

N. Reg. Sent.

N. 4619/2008 Reg. Ric.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sezione prima, composto dai signori:

Pasquale de Lise Presidente

Roberto Politi Consigliere

Mario Alberto di Nezza Primo referendario, rel.

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel ricorso n. 4619/2008 R.g. proposto

da

Veolia Propreté s.a., *Veolia Servizi Ambientali Tecnoitalia s.p.a.* e *TM.E s.p.a. Termomeccanica Ecologica*, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *p.t.*, rispettivamente quali mandante e mandatarie del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese tra di loro, tutte rappresentate e difese dagli avv.ti Giuseppe Velluto, Antonio Lirosi, Dante Micalella e Gaetano Alfarano, elettivamente domiciliate in Roma, Via delle Quattro Fontane n. 20, presso lo studio legale Gianni, Origoni, Grippo & Partners

contro

il Sindaco di Salerno, quale Commissario delegato *ex o.P.C.M.* n. 3641 del 16 gennaio 2008 per la localizzazione, progettazione e realizzazione dell'impianto di termodistruzione della provincia di Salerno, e la Presidenza del Consiglio dei ministri, in persona del Presidente in carica, n.c.;

con l'intervento *ad opponendum*

del Comune di Salerno, in persona del vice sindaco *p.t.*, rappresentato e difeso dall'avv. Antonio Brancaccio, presso lo studio del quale in Roma, Via Taranto n. 18, ha eletto domicilio

per l'annullamento, previa sospensione,

- dell'ordinanza commissariale n. 16 del 31 marzo 2008, con cui è stata disposta l'esclusione dell'ATI *Veolia* dalla gara relativa alla progettazione, realizzazione e gestione dell'impianto di termodistruzione dei rifiuti solidi urbani della provincia di Salerno;

- della nota commissariale del 31 marzo 2008, con cui sono state rese note le motivazioni dell'esclusione;

- di ogni ulteriore atto presupposto, connesso e/o consequenziale, ivi inclusi i verbali della

commissione di gara, nonché, per quanto occorrer possa, della risposta fornita dalla stazione committente al quesito del 15 marzo 2008 relativo all'istituto dell'avvalimento e del bando di gara, relativamente al punto III.3.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

visto l'atto di intervento;

visti gli atti tutti della causa;

sentiti nella camera di consiglio del 21 maggio 2008, relatore il dott. Mario Alberto di Nezza, gli avv. ti Lirosi, Velluto e Brancaccio, anche sulla possibilità di definire il ricorso con decisione in forma semplificata;

considerato che ad avviso del Collegio il giudizio appare suscettibile di essere definito in tale forma, sussistendo i presupposti dell'art. 26 l. n. 1034/1971, come modif. dalla legge n. 205/2000;

1. Rilevato:

che l'esclusione del r.t.i. istante (cfr. verb. 25 marzo 2008) è stata pronunciata dal seggio di gara, sulla premessa dell'impossibilità di far ricorso all'istituto dell'avvalimento in difetto della relativa previsione nel bando, in ragione dell'asserita carenza:

a) del requisito della "capacità tecnica" (punto III.3 del bando) in capo alla mandataria *Veolia Propreté*, la quale si sarebbe avvalsa di una delle mandanti (Veolia Servizi Ambientali Tecnoitalia);

b) del requisito riferito alla progettazione (*ex art. 66 d.P.R. 554/99*), non posseduto da alcun componente del raggruppamento, in relazione al quale la mandante T.M.E. avrebbe fatto ricorso all'istituto dell'avvalimento con la Martino Associati s.r.l.;

2. Considerato che - disattesa *in limine* l'eccezione di inammissibilità del gravame spiegata dall'interveniente, non ravvisandosi in questo stadio della procedura soggetti versanti in posizione di controinteresse - i motivi *sub* nn. 1 e 2 ric. sono fondati alla luce dei principi affermati dalla Sezione nella recente sentenza 12 maggio 2008 n. 3875, in quanto:

A) n. 1 ric.

La mancanza nel bando di gara di una previsione volta a consentire l'avvalimento non può essere intesa (come opinato dal seggio di gara) nel senso di escludere l'utilizzo di questo istituto, dovendosi al contrario ritenere che in assenza di specifiche limitazioni (la compatibilità delle quali, ove previste, sarebbe suscettibile di scrutinio giurisdizionale su richiesta di eventuali interessati) esso vada ammesso nella portata più ampia (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 22 aprile 2008, n. 1856).

Né si ravvisano sufficienti elementi per apprezzare favorevolmente la tesi dell'amministrazione comunale, secondo cui l'avvalimento sarebbe incompatibile con il contratto di "concessione di lavori" (costituente oggetto della procedura in esame), quando sia previsto dal bando (come nella specie) l'"obbligo" di costituire una **società di progetto** ai sensi dell'art. 156 d.lgs. n. 163 del 2006 (c.d. cod. contr. pubbl.); ciò in quanto a tale società non potrebbero partecipare le imprese avvalse.

Questa opinione sembra, invero, in contrasto con la logica che presiede alla disciplina in esame.

