

Consiglio di Stato, Sez. V, 24/7/2014 n. 3949

N. 03949/2014REG.PROV.COLL.
N. 04540/2014 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm.

sul ricorso numero di registro generale 4540 del 2014, proposto da:

Ditta Imprex s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Bruno Ganino e Salvatore Staiano, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Tommaso Acconcia in Roma, via delle Milizie, n. 76;

contro

Ditta Scali s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avvocato Salvatore Galluzzo, presso il cui studio è elettivamente domiciliata in Roma, via della Panetteria, n. 10;

nei confronti di

Comune di Satriano;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CALABRIA, CATANZARO, SEZIONE I, n. 431/2014, resa tra le parti, concernente affidamento dei "lavori di messa in sicurezza e ampliamento della scuola elementare in contrada Laganosa – Satriano”.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Ditta Scali s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 24 giugno 2014 il Consigliere Doris Durante;

Uditi per le parti l'avvocato Raffaele Bava, su delega degli avvocati Bruno Ganino e Salvatore Staiano, e l'avvocato Salvatore Galluzzo;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Considerato in fatto e diritto quanto segue.

1.- Il Comune di Satriano, con determinazione n. 112 del 17 luglio 2013, aggiudicava alla Imprex s.r.l. l'appalto dei lavori di messa in sicurezza e ampliamento della scuola elementare in contrada Laganosa.

2.- La società Scali s.r.l., seconda graduata nella procedura di gara, con ricorso al Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria, impugnava il provvedimento di aggiudicazione alla Imprex s.r.l., deducendo violazione dell'art. 40 del d. lgs. n. 163 del 2006 e degli articoli 60 e 88 del d.p.r. n. 207 del 2010 e della lex di gara (punto 5 del bando di gara e art. 14 del capitolato impianti),

perché l'avvalimento non sarebbe consentito per sopperire alla carenza dell'attestazione SOA e perché il contratto di avvalimento non sarebbe esaustivo e non coprirebbe la mancanza di alcune figure (direttore tecnico e responsabile tecnico degli impianti) previste dall'art. 14 del Regolamento impianti.

Resisteva in giudizio Imprex s.r.l. che controdeduceva alle censure, richiamando i principi comunitari in materia di avvalimento recepiti dall'ordinamento italiano sull'ampia portata delle norme sull'avvalimento e dell'estensione dell'istituto anche al requisito di qualificazione rilasciato dalla SOA e la esaustività del contratto di avvalimento con la società Nobel s.r.l.

3.- Con la sentenza n. 431 del 20 marzo 2014, il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria ha accolto il ricorso della società Scali, ha annullato il provvedimento di aggiudicazione in favore della Imprex ed ha dichiarato inefficace il contratto stipulato con detta Imprex nelle more del giudizio, compensando tra le parti le spese di giudizio.

4.- La Imprex ha proposto appello per l'annullamento o la riforma della sentenza del TAR, di cui assume l'erroneità per violazione e falsa applicazione delle norme in materia di avvalimento.

5.- Alla camera di consiglio fissata per la trattazione dell'istanza cautelare, il Collegio si è riservato di decidere la causa con sentenza in forma semplificata e ne ha dato comunicazione alle parti.

6.- L'appello è fondato e va accolto.

7.- In via generale e conformemente a precedenti giurisprudenziali di questa sezione (6 marzo 2013, n. 1368; 23 ottobre 2012, n. 5408; 23 maggio 2011, n. 3066), va rilevato che nelle gare pubbliche, la certificazione di qualità, essendo connotata dal precipuo fine di valorizzare gli elementi di eccellenza dell'organizzazione complessiva, è da considerarsi anch'essa requisito di idoneità tecnico organizzativa dell'impresa, da inserirsi tra gli elementi idonei a dimostrare la capacità tecnico professionale di un'impresa, assicurando che l'impresa cui sarà affidato il servizio o la fornitura sarà in grado di effettuare la prestazione nel rispetto di un livello minimo di qualità accertato da un organismo a ciò predisposto (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 22 marzo 2004, n. 1459).

Afferendo la certificazione di qualità alla capacità tecnica dell'imprenditore, essa è coerente con l'istituto dell'avvalimento quale disciplinato con l'art. 49 del d. lgs. n. 163 del 2006, ma lo è anche con la procedura di gara qui in questione che non preclude il ricorso all'istituto dell'avvalimento per la certificazione di qualità, in disparte la inefficacia di siffatta prescrizione, ove prevista nel bando di gara.

