

N. 02681/2015REG.PROV.COLL.

N. 01335/2015 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1335 del 2015, proposto da:
Rivoira s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Andrea Zanetti, presso il cui studio in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 18, ha eletto domicilio;

contro

Istituto Nazionale di Fisica Nucleare e Istituto Nazionale di Fisica Nucleare - Laboratori Nazionali del Gran Sasso, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliati in Roma, Via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Tecnogas s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Roberto Santucci, presso il cui studio in Roma, Via Tacito 10, ha eletto domicilio;
Air Liquide Sanità Service s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo - L'Aquila: Sezione I, n. 96/2015, resa tra le parti, concernente affidamento per la fornitura di gas, liquidi criogenici, materiale ausiliario e servizi a supporto degli apparati sperimentali dei laboratori nazionali del Gran Sasso dell'Istituto Nazionale di Fisica Nucleare;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Istituto Nazionale di Fisica Nucleare e dell'Istituto Nazionale di Fisica nucleare - Laboratori Nazionali del Gran Sasso e di Tecnogas s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 aprile 2015 il Cons. Maddalena Filippi e uditi per le parti gli avvocati Andrea Zanetti, Roberto Santucci e l'avvocato dello Stato Fabio Tortora,;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. - Rivoira s.p.a. chiede la riforma della sentenza n. 96 del 12 febbraio 2015 con cui il Tribunale amministrativo per l'Abruzzo ha respinto il ricorso presentato avverso l'atto di aggiudicazione a Tecnogas s.r.l. del lotto n. 2 dell'appalto indetto dall'Istituto Nazionale di Fisica Nucleare per la fornitura di gas, liquidi criogenici, materiale ausiliario e servizi di supporto degli apparati sperimentali dei laboratori nazionali del Gran Sasso per cinque anni.

2. - Il ricorso di primo grado - proposto dall'odierna appellante, classificatasi seconda nella graduatoria - contestava la legittimità della deliberazione di aggiudicazione (n. 10136 del 17 gennaio 2014) per la mancata esclusione di Tecnogas s.r.l..

Con ordinanza n. 2210 in data 28 maggio 2014 il Consiglio di Stato - in riforma dell'ordinanza con cui il Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo aveva respinto la domanda di sospensione cautelare dell'atto di aggiudicazione - ha ritenuto le esigenze cautelari della ricorrente *"apprezzabili favorevolmente in punto di fumus boni iuris[...] e tutelabili adeguatamente con la sollecita definizione del giudizio di merito (con eventuale ulteriore proroga del contratto in corso con l'attuale affidataria, in attesa della sentenza di merito)"*.

3. - Con sentenza n. 96 del 12 febbraio 2015, il Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo ha respinto il ricorso.

3.a - La sentenza ha ritenuto infondata, in primo luogo, la censura di violazione degli articoli 38 e 49 d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163 dedotta in relazione alla mancata dichiarazione attestante la sussistenza dei requisiti generali previsti dall'articolo 38 con riguardo a due componenti del Consiglio di Amministrazione dell'impresa ausiliaria (Air Liquide Sanità Service s.p.a.) dei cui requisiti di capacità economico-finanziaria si è avvalsa l'impresa aggiudicataria.

Dato atto del contrasto giurisprudenziale sorto in ordine al contenuto che la dichiarazione di cui all'articolo 38 deve possedere in caso di avvalimento, la sentenza ha ritenuto *"preferibile e condivisibile anche alla luce della successiva evoluzione giurisprudenziale"* l'orientamento - affermato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 16 del 30 luglio 2014 - che considera sufficiente, ai fini dell'adempimento degli obblighi dichiarativi di cui al richiamato articolo, una dichiarazione di insussistenza delle condizioni ostative resa da uno dei legali rappresentanti dell'impresa ausiliaria che si riferisca a tutti i soggetti muniti, all'interno della compagine societaria, di poteri rappresentativi, senza necessità di nominarli personalmente (se agevolmente individuabili mediante consultazione nei pubblici registri).

