inciso soppresso dall'art. 3 d.l. n. 135/2009];

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;

g) nel caso di avvalimento nei confronti di un'impresa che appartiene al medesimo gruppo in luogo del contratto di cui alla lettera f) l'impresa concorrente può presentare una dichiarazione sostitutiva attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo, dal quale discendono i medesimi obblighi previsti dal comma 5.

3. Nel caso di dichiarazioni mendaci, ferma restando l'applicazione dell'articolo 38, lettera h) nei confronti dei sottoscrittori, la stazione appaltante esclude il concorrente e escute la garanzia. Trasmette inoltre gli atti all'Autorità per le sanzioni di cui all'articolo 6, comma 11.

4. Il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto.

5. Gli obblighi previsti dalla normativa antimafia a carico del concorrente si applicano anche nei confronti del soggetto ausiliario, in ragione dell'importo dell'appalto posto a base di gara... .”

Tale disposizione introduce nel nostro ordinamento l'istituto dell'avvalimento, in attuazione dell'art. 47 della Direttiva 2004/18/CE, in base al quale (co. 2):

“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 alla amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno a tal fine di questi soggetti”.

Quanto alla norma del diritto dell'Unione Europea, la giurisprudenza ha già avuto modo di osservare che essa tende, per il tramite dell'istituto dell'avvalimento, a permettere la più ampia partecipazione alle gare, consentendo a soggetti

che ne siano privi di concorrere ricorrendo ai requisiti di altri soggetti (Cons. St., sez. VI, 18 settembre 2009 n. 5626), senza che abbiano alcuna influenza per la stazione appaltante i rapporti esistenti tra il concorrente ed il soggetto avvalso, essendo indispensabile unicamente che il primo dimostri di poter disporre dei mezzi del secondo (Cons. St., sez. V, 17 marzo 2009 n. 1589).

La giurisprudenza ha, inoltre, osservato come la disciplina dell'art. 49 del Codice dei contratti pubblici non pone alcuna limitazione al ricorso all'istituto dell'avvalimento, se non per i requisiti strettamente personali di carattere generale, di cui agli artt. 38 e 39 (Cons. St., sez. III, 15 novembre 2011 n. 6040), di modo che è possibile comprovare tramite detto istituto anche il fatturato, l'esperienza pregressa ed il numero dei dipendenti a tempo indeterminato, ovvero integrare anche il requisito del possesso di capitale sociale minimo, ritenendo quest'ultimo come requisito di natura economica (Cons. St., sez. V, 8 ottobre 2011 n. 5496).

I requisiti devono tuttavia essere integralmente ed autonomamente posseduti da parte dell'impresa avvalsa, proprio perché la finalità dell'avvalimento non è quella di arricchire la capacità (tecnica o economica) del concorrente, ma quella di consentire a soggetti che ne siano sprovvisti di concorrere comunque alla gara (Cons. St., sez. VI, 13 giugno 2011 n. 3565).

In particolare, si è affermato che l'avvalimento nei requisiti soggettivi deve essere reale e non formale, nel senso che non può considerarsi sufficiente "prestare" la certificazione posseduta, giacché in questo modo verrebbe meno la stessa essenza dell'istituto, finalizzato, come si è detto, a consentire a soggetti che ne siano sprovvisti di concorrere alla gara ricorrendo ai requisiti di altri soggetti, garantendo nondimeno l'affidabilità dei lavori, dei servizi o delle forniture appaltati. Ne consegue che, perché il ricorso all'istituto dell'avvalimento sia legittimo, occorre l'espreso impegno da parte dell'impresa ausiliaria, nei confronti dell'impresa ausiliata e della stazione appaltante, di mettere a disposizione

per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente (Cons. St., sez. V, 18 novembre 2011 n. 6079; sez. III, 18 aprile 2011 n. 2343).

Orbene, il Collegio ritiene che la volontà di utilizzare il previsto istituto dell'avvalimento deve essere espressa dal concorrente al momento di presentazione della domanda di partecipazione alla gara.

