

Publicato il 30/03/2017

N. 04071/2017 REG.PROV.COLL.
N. 00303/2017 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 il Lazio

(Sezione Seconda Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 303 del 2017, proposto da:
Professional Security S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentata e difesa dagli avvocati Patrizio Leozappa C.F.
LZPPRZ69S08G187K, Riccardo Gai C.F. GAIRCR82T03H501F,
con domicilio eletto presso Patrizio Leozappa in Roma, via Giovanni
Antonelli 15;

contro

Acea S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e
difesa dall'avvocato Andrea Grazzini C.F. GRZNDR69H19D612X,
con domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, piazza Vittorio
Veneto N. 1;

nei confronti di

Flash & Capitalpol S.r.l., Cesar Group Sicurezza e Servizi Intergrati
S.r.l., S.V.E. 2010 S.r.l. Servizi Vigilanza Europa 2010 non costituiti

in giudizio;

Flash & Capitalpol S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Gianluigi Pellegrino C.F. PLLGLG67T12H501S, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, corso del Rinascimento N.11;

per l'annullamento

- del provvedimento di cui alla nota prot. n. 0011853 del 14.12.2016, con il quale ACEA Spa ha disposto l'esclusione dell'odierna ricorrente Professional Security Srl dalla "Procedura aperta per l'affidamento del servizio di vigilanza per ACEA S.P.A. e società del Gruppo" (avviso n. 8800000077; CIG n. 67089375F3);
- del verbale di gara del 14 dicembre 2016;
- del verbale di gara del 20 dicembre 2016;
- dell'"elenco degli operatori economici ammessi ed esclusi" pubblicato da ACEA S.p.a. in data 20 dicembre 2016;
- ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale a quelli impugnati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Acea S.p.A. e della Flash & Capitalpol S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 marzo 2017 il cons. Giuseppe Rotondo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il ricorso in esame, la società Professional Security s.r.l. impugna:

-il provvedimento di cui alla nota prot. 0011853 del 14712/2016 con il quale ACEA s.p.a. ha disposto l'esclusione dell'impresa dalla "Procedura aperta per l'affidamento del servizio di vigilanza per ACEA s.p.a. e società del Gruppo" indetta il 29 luglio 2016;

-l'atto di ammissione della controinteressata Flash & Capitalpol s.r.l. alla suddetta gara.

La stazione appaltante non ha ammesso la ricorrente alla procedura di affidamento "in quanto il contratto di avvalimento stipulato con "Nuova Sicurvis Srl" al fine di dimostrare i requisiti di cui ai punti R6) ed R8) del bando di gara non contiene gli elementi minimi prescritti dall'art. 88 del DPR 207/2010. Il contratto in questione, infatti, non riporta in modo esplicito le risorse ed i mezzi prestati, limitandosi ad indicare l'impegno dell'ausiliario a mettere a disposizione dell'ausiliato le "risorse prestate" ed il requisito di cui il carente il concorrente, quali meri valori astratti. Si fa presente in merito che non è consentito, nel caso di specie, sopperire all'indispensabile requisito della determinatezza del contratto di avvalimento mediante il ricorso al soccorso istruttorio di cui all'art. 83 comma 9 del D.Lgs. 50/2016 in quanto ciò costituirebbe un'indebita violazione del generale principio di par condicio".

Nel gravarsi avverso l'atto di esclusione, la società istante impugna e censura anche l'atto di ammissione della controinteressata alla medesima procedura di affidamento per avere questa presentato la dichiarazione relativa ai requisiti di ordine generale di cui all'art. 80 del D.Lgs n. 50 del 2016 con intestazione errata, oggetto inconferente e priva di sottoscrizione.

La ricorrente deduce: violazione e falsa applicazione dell'art. 89 del D.Lgs n. 50 del 2016, dell'art. 88 del DPR n. 207/2010, dell'art. 83, c. 9 del D.Lgs n. 50 del 2016, dei principi di proporzionalità, trasparenza e massima partecipazione alle gare pubbliche; dei principi di buon andamento e imparzialità; dell'art. 3 della L. n. 241 del 1990 nonché eccesso di potere.