8.- Secondo la sentenza impugnata, non sarebbe sufficiente ad integrare l'impegno quale presupposto di legittimità dell'aggiudicazione, un contratto di avvalimento avente ad oggetto il richiamo alla sola "attestazione SOA", perché verrebbe frustrata l'esigenza sostanziale della dimostrazione della "effettiva utilizzabilità" delle risorse e dei "mezzi" messi a disposizione dall'ausiliaria a favore dell'ausiliata, cui risponderebbe la specifica previsione di cui all'art. 88 d.p.r. n. 207 del 2010.

L'assunto va condiviso, ma non sono, invece, condivisibili le conseguenze cui perviene l'impugnata sentenza, attesa la esaustività del contratto di avvalimento intercorso tra la Imprex e l'ausiliaria Nobel s.r.l..

Se è vero, infatti, che il limite di operatività di cui all'art. 49, comma 2, lett. f), del codice dei contratti pubblici, di per sé suscettibile di un amplissimo campo operativo, è dato dal fatto che la messa a disposizione del requisito mancante non deve risolversi nel prestito di un valore puramente cartolare e astratto, essendo invece necessario, anche alla luce del chiaro disposto dell'art. 88 del d.p.r. n. 207 del 2010, che dal contratto risulti chiaramente l'impegno dell'impresa ausiliaria a prestare le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo nella misura richiesta - impegno che potrebbe essere facilmente eluso ove fosse consentito il ricorso a formule vaghe - deve ritenersi valido ed efficace un contratto di avvalimento il cui contenuto manifesti l'impegno serio e la effettiva messa a disposizione dei requisiti e mezzi di cui l'ausiliata è carente.

Nel caso, il contratto di avvalimento intercorso tra la ditta ausiliante (Nobel s.r.l.) e la Imprex soddisfa in maniera esaustiva i requisiti individuati dalla legge a comprova della serietà dell'impegno assunto dall'ausiliaria.

Nel contratto di avvalimento sono, infatti, chiariti quali sono i requisiti di capacità economico – finanziaria e tecnico – organizzativa propri del modello di gestione e organizzazione dell'impresa ausiliaria che la stessa si è obbligata a mettere a disposizione dell'ausiliata, oltre alle macchine e attrezzature analiticamente elencate.

La impresa ausiliaria si è infine dichiarata responsabile in solido con la concorrente nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto dell'appalto fino al collaudo, assumendosi l'obbligo, anche nei confronti della stazione appaltante, di mettere a disposizione le risorse oggetto di avvalimento in favore dell'impresa ausiliata per tutta la durata dell'appalto.

Il contratto di avvalimento e la dichiarazione resa dalla Nobel sono, quindi, coerenti con le esigenze di specificità di cui all'art. 49, comma 2, lett. f), del d. lgs. n. 163 del 2006 e dell'art. 88 del d.p.r. n. 207 del 2010, il che esclude che il contratto di avvalimento nel caso sia di sola garanzia e insufficiente alla funzione propria.

9.- Quanto, in particolare, alle figure del direttore tecnico e del responsabile tecnico, sulle quali si è soffermata la sentenza impugnata, va da sé che il prestito delle risorse e mezzi comprende anche le figure tecniche che sono ovviamente comprese nelle risorse messe a disposizione dell'ausiliata.

Comunque la ditta ausiliata è tecnicamente ed economicamente attrezzata e carente solo del requisito di qualificazione per la categoria OG1 Classe 1 OS30 classe 1 – OS28 class. 1, sicché anch'essa dispone delle suddette figure professionali.

10.- Per i motivi esposti, l'appello deve essere accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, deve essere respinto il ricorso di primo grado.

Le spese del doppio grado di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate nell'importo indicato in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

Condanna Scali s.r.l. al pagamento in favore di Imprex s.r.l. di euro 4.000,00, oltre accessori di legge, per spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 giugno 2014 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente
Vito Poli, Consigliere
Antonio Amicuzzi, Consigliere
Doris Durante, Consigliere, Estensore
Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/07/2014

IL SEGRETARIO

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