

N. 03290/2012 REG.PROV.COLL.
N. 01799/2012 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 Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1799 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Tecno Recuperi s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Francesco Adavastro e Paolo Re, presso lo studio dei quali ha eletto domicilio in Milano, via Cerva n. 20;

contro

Comune di San Genesio e Uniti, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Elisabetta Masnata, domiciliato presso la segreteria del Tribunale in Milano via Corridoni n. 39;

nei confronti di

Pizzamiglio Andrea s.r.l., in persona del legale rappresentante pro

tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Pierluigi Mantini e Francesco Basile, presso lo studio dei quali ha eletto domicilio, in Milano via Morigi n. 2/a;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

1) in relazione al ricorso principale

- del provvedimento n. 41/2012 del 25.06.2012 di aggiudicazione definitiva del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani , delle raccolte differenziate e dei servizi complementari nel territorio comunale di San Genesio e Uniti alla ditta Pizzamiglio Andrea srl;
- del bando di gara e del disciplinare di gara;
- del provvedimento di nomina della Commissione di gara;
- del verbale di gara del 30.05.2012;
- di ogni altro atto presupposto o connesso;

nonché per la condanna dell'amministrazione ad aggiudicare l'appalto alle ricorrenti o in subordine al risarcimento del danno per equivalente monetario

2) in relazione al ricorso per motivi aggiunti

- della Determinazione del Servizio Ufficio Tecnico del Comune di San Genesio ed Uniti n. 81 del 26.09.2012 con la quale è stato affidato alla Pizzamiglio Andrea s.r.l. "incarico temporaneo di mesi 3 (dal 1 ottobre al 31 dicembre 2012) del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani, differenziati e servizi complementari",
- della Determinazione del Servizio Ufficio Tecnico del Comune di

San Genesio ed Uniti n. 59 del 31.07.2012, con la quale, in via d'urgenza, è stato affidato, alla medesima controinteressata lo stesso servizio per mesi due, dal 1.08.2012 al 30.09.2012 alle stesse "condizioni contrattuali ed al costo dell'appalto (ripartito per le due mensilità del servizio), contenute nell'offerta fornita in sede di partecipazione alla gara" ;

di ogni atto connesso ;

nonché sul ricorso incidentale proposto da Pizzamiglio Andrea s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Pierluigi Mantini e Francesco Basile, presso lo studio dei quali ha eletto domicilio, in Milano via Morigi n. 2/a;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di San Genesio ed Uniti e di Pizzamiglio Andrea Srl;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Pizzamiglio Andrea S.r.l., rappresentato e difeso dagli avv. Pierluigi Mantini, Francesco Basile, con domicilio eletto presso Pierluigi Mantini in Milano, via Morigi 2 A;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Designato relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 dicembre 2012 il dott. Fabrizio Fornataro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società Tecno Recuperi s.p.a. impugna gli atti indicati in epigrafe deducendone l'illegittimità per violazione di legge e d'eccesso di potere sotto diversi profili.

Si è costituita in giudizio l'amministrazione resistente chiedendo il rigetto del ricorso principale e del ricorso per motivi aggiunti.

Si è costituita in giudizio la controinteressata società Pizzamiglio Andrea s.r.l., che con ricorso incidentale ha contestato l'ammissione alla gara della ricorrente.

Con due ordinanze, depositate rispettivamente in data 30.07.2012 e in data 20.09.2012, il Tribunale ha accolto le domande cautelari presentate dal ricorrente, con espressa riserva di rimettere al merito la valutazione delle censure articolate con il ricorso incidentale.

All'udienza del 21 dicembre 2012 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1) Le impugnazioni proposte in via principale e in via incidentale si dirigono avverso gli atti della gara indetta dal Comune di San Genesio con bando spedito alla G.U.C.E in data 22.03.2012, avente ad oggetto l'affidamento, per la durata di un anno eventualmente prorogabile per analogo periodo, dell'appalto dei servizi di raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani, delle raccolte differenziate e dei servizi complementari nel proprio territorio.

