

TAR Lazio, sez. II ter, 30/4/2008 n. 3637

Il contratto di avvalimento tra imprese può rivestire qualunque forma, anche non esattamente documentale, e la sua esistenza può essere provata in qualunque modo idoneo.

La disciplina dell'avvalimento d'impresa ausiliaria è mutuata per l'art. 49 del D. Lgs. n. 163/2006 dalle direttive CE nn. 17 e 18 del 2004 e consente nelle gare pubbliche di appalto - di lavori e di servizi - al concorrente singolo, consorziato o raggruppato di soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e organizzativo avvalendosi di altra impresa (ausiliaria) che dichiara la sua disponibilità. Nell'ordinamento interno italiano non è previsto uno schema o un tipo specifico di contratto di avvalimento tra imprese. Questo, perciò, peraltro richiesto dalla lett. f) del c. 2 dell'art. 49 cit. tra gli atti da presentare a cura dell'impresa concorrente a gara pubblica d'appalto, può rivestire qualunque forma, anche non esattamente documentale, e la sua esistenza può essere provata in qualunque modo idoneo. Così come può essere considerata idonea a provare l'esistenza di un contratto di avvalimento la compresenza delle dichiarazioni d'impegno dell'impresa ausiliaria - ai sensi dell'art. 49 - nella busta contenente i documenti dell'impresa concorrente di partecipazione alla gara.

Pertanto, nel caso di specie, la società ricorrente non poteva essere esclusa dalla gara in quanto l'impresa ausiliaria aveva affermato la volontà di obbligarsi verso la ricorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse utili, con apposita dichiarazione corredata della documentazione utile a comprovare i requisiti.

Materia: appalti / requisiti di partecipazione

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DEL LAZIO SEZIONE II ter

composto dai Magistrati:

Michele PERRELLI - PRESIDENTE

Antonio VINCIGUERRA - COMPONENTE rel. est.

Daniele DONGIOVANNI - COMPONENTE

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 11231/2007 R.G. proposto da SELVA 2006 s.r.l., in persona del suo rappresentante legale, rappresentata e difesa dagli avv.ti Umberto Segarelli e Romina Pitoni, ed elettivamente domiciliata in Roma, via Giovanni Battista Morgagni 2/a;

contro

Comune di Cittareale, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Paolo Borioni, ed elettivamente domiciliato in Roma, via Barberini - 86;

e nei confronti di

Snow Service s.r.l., in persona del suo rappresentante legale, non costituita in giudizio;

per ottenere

l'annullamento del provvedimento in data 16.10.2007 con il quale la commissione di gara per l'appalto della gestione di impianti scioviari e di innevamento artificiale sulla stazione sciistica di Selvarotonda, indetta con delibera 18.9.2007 n. 88 della Giunta comunale di Cittareale, ha escluso dalla procedura la società ricorrente;

l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione della gara;

l'annullamento della delibera 20.12.2007 n. 118 della Giunta comunale di Cittareale, con la quale il suddetto servizio è stato affidato in via transitoria alla Snow Service s.r.l., fino alla conclusione del presente giudizio, nonché la conseguente determina di affidamento;

il risarcimento del danno;

Visto il ricorso con gli atti e documenti allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Amministrazione intimata;

Viste le memorie prodotte dalle parti e gli atti tutti della causa;

Uditi alla pubblica udienza del 31.3.2008, con designazione del Consigliere dott. Antonio Vinciguerra relatore della causa, l'avv. Romina Pitoni per la società ricorrente e l'avv. Stefano Bertuzzi, delegato dall'avv. Paolo Borioni per l'Amministrazione resistente;

Considerato in fatto e ritenuto in diritto quanto segue

FATTO

Con delibera 18.9.2007 n. 88 - cui hanno fatto seguito il bando e il disciplinare adottati con determinazione n. 191 in pari data del responsabile dell'Ufficio tecnico - la Giunta comunale di Cittareale ha indetto una gara per l'affidamento in gestione degli impianti scioviari e dell'impianto d' innevamento artificiale in località Selvarotonda.

La Selva 2006 s.r.l. ha presentato domanda di partecipazione alla gara e ne è stata esclusa nei preliminari, con determina in data 16.10.2007 della commissione giudicante.

Il provvedimento di esclusione motiva assumendo la mancanza per la Selva 2006 dei requisiti di carattere tecnico, economico e finanziario previsti dal bando e dal disciplinare, e la non conformità al disposto dell'art. 49 del D. Lgs. n. 163/2006 della dichiarazione di avvalimento riguardo ad altra impresa.

La gara è stata aggiudicata alla Snow Service s.r.l.