3.b - La sentenza ha poi ritenuto infondato anche il terzo motivo di ricorso con cui era stata lamentata la violazione dell'articolo 49 d.lgs. n. 163 del 2006 per la genericità del contenuto della dichiarazione dell'impresa ausiliaria, meramente riproduttivo della formula legislativa, senza alcuna specifica indicazione delle *"risorse necessarie di cui è carente il concorrente"* (art. 49, comma 2, lett. d), effettivamente messe a disposizione dell'impresa ausiliata: sul punto la sentenza - in considerazione sia della natura economico-finanziaria dei requisiti oggetto di avvalimento (il possesso di un fatturato globale di impresa non inferiore a euro 240.000,00 e l'esecuzione, negli ultimi tre anni, di una fornitura analoga per un importo non inferiore a quello a base d'asta), sia delle caratteristiche dell'appalto (avente ad oggetto la fornitura di determinati prodotti) - ha escluso la sussistenza di ulteriori indicazioni che l'impresa ausiliaria avrebbe potuto fornire in ordine alle *"risorse necessarie"*.

4. - Con l'atto di appello la ricorrente ripropone le censure dedotte avverso la mancata esclusione di Tecnogas s.r.l., sostenendo l'erroneità della sentenza sotto diversi profili: sarebbe prima di tutto errato differenziare - quanto ad oneri dichiarativi - la posizione dell'impresa ausiliaria rispetto a quella dell'impresa concorrente; sarebbe poi inconferente il richiamo al principio affermato dalla ricordata sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 16 del 2014 perché non concernente il caso, che ricorre nella specie, di oneri dichiarativi a carico dell'impresa ausiliaria, diversamente valutato dalla più recente giurisprudenza; da ultimo, non corrisponderebbe al vero l'affermazione secondo cui l'avvalimento riguardava requisiti di carattere esclusivamente economico e la dichiarazione resa dall'ausiliaria esprime con chiarezza l'impegno negoziale a prestare i requisiti di ordine speciale di cui l'impresa ausiliata è priva.

5. - La controinteressata Tecnogas s.r.l., costituitasi in giudizio, chiede il rigetto dell'appello con richiamo al ricordato indirizzo interpretativo dell'Adunanza plenaria ed evidenziando come i requisiti forniti dall'impresa ausiliaria riguardavano i soli requisiti *immateriali*, relativi al fatturato e all'esperienza pregressa, in quanto l'impresa aggiudicataria non ha alcuna necessità di utilizzare mezzi e/o personale altrui per svolgere la fornitura oggetto di appalto.

6. - All'udienza del 21 aprile 2015 la causa è stata discussa e trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. - L'appello non è fondato.

La controversia riguarda la legittimità dell'aggiudicazione a Tecnogas s.r.l. del lotto n. 2 dell'appalto di fornitura di gas indetto dall'Istituto Nazionale di Fisica Nucleare.

2. – Con il primo motivo di appello si sostiene che Tecnogas s.r.l. avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per violazione del combinato degli articoli 49 e 38 del *Codice dei contratti pubblici*: si sostiene in particolare che, con riguardo al possesso dei requisiti di cui comma 1, lett. c), dell'articolo 38, l'ausiliaria Air Liquide Sanità Service s.p.a. – dei cui requisiti l'impresa aggiudicataria si è avvalsa per partecipare alla gara – avrebbe prodotto la sola attestazione resa dall'amministratore delegato e non anche quelle degli altri amministratori e dei responsabili tecnici.

2.a - Sul punto vanno condivise le considerazioni con cui la sentenza appellata ritiene che l'indirizzo interpretativo affermato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con riguardo all'adempimento degli obblighi dichiarativi di cui al richiamato articolo 38 sia da estendere – in caso di avvalimento - anche alla dichiarazione dell'impresa ausiliaria attestante la sussistenza dei requisiti generali previsti da questa disposizione.

Invero, con la sentenza n. 16 del 2014, l'Adunanza plenaria ha ritenuto che la dichiarazione resa, ai sensi del d.p.r. 28 dicembre 2000, n. 445, da uno dei componenti del Consiglio di amministrazione in ordine all'insussistenza delle condizioni ostative previste dall'articolo 38 del *Codice dei contratti pubblici*, “non deve contenere la menzione nominativa di tutti i soggetti muniti di poteri rappresentativi dell'impresa, quando questi ultimi possano essere agevolmente identificati mediante l'accesso a banche dati ufficiali o a registri pubblici”, con la conseguenza che una dichiarazione sostitutiva così resa “non necessita di integrazioni o regolarizzazioni mediante l'uso dei poteri di soccorso istruttorio”.