Alla procedura partecipavano quattro concorrenti e all'esito delle operazioni di gara la società Pizzamiglio Andrea s.r.l. si collocava al primo posto della graduatoria, seguita dalla società San Germano s.r.l. – nei cui confronti il Tribunale ha disposto l'integrazione del contraddittorio – mentre al terzo posto si collocava la società Tecno Recuperi s.p.a..

2) Va esaminato con precedenza, perché di carattere escludente, il ricorso incidentale proposto dalla società Pizzamiglio Andrea s.r.l..

E' fondato e presenta carattere assorbente il secondo motivo del ricorso incidentale, con il quale si contesta che il contratto di avvalimento prodotto dalla società Tecno Recuperi s.p.a. soddisfi i requisiti stabiliti dalla legge.

L'art. 49 del d.l.vo 2006 n. 163 prevede che il concorrente che intende 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 deve, tra l'altro, allegare "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"

L'art. 88 del d.p.r. 2010 n 207 specifica che "per la qualificazione in gara, il contratto di cui all'articolo 49, comma 2, lettera f), del codice deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente: a) oggetto:

le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico; b) durata; c) ogni altro utile elemento ai fini dell'avvalimento”.

Nel caso di specie la società Tecno Recuperi s.p.a. ha stipulato con la società ASM Pavia s.p.a. un contratto di avvalimento, che presenta, però, un contenuto del tutto generico, non aderente al dato normativo appena richiamato (cfr. doc 12 e doc 13 della documentazione prodotta dalla stazione appaltante).

In particolare, nel contratto si legge che Tecno Recuperi s.p.a. possiede direttamente e attraverso l'impresa di cui intende avvalersi i “requisiti di qualificazione richiesti”, senza alcuna precisazione in ordine a quali siano i requisiti posseduti direttamente e quelli di cui la società intende dimostrare il possesso mediante l'avvalimento.

Anche i successivi articoli da 1 a 6 presenti nell'accordo hanno contenuto generico, perché riferiscono del possesso da parte della società ASM Pavia s.p.a. di “tutti i requisiti tecnici ed economici necessari” per partecipare alla gara, ma senza alcuna specificazione in ordine a quali siano i requisiti che si impegna a mettere a disposizione della Tecno Recuperi s.p.a..

E' noto che la disciplina dell'istituto dell'avvalimento, dettata dall'art. 49 del codice degli appalti, si correla alla previsione dell'art. 47 della Direttiva 2004/18/CE, in base al quale (comma 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".

La giurisprudenza ha già chiarito che la disciplina comunitaria è rivolta, 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).

Nella disciplina dell'avvalimento assume valore decisivo la dimostrazione dell'effettiva disponibilità da parte della concorrente

dei mezzi e dei requisiti offerti da altra impresa e a tale fine l'art. 49 richiede che il concorrente produca: 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 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, c) il contratto di avvalimento, in originale o copia autentica, 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.

La dichiarazione dell'impresa ausiliaria (di cui al comma 2, lett. d) dell'art. 49) e il contratto di avvalimento (comma 2, lett. f) dell'art. 49) sono atti tra loro diversi, per natura, contenuto e finalità.

La dichiarazione, infatti, costituisce un atto di assunzione unilaterale di obbligazioni nei confronti della stazione appaltante; mentre il contratto di avvalimento costituisce l'atto bilaterale di costituzione di un rapporto giuridico patrimoniale, stipulato tra l'impresa partecipante alla gara e l'impresa ausiliaria, di modo che in esso devono essere contemplate - nel rispetto dei requisiti generali di cui all'art. 1325 c.c. e di quelli desumibili dall'art. 49, comma 2, lett. f) del d.l.vo 2006 n. 163 - le reciproche obbligazioni delle parti e le

prestazioni da esse discendenti.

