



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 Terza Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3820 del 2013, proposto da: Manutencoop Facility Management S.p.a., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Andrea Manzi, Stefano Baccolini e Francesco Rizzo, presso il primo dei quali è elettivamente domiciliata in Roma, via F. Confalonieri, 5;

contro

Regione Lazio, in persona del Presidente della Giunta regionale pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Fiammetta Fusco, con domicilio eletto in Roma, via Marcantonio Colonna n.27; Azienda Ospedaliera San Giovanni Addolorata, in persona del legale rappresentante pro-tempore, non costituita;

nei confronti di

Team Service Società Consortile a r.l., in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria del costituendo RTI con Società Nazionale Appalti Manutenzioni (S.N.A.M.) Lazio Sud S.r.l. e Soc Linda S.r.l., in persona del rappresentante legale

pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Avilio Presutti e Marco Laudani, con gli stessi elettivamente domiciliata in Roma, p.zza San Salvatore in Lauro, 10;

per l'annullamento

della determinazione B00860 dell'11.3.2013, nella parte in cui ha aggiudicato il lotto 5 relativo alla procedura aperta per l'affidamento del "servizio di pulizia, sanificazione, consegna e trasporto occorrente alle Aziende Sanitarie della Regione Lazio" al costituendo ATI in epigrafe specificato e di tutti gli atti di gara, nonché per la dichiarazione di inefficacia del contratto stipulato nelle more del giudizio;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Lazio e di Team Service Società Consortile a r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 ottobre 2013 il Cons. Maria Luisa De Leoni e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato il 17 aprile 2013 e depositato il successivo 26 aprile la Manutencoop Facility Management S.p.a. impugna gli atti indicati in epigrafe e ne chiede l'annullamento.

Riferisce di aver partecipato alla gara, indetta dalla Regione Lazio, per l'affidamento del "...servizio di pulizia, sanificazione, consegna e trasporto occorrente alle Aziende Sanitarie della Regione Lazio", classificandosi seconda per il lotto 5.

A seguito di accesso agli atti, ha potuto constatare la mancata corrispondenza dell'offerta dell'aggiudicataria alle prescrizioni di gara.

All'uopo deduce:

1. Violazione e falsa applicazione della lex specialis, in particolare dell'art. 49 d.lgs. n. 163 del 2006; dell'art. 88 del d.P.R. n. 207 del 2010. Violazione e falsa applicazione del bando di gara e del disciplinare di gara. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, difetto di motivazione, errore nei presupposti e travisamento dei fatti.

Assume la ricorrente che il costituendo RTI aggiudicatario era mancante del fatturato globale, sicché ha fatto ricorso all'istituto dell'avvalimento con contratto sottoscritto in data 22 settembre 2011 tra la Cooperativa di Lavoro Team Service Nord soc. coop. (società ausiliaria) e la Cooperativa di Lavoro Team Service Centro soc. coop. (società avvalsa). Sennonché il contratto di avvalimento contiene una clausola che sottopone il contratto stesso a condizione sospensiva allorché prevede che "il presente contratto avrà efficacia solo nel caso in cui la società avvalsa conseguirà l'aggiudicazione della gara. In mancanza, rimane privo di effetti...". Deriva da quanto sopra che al momento dell'ammissione in gara l'aggiudicatario era priva del requisito del "fatturato globale".

Aggiunge che nel contratto di avvalimento non sono stati indicati in modo determinato e specifico le risorse e i mezzi prestati. L'art. 88 richiede, infatti, che siano indicati nel contratto in modo esplicito l'oggetto (le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico), la durata e ogni altro elemento utile ai fini dell'avvalimento, mentre, nella specie, il contratto di avvalimento è privo dei suddetti elementi, in quanto fa solo un generico riferimento all'obbligo dell'ausiliaria di "mettere a disposizione... le risorse necessarie di cui è carente la società Team Service Centro soc. coop. a r.l.", senza dare indicazioni sui modi e sui termini in cui si sarebbe concretizzata l'estensione della garanzia patrimoniale.

2. violazione e falsa applicazione dell'art. 37, dell'art. 46, comma 1 bis, del d. lgs. n. 163 del 2006, nonché degli artt. 92 e 275 d.P.R. n. 207 del 2010; Violazione e falsa

applicazione del bando di gara e del Disciplinare di gara. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, difetto di motivazione, errore nei presupposti e travisamento dei fatti.

Aggiunge che nelle dichiarazioni di impegno a costituirsi in RTI le singole Società hanno indicato le percentuali di attività oggetto di appalto che ciascuna di esse avrebbe eseguito in caso di aggiudicazione, ma non hanno indicato le rispettive quote di partecipazione al costituendo RTI.