Ciò si evince, innanzi tutto, dalla stessa natura e finalità dell'istituto. Se, come afferma l'art. 49, co. 1, l'avvalimento serve a “soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA”, allora esso non può – innanzi tutto quanto all'espressione della volontà di avvalersene – che seguire modalità e termini previsti per la produzione dei requisiti medesimi.

Di conseguenza, poiché l'impresa partecipa alla gara non solo “in proprio”, e quindi con tutta la sua organizzazione tecnico-economica, ma anche per mezzo di altra impresa, essa deve allora indicare tale rilevante modificazione soggettiva del tipo di partecipazione, al momento stesso in cui rappresenta alla pubblica amministrazione la propria volontà di voler partecipare alla gara.

Tale considerazione è rafforzata da una pluralità di chiare indicazioni letteralmente contenute nell'art. 49, il quale:

- nel comma 2, alinea, prevede che il concorrente “alleggi” quanto di seguito indicato (dichiarazioni di volere utilizzare l'avvalimento; dichiarazioni dell'impresa avvalsa), il che ha senso solo se riferito alla domanda;
- alla lett. a), che il concorrente alleggi “una sua dichiarazione verificabile ai sensi dell'art. 48, attestante l'avvalimento dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara”. Orbene, appare evidente che se la dichiarazione deve essere verificabile per il tramite della procedura ex art. 48, essa deve essere resa in un momento antecedente a tale procedura, e quindi in sede di presentazione della domanda (in tal senso, Cons. St., sez. V, 4 maggio 2009 n. 2785).

In definitiva, la volontà di accedere all'avvalimento, con indicazione dell'impresa ausiliaria, deve essere manifestata al momento di presentazione della domanda di partecipazione alla gara.

Come la giurisprudenza ha già avuto condivisibilmente modo di chiarire (Cons. St., n. 2785/2009 cit.), “l'impresa che aspira a partecipare alla procedura concorsuale e che non possiede in proprio i requisiti di ammissione può a tal fine giovare di altra impresa in funzione ausiliaria. In questa ipotesi non viene, tuttavia, meno l'onere di dichiarazione dell'avvalimento nella fase di ammissione, che cristallizza l'accertamento del possesso dei requisiti alla data di scadenza del termine stabilito dal bando per la presentazione della domanda di partecipazione.”

Da quanto esposto, consegue che non può trovare accoglimento quanto prospettato dall'appellante, in ordine alla non necessaria allegazione della dichiarazione di avvalimento fin dalla presentazione della domanda di partecipazione alla gara, ovvero in ordine alla sanabilità del difetto di allegazione, ai sensi dell'art. 46 d. lgs. n. 163/2006.

7. Altrettanto infondate sono le doglianze dell'appellante, laddove essa ritiene che non sussiste l'onere di allegare il contratto di avvalimento, essendo sufficiente a provare lo stesso “qualunque strumento idoneo allo scopo”. In particolare, sarebbe sufficiente la mera autodichiarazione della concorrente, come avvenuto nel caso di specie, unitamente al deposito dei bilanci 2004/2006 del gruppo Sofinbi s.p.a.

Orbene, l'art. 49, comma 2, del Codice dei contratti, mentre alla lettera f), prevede che l'impresa che intende ricorrere all'avvalimento deve allegare (alla domanda di partecipazione, secondo quanto innanzi precisato) “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”, precisa altresì, alla successiva lett. g) che: “nel caso di avvalimento nei confronti di un'impresa che appartiene al medesimo gruppo in luogo del contratto di cui

alla lettera f) l'impresa concorrente può presentare una dichiarazione sostitutiva attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo, dal quale discendono i medesimi obblighi previsti dal comma 5”.

L'impresa partecipante, dunque, non è tenuta a stipulare (e quindi successivamente ad allegare) con l'impresa avvalsa “un 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”, potendo tale contratto essere sostituito da una dichiarazione unilaterale.