Si sono costituite in giudizio ACEA e società Flash & Capitalpol s.r.l. La controinteressata ha depositato, in data 3 febbraio 2017, articolata memoria difensiva con la quale confuta le argomentazioni attoree, resiste al gravame e ne chiede il rigetto perché infondato avuto riguardo alla censurata legittimità sia della esclusione dell'impresa ricorrente che della propria ammissione alla gara.

Alla camera di consiglio del 7 febbraio 2017, il Presidente ha invitato i difensori delle parti presenti a formulare le rispettive richieste ed ha successivamente indicato la data del 21 marzo 2017 per la trattazione del merito della causa.

Dopo ampio dibattito, l'avv. Grazzini ha precisato che fino alla data del 21 marzo 2017 la stazione appaltante, quand'anche procedesse nelle operazioni di gara, non sarebbe comunque in grado di addivenire ad un provvedimento di aggiudicazione.

L'avv. Leozappa, difensore della ricorrente, trova soddisfacente la dichiarazione della stazione appaltante e, pertanto, rinuncia alla sospensiva.

Le parti chiedono la trattazione in pubblica udienza della causa, ai sensi dell'art. 120, c. 6 bis del c.p.a.

In prossimità dell'udienza le parti hanno deposito documenti.

In data 16 marzo 2017 la ricorrente ha depositato memoria con la quale replica alle controdeduzioni di parte resistente e della controinteressata ed insiste nelle proprie richieste.

All'udienza del 21 marzo 2017, la causa è stata trattenuta per la decisione.

Preliminarmente, il Collegio osserva che la causa rientra tra le controversie di cui all'art. 120, c. 2 bis dell'art. 120 c.p.a. e sconta il rito super accelerato di cui al successivo art. 6 bis; commi introdotti nel corpo del Codice del processo amministrativo con l'art. 204 del 204 del D. Lgs n. 50 del 2016.

Sempre in via preliminare, il Collegio rileva la tempestività del gravame ex art. 120, c. 2 bis citato, in relazione all'impugnativa sia dell'atto di esclusione (termine decorrente dalla sua comunicazione a mezzo "Pleiade" del 14/12/2016) che dell'atto di ammissione della controinteressata alla procedura di gara (pubblicato il 20/12/2016).

Nel merito, il ricorso è fondato solo in parte avuto riguardo, più precisamente, alla impugnativa proposta avverso l'atto di esclusione della ricorrente.

Giova premettere che nel nuovo codice degli appalti pubblici e delle concessioni le regole improntate al favor per la concorrenza, e quindi quelle volte a valorizzare l'evidenza pubblica, hanno assunto ancora più rilievo sulla spinta decisiva della giurisprudenza comunitaria formatasi tra il 2006, anno di entrata in vigore del D.Lgs n. 163, ed il 2016 anno di entrata in vigore del D.Lgs n. 50 del 2016.

Il Legislatore statale, nel varare il nuovo Codice dei contratti, ha dichiaratamente agito nell'esercizio della propria potestà legislativa esclusiva in materia di tutela della concorrenza (v. art. 2).

Si tratta di una novità importante rispetto al vecchio Testo, che non è priva di rilievo sotto il profilo ermeneutico, perché all'interesse pubblico primario consistente nella ricerca del miglior contraente per la P.A si aggiunge l'interesse pubblico costituito dall'apertura dell'azione amministrativa alla concorrenza nella misura più ampia possibile ed il cui nucleo coincide con l'interesse del diritto comunitario a che venga garantita la più ampia partecipazione possibile di offerenti ad una gara d'appalto.

Mentre il "tradizionale" interesse primario si regge sul principio di par condicio competitorum, l'interesse centrale su cui poggia l'impalcatura del nuovo Codice è ispirato, invece, al principio del *favor participationis*.

