

Publicato il 11/07/2017

N. 01589/2017 REG.PROV.COLL.
N. 01093/2017 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 la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1093 del 2017, proposto da:
Siem S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e
difesa dagli avvocati Mauro Pisapia, Carla Mambretti, Luigi Pontrelli
e Davide Pelloso, con domicilio eletto presso il loro studio in
Milano, via Andegari 4/A;

contro

Ferrovienord S.p.a., in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentata e difesa dall'avvocato Guido Salvadori Del Prato, con
domicilio eletto presso il suo studio in Milano, via Pasquale
Sottocorno 33;

nei confronti di

Marrocco Elevators S.r.l., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

previa concessione delle più idonee misure cautelari:

- della nota prot. n. 2667, del 4 maggio 2017, con la quale è stata comunicata alla ricorrente la sua esclusione dalla gara per l'affidamento dell'accordo quadro avente ad oggetto il servizio di manutenzione ordinaria e straordinaria degli ascensori e scale mobili dell'intera rete di Ferrovienord – Ramo Milano per il mancato possesso del requisito di partecipazione di cui all'art. III.2.2) punto b) del bando di gara;
- di ogni ulteriore atto antecedente, consequenziale, presupposto o comunque connesso a quello sopra richiamato, ivi incluso il verbale di gara n. 4, relativo alla seduta pubblica del 12 maggio 2017, recante l'indicazione delle ditte ammesse ed escluse dalla procedura di gara, poi pubblicato sul profilo di committente ai sensi dell'art. 29 d.lgs. 50/2016.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ferrovienord S.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 120, co. 2-bis, 6-bis e 9 del cod. proc. amm.;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 6 luglio 2017 la dott.ssa Concetta Plantamura e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso notificato tra il 23 e il 26 maggio 2017 e depositato il 23 maggio 2017, l'esponente ha impugnato la sua esclusione dalla gara per l'affidamento dell'accordo quadro avente ad oggetto il

servizio di manutenzione ordinaria e straordinaria degli ascensori e scale mobili dell'intera rete di Ferrovienord – Ramo Milano.

2. La motivazione dell'esclusione fa leva sul <<*mancato possesso del requisito di partecipazione di cui all'art. III.2.2) punto b) del bando di gara ossia "Fatturato minimo per attività analoghe per ogni anno del triennio precedente la pubblicazione del bando pari a 1,5 volte l'importo a base di gara, ovvero pari a € 1.368.750,00"*>> (cfr. il provvedimento del 4.5.2017, allegato sub n. 1 in atti).

Più in dettaglio, la stazione appaltante ha giustificato l'esclusione osservando che:

- il requisito del fatturato specifico richiesto dal bando di gara avrebbe "*natura tecnica*";
- il contratto di avvalimento prodotto dalla ricorrente sarebbe irrimediabilmente nullo, in quanto recante un oggetto indeterminato ed indeterminabile, mentre "*ai sensi dell'art. 89 D.lgs. 50/2016... dovrebbe contenere elencazione ed indicazione specifica delle risorse e dei mezzi in concreto prestati dall'ausiliaria*", sicché, "*il trasferimento di un mero elemento cartaceo, quale il certificato di esecuzione rilasciato alla ausiliaria, non può ritenersi sufficiente ai fini del soddisfacimento della condizione di partecipazione in capo al concorrente*" (cfr. doc. 1, cit.).

3. Il ricorso è affidato a due motivi, di cui il primo - dedotto in via principale ed assorbente - denuncia la violazione e falsa applicazione degli artt. 83 e 89 del d.lgs. n. 50/2016; la violazione del principio di par condicio; l'eccesso di potere per disparità di trattamento, il difetto dei presupposti, la carenza di istruttoria e il difetto assoluto di motivazione.

Il requisito del fatturato specifico, chiarisce la difesa di Siem, ha per legge natura prettamente economico-finanziaria e non tecnica, come

confermato anche dal bando di gara, che, espressamente, riconduce alla capacità economica e finanziaria il requisito in parola. Da tale qualificazione discende che il contratto di avvalimento in questione va ricondotto ad un avvalimento di garanzia, per il quale la costante giurisprudenza amministrativa non ritiene necessaria la prestazione di specifiche risorse materiali, a differenza di quanto accade quando oggetto di avvalimento è la capacità tecnica del concorrente.