Anzitutto, non pare lecito desumere dalla menzionata disposizione un divieto per le imprese ausiliarie di partecipare alla **società di progetto**, essendo all'uopo sufficiente considerare l'apertura divisata dall'ultimo periodo del comma 3 ("l'ingresso nel capitale sociale e lo smobilizzo delle

partecipazioni da parte di banche e altri investitori istituzionali che non abbiano concorso a formare i requisiti per la qualificazione possono avvenire in qualsiasi momento”).

Occorre inoltre tener conto dell'ulteriore precisazione, in punto di “eventuale cessione delle quote della **società di progetto**”, che “*i soci che hanno concorso a formare i requisiti per la qualificazione sono tenuti a partecipare alla società e a garantire, nei limiti di cui sopra, il buon adempimento degli obblighi del concessionario sino alla data di emissione del certificato di collaudo dell'opera*” (comma 3, penult. per.); ciò che consente (in disparte la questione, che qui non mette conto affrontare, dell'eventuale esistenza di un vero e proprio obbligo dell'impresa ausiliaria di partecipare, al pari dell'ausiliata, alla **società di progetto**) di riscontrare la perdurante sussistenza dell'impegno assunto dall'avvalsa nei confronti dell'amministrazione (oltre che dell'ausiliata) in occasione della presentazione dell'offerta (impegno cui si lega la solidarietà passiva *ex art. 49, comma 4, cod. cit.*);

B) n. 2 ric.

Quanto alla pretesa preclusione derivante dall'art. 49, comma 8, cod. contr. pubbl. (“in relazione a ciascuna gara non è consentito, a pena di esclusione, [...] *che partecipino sia l'impresa ausiliaria sia quella che si avvale dei requisiti*”), non è condivisibile la lettura propugnata dall'interveniente, secondo cui la mandataria (*Veolia Propreté*) non avrebbe potuto avvalersi della “capacità tecnica” di una delle mandanti e cioè di un'altra concorrente (nella specie T.M.E. anziché VSAT, come erroneamente affermato dal seggio di gara nel verbale del 25 marzo 2008). Osserva infatti il Collegio:

B.1) che il bando di gara non pone alcuna limitazione nei sensi ipotizzati dal Comune;

B.2) che all'interpretazione più restrittiva è certamente da preferire, tenuto conto della normativa comunitaria di riferimento (artt. 47, comma 3, e 48, comma 4, dir. 2004/18/CE: “*un raggruppamento di operatori economici [...] può fare affidamento sulle capacità dei partecipanti al raggruppamento o di altri soggetti*”), la tesi che, in ossequio al principio di massima accessibilità al mercato delle commesse pubbliche, ammette la possibilità di avvalimento anche per i soggetti parte di un raggruppamento non costituito, e ciò non solo nei confronti dei soggetti esterni ma anche degli stessi partecipanti al raggruppamento.

In questa prospettiva, il citato art. 49, comma 7, cod. contr. pubbl. deve perciò essere inteso nel senso che è vietata la partecipazione dell'avvalente e dell'avvalsa alla medesima gara allorché tali imprese siano in concorrenza l'una con l'altra, non certo quando esse facciano capo a un medesimo centro d'interessi.

Non può in contrario valorizzarsi (come opposto dall'amministrazione comunale) il tenore della dichiarazione resa dalla mandante T.M.E. ai sensi dell'art. 49, comma 2, lett. e, di non prender parte alla procedura “*in proprio o associata [...] con una delle altre imprese che partecipano*” alla stessa selezione, posto che con tale affermazione la concorrente ha per l'appunto rappresentato di non aver formulato un'offerta in competizione con quella del r.t.i. istante (ciò che è, tra l'altro, dimostrato dalle premesse del contratto di avvalimento *inter partes*, depositato nell'odierna camera di consiglio, ove si dà correttamente atto della veste in cui ciascuna delle imprese interessate agisce).

E analogo ragionamento va effettuato con riferimento al requisito di cui al punto III.2.6 del bando (certificazione ambientale UNI EN ISO 14001), rispetto al quale la mandataria si è avvalsa della mandante VSAT (va peraltro notato come il seggio di gara non abbia riscontrato la carenza di tale elemento);

B.3) che alla luce degli enunciati principi non si rilevano ragioni per impedire: a) alla mandante T.M.E. di fornire alla mandataria il requisito *ex* punto III.3 e di avvalersi, a sua volta, del requisito di progettazione fornito dalla società Martino Associati; b) alla mandante VSAT di fornire alla mandataria il requisito di cui al punto III.2.6 (v. *sub* n. 5 mem. amm.);

B.4) che l'esame della "documentazione di prequalifica", depositata dalle istanti nell'odierna camera di consiglio, permette di riscontrare l'avvenuta presentazione, a differenza di quanto sostenuto dall'interveniente (punto 6 mem.), delle dichiarazioni sul "possesso dei requisiti generali di cui all'art. 38" da parte di ciascuna delle concorrenti e dell'ausiliaria Martino Associati (v. *sub* lett. B doc.);

3. Considerato che l'accoglimento dei primi due mezzi impone di pronunciare l'annullamento dell'esclusione (fermi restando gli ulteriori provvedimenti dell'amministrazione), potendo restare assorbiti i rimanenti profili di gravame (punti 2.5 ss. e n. III ric.) e sembrando equo compensare le spese di lite;

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sezione prima, definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso e, per l'effetto, annulla l'impugnato provvedimento di esclusione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 21 maggio 2008.

Il Presidente

L'estensore