Il contenuto di tale dichiarazione, per espressa previsione di legge, è, per un verso, sostitutivo del solo contratto, previsto alla lett. f); per altro verso, deve riguardare “il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo”.

Appare evidente che il legislatore, a fronte della indicazione di un presupposto soggettivo - quale l'appartenere l'impresa di cui ci si intende avvalere al “medesimo gruppo” - non essendo questo chiaramente tipizzato dall'ordinamento, se da un lato, facilita all'impresa partecipante gli oneri di allegazione documentale, richiedendo la dichiarazione sostitutiva in luogo del contratto, per altro verso, per il tramite della attestazione sulla natura e sui contenuti del “legame giuridico ed economico esistente nel gruppo”, intende pervenire al medesimo risultato, che si otterrebbe per il tramite del contratto, e cioè la comprovata assunzione, da parte dell'impresa ausiliaria nei confronti della partecipante alla gara, delle obbligazioni di “fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto”.

Ciò significa, innanzi tutto, che, essendo la dichiarazione unilaterale sostitutiva solo del contratto, permane l'obbligo di allegazione alla domanda di partecipazione delle dichiarazioni:

- sub lett. c), con la quale l'impresa ausiliaria attesta il possesso dei requisiti generali di cui all'articolo 38, nonché il possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento (tale ultimo inciso introdotto dall'art. 4 d.l. n.

70/2011);

- sub lett. d), con la quale si assume verso la stazione appaltante l'obbligo di “mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente”;

- sub lett. e), con la quale l'impresa ausiliaria “attesta che non partecipa alla gara in proprio o associata o consorziata ai sensi dell'articolo 34”

Ed infatti, solo con l'allegazione di tali dichiarazioni (che certo non possono provenire dall'impresa concorrente), si pone la stazione appaltante in grado di verificare il possesso dei requisiti di ordine generale per partecipare alle gare anche in capo all'impresa ausiliaria; ma soprattutto si consegue formalmente, da parte della stazione appaltante, la dichiarazione con la quale l'impresa ausiliaria, nell'assumere le obbligazioni previste, diviene anche responsabile, unitamente alla concorrente “in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto”, come prevede il comma 4 dell'art. 49.

Appare del tutto evidente che nessuna dichiarazione unilaterale di un soggetto può costituire una obbligazione a carico di un soggetto terzo, fonte di responsabilità a suo carico, per il caso di inadempimento (riconoscendo il codice civile, ex art. 1381, solo il ben diverso istituto della “promessa dell'obbligazione o del fatto del terzo”); di modo che nessuna dichiarazione unilaterale (e nemmeno alcun contratto stipulato tra imprese) può sostituire, nei confronti della Pubblica Amministrazione appaltante, le dichiarazioni che l'art. 49 prevede a carico dell'impresa ausiliaria, stante la indicata finalità delle medesime.

A ciò occorre aggiungere che la stessa dichiarazione sostitutiva, prevista dalla lett. g) dell'art. 49, intanto può tenere luogo del contratto previsto dalla precedente lett. f), in quanto la particolare tipologia del “legame giuridico ed economico esistente nel gruppo”, di cui occorre dare attestazione, lo consente.

Deve cioè trattarsi di un “legame” - preesistente e tipizzato nelle forme giuridiche idonee - tale da comportare che, a mera richiesta di una società del medesimo gruppo (del quale ultimo devono essere specificati la natura e l’ambito, in modo da non creare dubbi in ordine alla comune appartenenza delle imprese), altra impresa del gruppo, indicata come 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” (che è, appunto, l’obbligazione che altrimenti si assume con il contratto).

In definitiva, ciò che la dichiarazione unilaterale sostituisce (in luogo del contratto), e sempre che precedenti “legami” giuridico - economici lo consentano, è la documentazione della assunzione dell’obbligazione nei confronti del concorrente (non potendo essa costituirne la fonte), nel senso che essa documenta di una obbligazione già precedentemente assunta, proprio in virtù dei legami suddetti.