4. Il motivo è fondato.

4.1. Ai sensi dell'art. 89 del D. Lgs. 18/04/2016, n. 50, *“L'operatore economico ... per un determinato appalto, può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'articolo 83, comma 1, lettere b) e c), necessari per partecipare ad una procedura di gara, ... avvalendosi delle capacità di altri soggetti, ...”*; e, all'uopo, *“L'operatore economico dimostra alla stazione appaltante che disporrà dei mezzi necessari mediante presentazione di 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”*. Precisandosi, quindi, che: *“Il concorrente allega... alla domanda di partecipazione 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”* (così il comma 1, nel testo applicabile *ratione temporis* alla fattispecie in esame).

Dal canto suo, poi, l'art. 83, co. 4 del medesimo decreto precisa che: *“Per gli appalti di servizi ..., ai fini della verifica del possesso dei requisiti di cui al comma 1, lettera b) [vale a dire “la capacità economica e finanziaria”, n.d.r.] le stazioni appaltanti, nel bando di gara, possono richiedere ... che gli*

operatori economici abbiano un fatturato minimo annuo, compreso un determinato fatturato minimo nel settore di attività oggetto dell'appalto”.

4.2. Stando all'indirizzo giurisprudenziale prevalente, quando nelle gare pubbliche l'impresa ausiliaria mette a disposizione dell'ausiliata il suo valore aggiunto in termini di solidità finanziaria e di acclarata esperienza di settore (“avvalimento di garanzia”), non è necessario che la dichiarazione negoziale costitutiva dell'impegno contrattuale si riferisca a specifici beni patrimoniali o ad indici materiali atti ad esprimere una certa consistenza patrimoniale (cfr. T.A.R. Veneto, I, 08.02.2017 n. 141). Nell'avvalimento di garanzia è, dunque, sufficiente che, dalla dichiarazione dell'ausiliaria emerga l'impegno contrattuale a prestare e mettere a disposizione dell'ausiliata la complessiva solidità finanziaria e il patrimonio esperienziale della prima, così garantendo una determinata affidabilità e un concreto supplemento di responsabilità (cfr., ex multis, Cons. Stato, Sez. V, 15 marzo 2016, n. 1032; id., Sez. III, 4 novembre 2015, n. 5038; da ultimo, sul punto, cfr. T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. IV, 20 gennaio 2017, n. 122, che, ai fini della determinazione del contenuto necessario del contratto di avvalimento, dopo aver evidenziato le differenze esistenti fra requisiti generali e risorse, giustifica solo per queste ultime l'esigenza di una messa a disposizione in modo specifico).

In caso di avvalimento avente ad oggetto il requisito di capacità economico-finanziaria, infatti, sia esso rappresentato dal fatturato globale o specifico, l'impegno contrattualmente assunto dall'ausiliaria deve ritenersi completo, concreto, serio e determinato, nella misura in cui attesta la messa a disposizione del fatturato e delle risorse eventualmente necessarie e contenga un vincolante impegno

finanziario nei confronti della stazione appaltante. *“Non è necessaria, invece, la quantificazione ed il trasferimento delle risorse finanziarie oggetto del predetto impegno finanziario, anche considerato che quest'ultimo appare del tutto imprevedibile nel contenuto al momento della sottoscrizione del contratto di avalimento”* (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 30/06/2016, n. 2952; id., Sent., 03/05/2017, n. 2022; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III-bis, 14/04/2017, n. 4625; T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 08/05/2017, n. 868, per cui: *“il cd. avalimento di garanzia, quale è quello avente ad oggetto il fatturato, non implica necessariamente il coinvolgimento di aspetti specifici dell'organizzazione della impresa, dacché la possibilità che essi non siano specificati in contratto e nella dichiarazione resa alla stazione appaltante, se non rispondenti ad un concreto interesse della stazione appaltante, quale desumibile dall'indicazione del requisito stesso; tale requisito prestato serve essenzialmente non ad arricchire un'impresa ausiliata, che già possiede gli altri requisiti di partecipazione, ma solo a fornire risorse di carattere economico e finanziario, senza effettivo coinvolgimento di mezzi, attrezzature o personali”*).