Una tale interpretazione – come sottolineato dalla medesima Adunanza plenaria (ed evidenziato nella sentenza appellata) - si pone d'altra parte in linea con quanto previsto dall'art. 39 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90 (*Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari*) per le gare indette successivamente alla sua entrata in vigore: la nuova disposizione – nel prevedere che persino la mancanza, oltre che l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale, delle dichiarazioni sostitutive (in disparte l'obbligo di pagare una sanzione pecuniaria) comporti l'esclusione dalla gara solo in caso di mancato rispetto del termine perentorio assegnato dalla stazione appaltante per provvedere all'integrazione o alla regolarizzazione – “offre, quale indice ermeneutico, l'argomento della chiara volontà del legislatore di evitare [...] esclusioni dalla procedura per mere carenze documentali (ivi compresa la mancanza assoluta delle dichiarazioni)” (Ad. Plen. n. 16 del 2014 cit.).

Va ricordato inoltre che questa VI Sezione ha osservato come, in applicazione del principio affermato dalla Adunanza plenaria, la dichiarazione resa ai sensi del richiamato articolo 38 dal legale rappresentante di un'impresa – che non abbia espressamente escluso pregiudizi penali a carico degli altri componenti del consiglio di amministrazione - sia da ritenersi riferita all'impresa nel suo insieme quando “presenta un contenuto complessivo riferito all'ente” e quando “i dati identificativi degli amministratori risultano facilmente desumibili dal registro delle imprese” (12 settembre 2014, n. 4666).

A questa soluzione – va aggiunto – non è stata di ostacolo la circostanza che, nel caso deciso, “il bando di gara prevedesse che la mancanza dei documenti comprovanti le condizioni di partecipazione fosse causa di esclusione dalla gara” e neppure il fatto che “lo schema di dichiarazione sostitutiva, allegato al bando, prevedesse che le dichiarazioni ex art. 38 dovessero essere rese da tutti i soggetti indicati dall'articolo stesso”.

2.d – Nella specie è circostanza incontestata che la dichiarazione presentata dall'impresa ausiliaria ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti di cui al richiamato articolo 38 sia stata resa dall'amministratore delegato e direttore generale, soggetto munito di potere di rappresentanza. Altrettanto incontestata è la agevole identificazione – attraverso la visura camerale - degli altri soggetti muniti di poteri rappresentativi all'interno di Air Liquide Sanità Service s.p.a.. Incontestato, da ultimo, è il possesso dei requisiti di cui al richiamato articolo 38 da parte di tutti gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza e del direttore tecnico di Air Liquide Sanità Service s.p.a. (v. doc. 10 di Tecnogas S.r.l.).

Sicché, in applicazione dei principi richiamati, correttamente la sentenza impugnata ha ritenuto che l'impresa ausiliaria abbia assolto all'onere dichiarativo.

2.e – L'impresa appellante sostiene che il principio affermato dall'Adunanza plenaria non sarebbe conferente perché nella specie è stata contestata, non già la mancata analitica indicazione dei soggetti muniti di potere di rappresentanza della società, ma la mancata presentazione da parte dell'impresa ausiliaria della dichiarazione di insussistenza di condanne da parte di due amministratori muniti di potere di rappresentanza dell'ausiliaria.

L'assunto muove da una recente pronuncia del Consiglio di Stato (III, 22 gennaio 2015, n. 226) che ha ritenuto legittima l'esclusione di una società di diritto francese (con una sede anche in Italia) disposta perché la dichiarazione ai sensi dell'articolo 38 era stata presentata dal solo legale rappresentante della società italiana.

Questa decisione - come esattamente osservato da Tecnogas s.r.l. nella memoria depositata in vista dell'udienza – riguardava una fattispecie non sovrapponibile al caso in esame.

Come risulta dalla documentazione prodotta, in quel caso il disciplinare di gara prevedeva espressamente che la dichiarazione venisse resa dal concorrente e da tutti i soggetti indicati dall'articolo 38, comma 1, del *Codice dei contratti pubblici* (doc. 13); inoltre, la scheda di attestazione dei requisiti predisposta dalla stazione appaltante prevedeva che il dichiarante formulasse la dichiarazione per sé e per gli altri soggetti muniti di potere di rappresentanza (doc. 14).