Ed è proprio sulla spinta dei principi comunitari, di matrice non più essenzialmente contabilistici, che si assiste ad una progressiva dequotazione delle carenze che precludono l'accesso alla gara – che non siano quelle tipizzate – in uno con una maggiore latitudine all'applicazione dell'istituto del soccorso istruttorio, in ossequio al principio della massima partecipazione anche nell'ottica di una economia dei mezzi processuali e di efficienza del risultato giudiziario.

Detti principi devono ispirare l'interprete nell'applicazione delle norme del nuovo Codice dei contratti.

Tanto premesso, il Collegio aderisce al più recente orientamento giurisprudenziale fatto proprio in materia dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 4 novembre 2016, n. 23 poiché maggiormente in linea con i principi testè riferiti.

Il massimo organo di giustizia amministrativa – pronunziandosi sull'ordinanza di rimessione del C.g.a., n. 52 del 19 febbraio 2016 –

ha recepito gli indirizzi sostanzialisti espressi dalla più recente giurisprudenza europea ed accolto la tesi – condivisa anche dal Collegio - secondo cui l'oggetto del contratto di avvalimento può essere determinato avuto riguardo al complesso degli elementi risultanti dal contesto del documento, purché risulti univocamente che l'impresa ausiliaria abbia effettivamente messo a disposizione della controparte la propria capacità organizzativa e produttiva.

L'Ad. Pl. ha chiarito che l'istituto dell'avvalimento è stato introdotto nell'ordinamento nazionale in attuazione di puntuali prescrizioni dell'ordinamento UE; esso risulta volto a conseguire: l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile a vantaggio non soltanto degli operatori economici, ma parimenti delle amministrazioni aggiudicatrici; il più facile accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici (cui tende altresì la direttiva 2004/18, come posto in rilievo dal considerando 32); trattandosi di obiettivi generali dell'ordinamento euro unitario (e sulla base dei generali canoni ermeneutici di matrice UE), grava sull'operatore nazionale l'obbligo di interpretare le categorie del diritto nazionale in senso conforme ad essi (c.d. criterio dell'interpretazione conforme) e di non introdurre in relazione ad essi vincoli e limiti ulteriori e diversi rispetto a quelli che operano in relazione alle analoghe figure del diritto interno; limitare - in casi eccezionali - la possibilità per gli operatori di fare ricorso all'istituto dell'avvalimento.

Conseguentemente, l'individuazione dell'oggetto del contratto di avvalimento non deve sottostare a requisiti ulteriori e più stringenti rispetto a quelli ordinariamente previsti per la generalità dei contratti ai sensi degli articoli 1325 e 1346 e del codice civile; sicché, al contenuto di tali disposizioni, ed all'interpretazione che ne è

comunemente data, va riportato anche il compendio delle norme nazionali che disciplinano l'istituto dell'avvalimento (art. 88, d.P.R. n. 207 del 2010 e artt. 49 e 50 del d.lgs. n. 163 del 2006); poiché manca una norma nazionale (della cui legittimità dal punto di vista europeo sarebbe lecito dubitare) che imponga il requisito della determinatezza dell'oggetto del contratto di avvalimento, tale requisito non può essere introdotto in via esegetica sicché è ammissibile la determinabilità dello stesso sulla base degli ordinari criteri dell'ermeneutica contrattuale.

Ciò che rileva, infatti, è l'obbligo per l'impresa ausiliaria di presentare un'apposita dichiarazione d'impegno circa la messa a disposizione dei requisiti e delle risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto nonostante il suo contenuto risulti in parte riproduttivo di quello proprio del contratto stesso di avvalimento (v. Corte giust., Sez. I, 7 aprile 2016, C-324/14 oggetto della NEWS dell'US del 12 aprile 2016, Corte giust., Sez. VI, 2 giugno 2016, C-27/15, Corte giust., Sez. III, 14 luglio 2016, C-406/14, Wroclaw, in Foro it., 2016, IV, 389, secondo cui tendenzialmente non vi sono limiti al ricorso a soggetti terzi per poter provare i requisiti minimi di capacità tecnica, professionale e finanziaria (fattispecie relativa a sub appalto).