Insomma, la dichiarazione ed il contratto di avvalimento sono atti da tenere distinti e, quindi, tali da presentare un contenuto differente e "non sovrapponibile", di modo che non soddisfa l'obbligo di allegazione di cui all'art. 49, comma 2, lett. f), un contratto che presenti un "contenuto" (inteso come complesso delle reciproche obbligazioni e prestazioni delle parti stipulanti), meramente riproduttivo della dichiarazione unilaterale.

Il contratto di avvalimento deve rispettare la disciplina civilistica in tema di contenuto del contratto, con particolare riferimento all'esistenza e alla determinatezza dell'oggetto.

Ciò che occorre verificare, in conformità alle indicazioni desumibili dal citato art. 49, comma 2, lett. f), è se il contratto individui in modo chiaro ed esaustivo la volontà dell'impresa ausiliaria di impegnarsi, la natura dell'impegno assunto e la sua durata per tutto il tempo dell'appalto, la concreta ed effettiva disponibilità di porre a disposizione della concorrente i requisiti considerati (Cons. St., sez. V, 15 novembre 2010 n. 8043).

L'esigenza di specificità è ribadita dall'art. 88 del d.p.r. 5 ottobre 2010, n. 207, che in relazione agli appalti di opere richiede che il contratto riporti in modo compiuto, esplicito ed esauriente le risorse e i mezzi prestatati, in modo determinato e specifico; si tratta di una disposizione che, seppure dettata in materia di appalti di opere, ha portata generale perché riflette un principio di ordine generale

correlato al contenuto del contratto e, pertanto, da applicare anche per la dimostrazione del possesso, mediante avvalimento, dei requisiti di capacità tecnica e professionale negli appalti di servizi (in argomento si considerino Consiglio di Stato, sez. IV, 01 agosto 2012, n. 4406; Consiglio di Stato, sez. VI, 02 maggio 2012, n. 2508; T.A.R. Napoli Campania, sez. I, 04 luglio 2012, n. 3194; T.A.R. Napoli Campania, sez. I, 11 luglio 2012, n. 3353; T.A.R. Firenze Toscana, sez. I, 21 maggio 2012 n. 986).

Nel contratto di avvalimento, prodotto agli atti di causa, nulla di specifico è detto in relazione ai requisiti, alle risorse e all'organizzazione specificamente messi a disposizione dall'impresa ausiliaria alla società ricorrente; si tratta di un contratto dal contenuto del tutto generico, perché con esso ASM Pavia s.p.a. si limita ad un impegno di messa a disposizione di requisiti, senza alcuna precisazione.

Insomma, nel caso in esame, il contratto di avvalimento prodotto dalla società ricorrente per la partecipazione alla procedura in questione si limita a prevedere la disponibilità generica ed astratta di requisiti senza che emerga, in modo chiaro, che cosa sia effettivamente messo a sua disposizione, per sopperire ai requisiti di cui è carente.

Ne deriva la fondatezza del ricorso incidentale, nei termini dianzi esposti, in quanto la società Tecno Recuperi, avendo prodotto un contratto di avvalimento non aderente ai contenuti normativi dell'art.

49 del d.l.vo 2006 n. 163 e dell'art. 88 del regolamento di esecuzione, non ha dimostrato il possesso dei requisiti di qualificazione richiesti e, pertanto, doveva essere esclusa dalla procedura di gara.

3) La fondatezza del ricorso incidentale rende inammissibile il ricorso principale e il ricorso per motivi aggiunti.

La particolare complessità delle questioni fattuali e giuridiche sottese alla controversia in esame consente di ravvisare giusti motivi per compensare tra le parti le spese della lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Terza) definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso incidentale, nei limiti di quanto esposto in motivazione e per l'effetto dichiara inammissibile il ricorso principale e il successivo ricorso per motivi aggiunti indicati in epigrafe.

Compensa tra le parti le spese della lite.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 21 dicembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Dario Simeoli, Primo Referendario

Fabrizio Fornataro, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/12/2012

IL SEGRETARIO

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