Nella fattispecie, invece, la dichiarazione resa dalla società ausiliaria, per mezzo dell'amministratore delegato e direttore generale, è riferibile alla società nel suo complesso ed è stata formulata secondo il modello predisposto dalla stazione appaltante che non richiedeva l'indicazione di tutti i soggetti muniti di potere di rappresentanza e nemmeno forniva lo spazio per una tale indicazione (doc. 7).

Va poi aggiunto che nella specie – ed è ciò che più rileva – la produzione delle dichiarazioni di cui al richiamato articolo 38 da parte di tutti gli amministratori non era prevista a pena di esclusione dalla *lex specialis*. Il Capitolato di gara, all'articolo 4.5 – che disciplina appunto le Cause di esclusione – individuava come motivi di esclusione dalla gara o dall'aggiudicazione “*tutti quelli previsti dall'art. 46, comma 1 bis, del D. Lgs. 163/2006 e s.m.i.*” nonché l'inosservanza di quanto richiesto dal Disciplinare Tecnico (con riguardo al lotto n. 2) al punto 2.3: entrambe le disposizioni non fanno riferimento alcuno alla mancata produzione delle dichiarazioni in questione.

3. – E' infondato anche il secondo motivo con cui la società appellante lamenta la violazione dell'articolo 49 d.lgs. n. 163 del 2006 sotto il profilo della genericità della dichiarazione unilaterale presentata dall'impresa ausiliaria di Tecnogas s.r.l. (Air Liquide Sanità Service s.p.a.) che non avrebbe specificato le risorse – mezzi e personale – messi a disposizione dell'impresa ausiliata.

3.a - La sentenza appellata muove dalla considerazione che “*nella dichiarazione di avvalimento presentata dal soggetto ausiliario, questi si limita a obbligarsi a fornire i propri requisiti di ordine speciale (il possesso di un fatturato globale di impresa non inferiore a euro 240.000,00 e l'esecuzione, negli ultimi tre anni, di una fornitura analoga per un importo non inferiore a quello a base d'asta) e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto: si tratterebbe, secondo il ricorrente, di una formula meramente riproduttiva del testo normativo (art. 49, comma 2, lett. d) del d.lgs. n. 163 del 2006)*”.

La sentenza osserva inoltre come, in linea generale, vada condiviso l'orientamento secondo cui la mera riproduzione, nel testo dei contratti di avvalimento, della formula legislativa della messa a disposizione delle risorse necessarie di cui è carente il concorrente sia da ritenere oltre che tautologica (e, come tale, indeterminata per definizione), inidonea a permettere un qualsivoglia sindacato, da parte della stazione appaltante, sull'effettività della messa a disposizione dei requisiti.

Invece, con riguardo al caso di specie, la sentenza ritiene che la dichiarazione di avvalimento “*non si limita ad attestare, in maniera generica e tautologica, la messa a disposizione delle risorse indispensabili per l'esecuzione dell'appalto, ma esprime il chiaro impegno negoziale a prestare gli specifici e ben individuati requisiti di ordine speciale di cui l'impresa ausiliata difetta, con l'insieme delle dotazioni organizzative e finanziarie ad essi connessi*”.

A tale conclusione la sentenza perviene anche in considerazione della natura economica dei requisiti oggetto di avvalimento.

3.b – Va senz'altro condivisa l'osservazione con cui la società appellante mette in rilievo che, nella specie, l'avvalimento non riguardava unicamente requisiti di carattere economico-finanziario.

Ai fini della partecipazione alla gara il bando richiedeva, tra l'altro, il possesso di un fatturato globale d'impresa non inferiore a euro 240.000,00 e l'esecuzione, negli ultimi tre anni, di una fornitura analoga a quella oggetto di gara per un importo non inferiore a quello a base d'asta (oltre al possesso della certificazione ISO 9001 attinente l'oggetto della fornitura). Tecnogas s.r.l., priva di entrambi i requisiti, è ricorsa all'avvalimento tramite un'impresa del medesimo gruppo societario a cui essa appartiene.