La Selva 2006 impugna l'atto di esclusione e il provvedimento di aggiudicazione, contestando la motivazione del primo e la legittimità della mancata esclusione della Snow Service dalla gara, benché riconosciuta carente di requisiti essenziali di partecipazione.

Con atto di motivi aggiunti la Selva 2006 contesta l'affidamento temporaneo della gestione appaltanda alla Snow Service, fino alla conclusione del processo innanzi al T.A.R., a mezzo contratto senza termine di scadenza stipulato dal responsabile dell'Ufficio tecnico, previa delibera G.C. 20.12.2007 n. 118.

Oltre a riproporre i motivi originari avverso il provvedimento di aggiudicazione della gara, la ricorrente deduce l'incompetenza della Giunta a determinare in tema di affidamento provvisorio e la mancanza dei presupposti legali per procedere ad esso.

Si è costituito in giudizio il Comune di Cittareale.

L'Amministrazione esclude l'attualità dell'interesse ad agire avverso l'aggiudicazione, da parte della società esclusa, e argomenta la legittimità delle determinazioni assunte e contestate dalla Selva 2006. Sostiene l'inammissibilità delle censure avverso l'esclusione in mancanza dell'espressa impugnativa, nei termini, della disciplina di gara.

Con memorie conclusionali le parti ribadiscono ciascuna le proprie posizioni.

La causa passa in decisione all'udienza del 31.3.2008.

DIRITTO

Nella seduta del 16.10.2007 la commissione della gara di cui all'esposizione in fatto ha preso visione dei documenti depositati dalle imprese concorrenti e ha ritenuto di escludere la Selva 2006 perché non in possesso dei necessari requisiti di carattere tecnico, economico e finanziario previsti dal bando e dalla legislazione. In particolare essa non ha presentato la certificazione di cui all'art. 2, comma 2, del D.L. 25.9.2002 n. 210 (documento unico di regolarità contributiva), perché sprovvista di dipendenti (si serve di collaboratori con notevole esperienza nella gestione dei servizi scioviari), e non ha presentato le dichiarazioni sul fatturato globale d'impresa e sull'importo relativo ai servizi nel settore negli ultimi tre anni, nonché l'elenco dei principali servizi nello stesso periodo (punti III.2.2. e III.2.3 del bando), perché non ha mai operato sul mercato.

Peraltro la società aveva dichiarato di avvalersi ai sensi dell'art. 49 del D. Lgs. 12.4.2006 n. 163 dei requisiti tecnici, economici e finanziari della S.A.C.M.I.F. s.r.l. Quest'ultima ha presentato a sua volta le dichiarazioni proprie dell'impresa ausiliaria, di cui alle lettere c), d) ed e) del secondo comma del citato art. 49, ma la commissione non le ha ritenute sufficienti a legittimare l'avvalimento, perché la stessa S.A.C.M.I.F. ha presentato domanda di partecipazione alla gara in associazione temporanea d'impresa con la Selva 2006 e perché non è stato esibito il contratto con il quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti della concorrente.

La stessa commissione giudicante ha ritenuto di ammettere al prosieguo della gara, con l'esame delle offerte, la Snow Service, nonostante questa non abbia documentato il fatturato globale e l'importo relativo ai servizi svolti e nonostante l'impresa abbia certificato un solo servizio anziché quattro come dichiarato.

Sulle ragioni di esclusione della Selva 2006 e in ordine ai motivi di doglianza avverso l'aggiudicazione sussiste interesse al contenzioso da parte della Selva 2006, sia perché le censure non investono la disciplina normativa della gara (che non è stata formalmente impugnata), sia perché la pretesa dedotta è finalizzata alla riapertura del procedimento di appalto pubblico, alla riammissione della ricorrente e alla contestuale esclusione della controinteressata Snow Service.

La disciplina dell'avvalimento d'impresa ausiliaria è mutuata per l'art. 49 del D.Lgs. n. 163/2006 dalle direttive CE nn. 17 e 18 del 2004 e consente nelle gare pubbliche di appalto - di lavori e di servizi - al concorrente singolo, consorziato o raggruppato di soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e organizzativo avvalendosi di altra impresa (ausiliaria) che dichiara la sua disponibilità.

Nell'ordinamento interno italiano non è previsto uno schema o un tipo specifico di contratto di avvalimento tra imprese. Questo, perciò, peraltro richiesto dalla lettera f) del comma 2 dell'art. 49 cit. tra gli atti da presentare a cura dell'impresa concorrente a gara pubblica d'appalto, può rivestire qualunque forma, anche non esattamente documentale, e la sua esistenza può essere provata in qualunque modo idoneo. Così come può essere considerata idonea a provare l'esistenza di un contratto di avvalimento la compresenza delle dichiarazioni d'impegno dell'impresa ausiliaria - ai sensi dell'art. 49 - nella busta contenente i documenti dell'impresa concorrente di partecipazione alla gara.