4.3. Applicando le suesposte coordinate ermeneutiche al caso di specie, non può condividersi la conclusione raggiunta dalla stazione appaltante, a proposito della nullità del contratto di avalimento intercorso fra la ricorrente e la sua ausiliaria Schindler. Né può condividersi, a ben vedere, la premessa erroneamente assunta dall'amministrazione per giungere alla predetta conclusione, ovvero che si sia in presenza, qui, di un avalimento tecnico anziché di garanzia.

Il contratto di avalimento intercorso fra la ricorrente e la società Schindler si connota, invero, come avalimento di garanzia, in conformità della disciplina di gara, essendo l'impegno dell'ausiliaria

ritagliato proprio sulla base dell'indicazione contenuta nella lex specialis a proposito del requisito oggetto di prestito.

In tal senso, giova notare che, nel disciplinare di gara - a proposito dei requisiti di capacità economica e finanziaria - a dimostrazione del fatturato minimo per attività analoghe, si fa esplicito riferimento all'elenco riassuntivo dei contratti considerati, oltre alla copia dei contratti stessi e dei relativi certificati di regolare esecuzione (cfr. art. 4 del disciplinare, in atti). Il contratto di avvalimento, dal canto suo (cfr. doc. allegato sub n. 8 in atti), per delimitare l'impegno dell'ausiliaria, fa esplicito riferimento proprio ai *“requisiti di cui al punto III.2.2) del bando di gara Fatturato minimo per attività analoghe per ogni anno del triennio precedente la pubblicazione del bando”*, specificando che *“saranno forniti e messi a disposizione le seguenti certificazioni: certificato di regolare esecuzione rilasciato da Aeroporti di Roma n. 53491/2015 del 18/11/2015 e relativi contratti”* (art. 1); con l'ulteriore precisazione che *“l'ausiliaria si obbliga ... con il presente atto a mettere e a tenere a disposizione dell'avvalente tali requisiti in modo pieno e incondizionato senza limitazioni di sorta ai fini della partecipazione alla procedura di gara di cui alle premesse ed inoltre, in caso di aggiudicazione si obbliga sin d'ora a tenere a disposizione detto requisito e le risorse prestate per tutta la durata dell'affidamento”* (art. 2); e con l'esplicita clausola che *“il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti di Ferrovienord S.p.A. in relazione alle prestazioni oggetto del contratto”* (art. 3).

4.4. Il Collegio ritiene, dunque, il contratto conforme, in ragione della funzione di garanzia ad esso concretamente ascritta, ai parametri di determinatezza, ovvero determinabilità, richiesti per la validità dell'avvalimento dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, nella sentenza n. 23 del 4 novembre 2016: secondo la quale

l'art. 49 del d.lgs. n. 163/2006 e l'art. 88 del d.P.R. n. 207/2010, letti in relazione all'art. 47, paragr. 2 della direttiva n. 2004/18/CE (ma lo stesso principio può desumersi, per la Plenaria, dalle disposizioni del d.lgs. n. 50/2016, di attuazione delle direttive nn. 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE) vanno interpretati nel senso che essi ostano a un'interpretazione volta a configurare la nullità del contratto di avvalimento, nei casi in cui una parte dell'oggetto del contratto stesso, pur non essendo puntualmente determinata, sia, tuttavia, agevolmente determinabile dal tenore complessivo del documento, anche in applicazione degli artt. 1346, 1363 e 1367 c.c.

È, infatti, indubbio che, nel caso di specie, non fosse richiesta la presenza di un vincolo puntuale ed univoco in ordine alla messa a disposizione di requisiti organizzativi o tecnici o finanziari, come richiesto in caso di avvalimento operativo in senso proprio, ma fosse sufficiente la messa a disposizione del patrimonio esperienziale, tipico dell'avvalimento di garanzia (cfr. TAR Puglia, Lecce, sez. III, 23 aprile 2015, n. 1343).

5. Per le considerazioni sin qui esposte, assorbite le censure non espressamente scrutinate, il ricorso va accolto, con conseguente annullamento del provvedimento di esclusione impugnato, e conseguente riammissione alla procedura.

6. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla l'esclusione con esso impugnata.

Condanna la resistente a rifondere le spese di lite alla ricorrente, liquidandole in euro 3.000,00, oltre IVA e CPA. Compensa per il resto.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 6 luglio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente

Giovanni Zucchini, Consigliere

Concetta Plantamura, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Concetta Plantamura

IL PRESIDENTE
Angelo Gabbricci

IL SEGRETARIO