Sul punto va rilevato che, se è pacifica la natura economica del requisito concernente il fatturato realizzato negli ultimi tre esercizi – in effetti espressamente qualificato dal punto III.2.2. del bando come requisito di *Capacità economico-finanziaria* – non altrettanto vale con riguardo al secondo requisito.

Anche indipendentemente dalla qualificazione indicata dal bando - che al punto III.2.3. inserisce tale secondo requisito nell'ambito dei requisiti di *Capacità tecnica* - non v'è dubbio, avuto riguardo al merito e all'oggettiva ragione di quanto richiesto, che il requisito avente ad oggetto l'esecuzione, negli ultimi tre anni, di una fornitura analoga per un importo non inferiore a quello a base d'asta, sia finalizzato a garantire l'affidabilità dell'impresa aggiudicataria proprio con specifico riguardo alla sua capacità operativa, prima che sotto il profilo della sua solidità economica. Tant'è vero che, come osserva la società appellante, la formulazione della clausola del bando contenuta al punto III.2.3. ricalca il testo dell'art. 42, comma 1, lett. a), del *Codice dei contratti pubblici* che disciplina la capacità tecnica dei fornitori e prestatori di servizi.

Del resto, la giurisprudenza anche di questa VI Sezione (8 maggio 2014, n. 2365), ha avuto occasione di sottolineare la valenza tecnico-organizzativa del requisito volto a dimostrare che l'impresa concorrente è in possesso di quella specifica competenza risultante dall'aver svolto, nel settore oggetto dell'appalto e per l'indicato periodo temporale, determinati lavori.

3.c – E' però da rilevare che, nella specie, la dichiarazione di avalimento resa dalla società ausiliaria non consiste in una attestazione di generica disponibilità a fornire all'impresa ausiliata i requisiti mancanti, ma ne indica il contenuto con sufficiente specificazione.

In particolare, seguendo il *fac simile* fornito dalla stazione appaltante e i relativi allegati, l'impresa ausiliaria ha prodotto una prima dichiarazione recante l'indicazione dei due requisiti oggetto di avalimento; una seconda dichiarazione concernente il requisito economico-finanziario (il fatturato globale degli anni 2010-2012); una terza dichiarazione concernente *"l'importo relativo a forniture analoghe effettuate nell'ultimo triennio"*.

Tale ultima dichiarazione non contiene solo l'indicazione del destinatario della fornitura effettuata nell'ultimo triennio (U.L.S.S. 7 Pieve di Soligo) con i relativi importi, ma specifica gli elementi tecnici sufficienti a qualificarne l'*analogia* rispetto alla fornitura oggetto dell'appalto. Tanto è vero che la società appellante non ha contestato l'adeguatezza e la congruità degli elementi tecnici indicati a tale fine.

3.d – In relazione a quanto appena evidenziato, appare quindi corretto il rilievo con cui la sentenza appellata osserva come – in considerazione della natura dei requisiti oggetto di avalimento – *"non risulta, in concreto, alcuna ulteriore indicazione che l'impresa ausiliaria avrebbe potuto fornire in ordine alle 'risorse necessarie di cui è carente il ricorrente'"*.

Vero è che – come ricorda la società appellante – il Capitolato di gara prescriveva che la documentazione comprovante l'avalimento avrebbe dovuto specificare *"quali requisiti e quali risorse"* venivano messe a disposizione della società ausiliata (art. 2.3).

Tuttavia, proprio la considerazione della particolare natura dei requisiti oggetto di avalimento conduce ad escludere che la *lex specialis* sia stata violata.

In effetti, la censura dedotta con il secondo motivo si fonda sull'assunto che Tecnogas s.r.l. sia priva, oltre che dei requisiti (immateriali) relativi al fatturato e all'esperienza pregressa, anche delle risorse (mezzi e personale) necessarie per svolgere la fornitura oggetto di affidamento.

Ma tale assunto – contestato dall'impresa aggiudicataria - è rimasto indimostrato.

4. – L'appello va dunque respinto.

Le spese del giudizio, in ragione della complessità dell'oggetto della lite e delle questioni dedotte in giudizio, possono essere compensate tra le parti anche per questo secondo grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio dei giorni 21 aprile 2015 e 13 maggio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Maurizio Meschino, Consigliere

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Gabriella De Michele, Consigliere

Maddalena Filippi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

II 28/05/2015

IL SEGRETARIO

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