Consegue che in presenza di tale circostanza può ritenersi soddisfatto il requisito della verifica della volontà contrattuale di avvalimento tra impresa concorrente e impresa ausiliaria senza che sia necessaria documentazione ulteriore. In fattispecie, la S.A.C.M.I.F. ha manifestato in forma inequivoca la volontà di obbligarsi verso la Selva 2006 e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie, con apposita dichiarazione corredata della documentazione utile a comprovare i requisiti e contenuta nella busta dei documenti di gara della Selva 2006, e a sua volta quest'ultima ha accettato dichiarando di avvalersi dei mezzi e delle risorse dell'ausiliaria.

In presenza di una piena dimostrazione della volontà contrattuale, e in assenza di schemi legali esclusivi, l'Amministrazione avrebbe potuto richiedere ad entrambe le imprese i chiarimenti del caso, ove fossero occorsi, ai sensi dell'art. 46 del D.Lgs. n. 163/2006.

Né la mancanza di requisiti formali per la costituzione di a.t.i. con la Selva 2006, come prospettata in altra dichiarazione della S.A.C.M.I.F., può aver rilievo ad inficiare le dichiarazioni di avvalimento; anzi l'intento esposto è ulteriore indice del rapporto di collaborazione che vincola le due imprese ai fini della gestione appaltanda.

Quanto alla Snow Service, risulta per essa dal verbale di gara del 16.10.2007 la mancata documentazione di elementi richiesti in termini essenziali pena l'esclusione (fatturato globale d'impresa e importo relativo ai servizi nel settore), oltre a una contraddittorietà in atti (dichiarati quattro servizi di gestione scioviarria e documentato uno soltanto). L'impresa, quindi, non ha documentato nei termini perentori requisiti ritenuti essenziali dalle regole di gara; perciò è venuta meno la possibilità per l'Amministrazione di procedere a richieste integrative.

Risulta, invece, che la commissione di gara ha formulato alla Snow Service richiesta d'integrazione documentale non soltanto in relazione alle circostanze predette, ma anche per altra documentazione richiesta a pena di esclusione (certificato del casellario giudiziario e dei carichi pendenti, documentazione relativa al fatturato e al numero e al costo dei lavoratori dipendenti).

L'ammissione della Snow Service alla gara e la successiva aggiudicazione costituiscono, pertanto, provvedimenti illegittimi, così come l'esclusione della Selva 2006.

Per quanto concerne l'affidamento temporaneo della gestione scioviarria alla Snow Service, il Collegio, pur riconoscendo l'urgenza di provvedere - nel pieno della stagione sciistica 2007/2008 e nelle more del presente giudizio - e ravvisando la competenza residuale della Giunta del Comune, rileva l'illegittimità dell'affidamento diretto, possibile nella forma seguita soltanto per servizi o forniture

d'importo fino a 20.000 euro (art. 125 D.Lgs. n. 163/2006). La mancanza di un termine predefinito rende indeterminabile il valore della gestione, ancorché provvisoria, e inapplicabile la formula di affidamento utilizzata dall'Amministrazione comunale.

In conclusione, il ricorso deve essere accolto con annullamento dei provvedimenti impugnati nei termini di riscontro della loro illegittimità, secondo quanto premesso, e riconoscimento del dovere dell'Amministrazione di riammettere in gara la Selva 2006 con esame delle offerte, nonché di escludere la Snow Service.

La domanda di risarcimento del danno potrà essere definita previa fissazione di udienza su istanza dell'interessata a seguito della conclusione della procedura di gara che l'Amministrazione dovrà riaprire.

Le spese della presente fase del giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo. All'Amministrazione comunale va accollato altresì il rimborso del contributo unificato versato in atti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Sezione II ter, accoglie il ricorso in epigrafe nei termini di cui a parte motiva.

Per l'effetto, annulla negli stessi termini i provvedimenti impugnati.

Rinvia l'esame della domanda di risarcimento alla udienza pubblica da fissarsi su istanza di parte come definito nelle premesse motivate.

Condanna il Comune di Cittareale a corrispondere alla società ricorrente la somma di €. 2.500 (duemilacinquecento) per le spese processuali della presente fase e a rifondere il contributo unificato nella misura di €. 2.000 (duemila).

Ordina che la sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 31.3.2008.

Michele Perrelli PRESIDENTE

Antonio Vinciguerra CONSIGLIERE est.

Depositata in segreteria

Il 30 aprile 2008

(da www.dirittodeiservizipubblici.it)