Le sopravvenute disposizioni recate dal nuovo codice dei contratti pubblici (di cui al decreto legislativo 19 aprile 2016, n. 50 di attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, in particolare art. 89) non, recano, in tema di avvalimento, disposizioni derogatorie e di maggior rigore in tema di determinabilità dell'oggetto del contratto, in coerenza con la ratio ispiratrice delle direttive e con i principi comunitari di matrice concorrenziale che ad essa sono sottesi.

Il criterio interpretativo che il Collegio ritiene più aderente al quadro dei principi esposti ed al sistema enucleato dalla Plenaria è, dunque, nel senso che l'articolo 49 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e l'articolo 88 del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207, oggi l'art. 89 del D.Lgs n. 50 del 2016, devono essere letti in relazione all'articolo 47, paragrafo 2 della Direttiva 2004/18/CE il quale osta a che essi siano interpretati in modo da configurare la nullità del contratto di avvalimento in ipotesi in cui una parte dell'oggetto del contratto di avvalimento, pur non essendo puntualmente determinata, sia tuttavia agevolmente determinabile dal tenore complessivo del documento, e ciò anche in applicazione degli articoli 1346, 1363 e 1367 del codice civile.

Nel caso di specie, il contratto di avvalimento sottoscritto tra l'impresa ricorrente e l'ausiliaria (art. 89 del D.Lgs n. 50 del 2016) è caratterizzato da una sufficiente descrizione dei requisiti di capacità economica e finanziaria messe a disposizione dell'impresa ausiliata per l'esecuzione dell'appalto avente ad oggetto l'affidamento del servizio di vigilanza per ACEA s.p.a. e per le società del Gruppo.

Dal documento si ricavano agevolmente, in modo diretto, le carenze dell'impresa ausiliata per le quali viene chiesto l'avvalimento (fatturato globale ultimo triennio – carenze alle proprie dipendenze di un numero medio di GPC non inferiore a 200 unità) al fine di raggiungere i requisiti richiesti dal bando.

L'impresa ausiliaria, a sua volta, si obbliga a mettere ed a tenere a disposizione dell'Avvalente esattamente quei requisiti in modo pieno ed incondizionato, senza limitazioni di sorta ai fini della partecipazione alla procedura di gara; inoltre, in caso di

aggiudicazione essa si obbliga a tenere a disposizione detto requisito e le risorse prestate per tutta la durata dell'affidamento.

I requisiti di avvalimento sono stati, inoltre, puntualmente autocertificati e autodichiarati dall'impresa ausiliaria.

Il relativo documento è stato allegato al contratto e depositato insieme alla domanda di partecipazione.

I requisiti di avvalimento, infine, si ricavano univocamente dal complesso degli elementi richiamati.

In particolare, i descritti contenuti contrattuali soddisfano, ad avviso del Collegio, i requisiti di certezza e determinabilità dell'oggetto del contratto (art. 1346 cod. civ.), tenuto conto, da un lato ed in via generale, delle finalità pro-concorrenziali dell'istituto dell'avvalimento e, dall'altro lato, della natura del contratto da affidare nel caso di specie, alla cui stregua devono essere interpretate le esigenze di specificazione dell'oggetto del "prestito" di requisiti, evitando di incorrere in aprioristici schematismi concettuali che possano irrigidire in modo irragionevole la disciplina sostanziale della gara (in questo senso, Cons. Stato, V, 22 ottobre 2015, n. 4860).

A quest'ultimo riguardo, l'impegno a mettere a disposizione personale qualificato per lo svolgimento dell'attività, a loro volta specificamente indicate, con la connessa assunzione di responsabilità solidale da parte dell'ente ausiliario a ciò vincolatosi, soddisfa l'esigenza della stazione appaltante di potere confidare sul necessario apporto di esperienza tecnica per l'attività oggetto dell'affidamento.

Deve infatti sottolinearsi, sul punto, che nessun'altra indicazione era esigibile affinché l'impegno dell'ausiliario fosse giuridicamente vincolante ai sensi del citato art. 1346 cod. civ..