Una mera dichiarazione unilaterale, per le ragioni già esposte, non è ex se idonea a far sorgere obbligazioni in capo ad un terzo ed in favore del dichiarante; tanto meno, essa può produrre tale effetto nei confronti della Pubblica Amministrazione.

Quanto sin qui considerato non si pone affatto in contraddizione con l’art. 47, co. 2, della Direttiva 2004/18/CE, il quale (co. 2), nel prevedere 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”, intende escludere che possano essere poste limitazioni in virtù della natura giuridica di tali legami (ed infatti, per quel che interessa il caso di specie, non vi è alcuna limitazione al cd. avvalimento infragruppo) Ma, al tempo stesso, tale articolo certo non esclude la necessità di formale assunzione di obbligazioni e responsabilità da parte della impresa ausiliaria nei confronti della stazione appaltante.

Allo stesso modo, laddove la disposizione afferma che l’impresa concorrente, in ipotesi di avvalimento, “deve

dimostrare alla amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno a tal fine di questi soggetti”, non esclude altre forme di “dimostrazione”, ferma restando la necessità di assunzione dell'obbligazione da parte dell'impresa ausiliaria.

In altre parole, e ciò con riferimento sia alla interpretazione dell'art. 47 della direttiva, sia all'interpretazione dell'art. 49 del Codice, occorre ricordare e tenere ferma la distinzione tra “prova dell'obbligazione assunta” ed “atto o fatto produttivo di obbligazioni”.

Alla luce di quanto ora affermato, non sussiste alcun dubbio interpretativo in ordine al contenuto normativo dell'art. 47 della Direttiva 2004/18/CE, tale da rendere necessaria la richiesta di interpretazione alla Corte di giustizia dell'Unione Europea., così come in eventualità prospettato dall'appellante.

8. Per tutte le ragioni sin qui esposte, i primi tre motivi di appello (sub lett. a/c dell'esposizione in fatto) devono essere respinti, stante la loro infondatezza..

La conferma della sentenza appellata relativamente alle questioni oggetto dei motivi ora rigettati, già sorregge, di conseguenza, la legittimità del provvedimento di esclusione dalla gara e dei connessi atti di incameramento della cauzione e di segnalazione all'Autorità garante, adottati dall'amministrazione (e quindi la reiezione del ricorso proposto in I grado), rendendo superfluo l'esame del quarto e quinto motivo di appello (sub lett. d) ed e) dell'esposizione in fatto).

Occorre, in ogni caso osservare, che anche tali motivi sono infondati:

- sia, per ciò che concerne il quarto motivo, in relazione alle considerazioni già svolte in tema di avvalimento infragruppo e in quanto non assumono, nel caso di specie, alcuna rilevanza le doglianze rivolte alle modalità di verifica

attuare nei confronti di altro concorrente;

- sia, in relazione al quinto motivo, in quanto non risulta comprovato, pur alla luce della documentazione fornita, la effettiva disponibilità del requisito di cui al punto III.2.3, lett. l) del bando, anche in capo all'impresa ausiliaria, in modo tale da considerare assunte le conseguenti responsabilità nei confronti della stazione appaltante; né rilevando, come già detto, eventuali diverse modalità di valutazione, come prospettate dall'appellante.

Alla luce di tutte le considerazioni sin qui esposte, l'appello deve essere rigettato, con conseguente conferma della sentenza appellata.

Sussistono, tuttavia, giusti motivi per compensare tra le parti spese, diritti ed onorari di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

definitivamente pronunciando sull'appello proposto da Argol s.p.a. (n. 4751/2010 r.g.), lo rigetta e, per l'effetto, conferma la sentenza appellata.

Compensa tra le parti spese, diritti ed onorari di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 novembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Gaetano Trotta, Presidente

Raffaele Greco, Consigliere

Fabio Taormina, Consigliere

Diego Sabatino, Consigliere

Oberdan Forlenza, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/02/2012

IL SEGRETARIO

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