Ogni ulteriore verifica sulla sussistenza e permanenza di detti requisiti – estranea al presente giudizio - resta in potere della stazione appaltante la quale, in caso di aggiudicazione della gara all'impresa medesima, dovrà in ogni caso acquisire la definitiva prova circa il dichiarato possesso dei requisiti, compresi quelli autodichiarati in avvalimento, prima della stipula del contratto e della esecuzione dell'appalto.

Per quanto argomentato, in applicazione del principio avallato dall'indirizzo giurisprudenziale, meno formalista in merito alla determinatezza dei requisiti del contratto di avvalimento e più aderente al principio comunitario del favor participationis, l'atto di esclusione della ricorrente evidenzia il dedotto difetto di motivazione e va, pertanto, annullato.

Parte ricorrente ha anche impugnato l'atto di ammissione della controinteressata alla procedura di affidamento censurando il documento con il quale l'impresa concorrente ha reso la dichiarazione sulle cariche sociali.

La dichiarazione sarebbe illegittima in quanto intestata ad altro soggetto (Policlinico Umberto I), riferita a gara diversa e priva di sottoscrizione.

La stazione appaltante ha fatto ricorso al soccorso istruttorio per sanare le presunte irregolarità.

Parte ricorrente contesta la sussistenza dei presupposti per il ricorso all'istituto del soccorso istruttorio, ritenendo le infrazioni essenziali e non sanabili.

Il ricorso è, in parte qua, infondato.

Quanto alla sottoscrizione, la sua mancanza integra un profilo di mera irregolarità poiché i dati esplicitati nel contesto documentativo

della dichiarazione resa consentano di accertare la sicura attribuibilità della stessa al suo autore, ovvero all'impresa Flash & Capitalpol s.r.l. In ordine alla errata indicazione della intestazione (Policlinico Umberto I) e dell'oggetto di gara (servizio di vigilanza, sicurezza, custodia, sorveglianza e gestione impianti tecnologici presso i presidi dell'Azienda Policlinico Umberto I), il Collegio ritiene che il contenuto sostanziale della dichiarazione risponde al requisito richiesto dal bando in ordine alla declinazione delle cariche sociali e tecniche, comprese quelle cessate; sicché, l'errata indicazione nel preambolo dei dati contestati dalla ricorrente non appare in grado di revocare in dubbio la concreta afferenza della dichiarazione resa all'oggetto della gara, per la quale essa è stata presentata in allegato alla domanda di partecipazione.

Legittimamente, pertanto, la stazione appaltante ha fatto ricorso alla procedura del soccorso istruttorio in presenza di una incompletezza e/o irregolarità anche essenziale degli elementi inerenti elementi formali della domanda di partecipazione.

Va soggiunto, che l'errata indicazione dei dati neppure è riconducibile ad uno dei tassativi motivi di esclusione previsti nell'art. 80 del D.Lgs n. 50 del 2016.

In conclusione, il ricorso è parzialmente fondato con riguardo al gravame proposto avverso l'atto di esclusione dell'impresa ricorrente dalla procedura di gara in questione che, per l'effetto, va annullato.

Va respinto, invece il gravame proposto dalla ricorrente avverso l'atto di ammissione dell'impresa controinteressata alla medesima procedura di gara.

La parziale fondatezza del ricorso comporta la compensazione delle spese processuali tra le parti in causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Ter) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi e limiti di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla l'atto di esclusione dell'impresa ricorrente, datato 14 dicembre 2016, dalla procedura di affidamento del "Servizio di vigilanza ACEA e società del Gruppo", indetta il 29 luglio 2016 da Acea s.p.a..

Respinge il ricorso proposto dalla ricorrente avverso l'atto di ammissione dell'impresa controinteressata.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 marzo 2017 con l'intervento dei magistrati:

Pietro Morabito, Presidente

Giuseppe Rotondo, Consigliere, Estensore

Maria Laura Maddalena, Consigliere

L'ESTENSORE
Giuseppe Rotondo

IL PRESIDENTE
Pietro Morabito

IL SEGRETARIO