Si sono costituite sia la contro interessata che la Regione Lazio. Entrambe concludono per il rigetto del ricorso.

All'Udienza del 9 ottobre 2013 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Con il ricorso all'esame Manutencoop Facility Management S.p.a. chiede l'annullamento della determinazione n. B00860 in data 11.3.2013, nella parte in cui dispone l'aggiudicazione al RTI, di cui la controinteressata è capogruppo, del lotto 5 dell'appalto relativo al servizio di "...pulizia, sanificazione, consegna e trasporto occorrente alle Aziende Sanitarie della Regione Lazio", sostenendone l'illegittimità unitamente ai contestati ulteriori atti di gara.

Il ricorso merita accoglimento.

Con il primo motivo l'istante deduce, fra l'altro, che nel contratto di avvalimento stipulato tra la Cooperativa di lavoro Team Service Nord soc. coop. (ausiliaria) e la Cooperativa di lavoro Team Service Centro soc. coop. (avvalsa) non sarebbero precisati i requisiti c.d. di fatturato messi a disposizione dall'impresa ausiliaria, a parte un generico impegno a fornire i requisiti di cui la concorrente sarebbe carente.

La mancata indicazione in dettaglio delle risorse prestate dall'impresa ausiliaria sarebbe in contrasto con l'art. 49, co. 2, del d. lgs. n. 162 del 2006 e con l'art. 88 del d.P.R. n. 207 del 2010 (Reg. di esecuzione al codice dei contratti pubblici).

Va, preliminarmente precisato che non può essere condiviso quanto dedotto dalla resistente amministrazione circa la inapplicabilità dell'art. 88 del d.P.R. n. 207 del 2010 al caso di specie, essendo la pubblicazione del bando avvenuta sulla GUCE in data 3 giugno 2011 e, quindi, anteriore all'entrata in vigore della disposizione regolamentare (8 giugno 2011).

Invero, sul punto è sufficiente richiamare la costante giurisprudenza (cfr. TAR Umbria, 30 gennaio 2012, n. 22) secondo cui ai sensi dell'art. 66, co. 8, D.Lgs. n. 163/2006, la decorrenza giuridica degli effetti che l'ordinamento connette alla pubblicità in ambito nazionale, decorrono dalla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana e non dalla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Comunità Europea.

Nella specie, il bando ha avuto pubblicità sulla GURI il 10 giugno 2011 quando il d.P.R. n. 207 del 2011 era vigente e con lo stesso l'obbligo di dichiarare il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria .

Ciò premesso, osserva il Collegio, condividendo l'orientamento giurisprudenziale (Cons. St., sez. V, 6 agosto 2012, n. 4510; Cons. St., III, 18 aprile 2011 n. 2343; Cons. St., III, 3 settembre 2013, 4386; TAR Lombardia, Milano, III, 17 luglio 2013, n. 1881), recepito anche dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (cfr. determinazione n. 2 dell'1/8/2012), che ai sensi dell'art. 88 del DPR n. 207 del 2010 il contratto di avvalimento di cui all'art. 49, co. 2, lett. f), del d. lgs. n. 163 del 2006 deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente le risorse e i mezzi prestati dalla società ausiliaria. Invero, l'art. 88 citato esplicita un canone già esistente nell'ordinamento di settore con una portata ben più ampia di quella attinente al solo "prestito" dei requisiti di qualificazione in senso stretto.

Consegue che la mera riproduzione, nel testo dei contratti di avvalimento, della formula legislativa della messa a disposizione delle risorse necessarie di cui è carente il concorrente, o di espressioni similari, risulta essenzialmente tautologica e,

come tale, indeterminata, nonché inadeguata a permettere qualsivoglia sindacato, da parte della stazione appaltante, sull'effettività della messa a disposizione dei requisiti (TAR Campania, sez. I, 4/4/2012, n. 1589), poiché non è tale da integrare uno schema minimale di diritti, obblighi e quindi garanzie per una sicura attuazione dell'avvalimento, e dunque dello stesso appalto pubblico, in condizioni di chiarezza e trasparenza.

Peraltro, da un contratto di avvalimento che non sia in grado di precisare, per la sua indeterminatezza e indeterminabilità, l'effettività della messa a disposizione degli stessi requisiti da parte di chi ne disponga, non risulta garantita, neppure dalla regola della responsabilità solidale, l'esatta esecuzione della prestazione di appalto con gli standard pretesi. E ciò a parte ogni considerazione, sul terreno civilistico, della nullità di un contratto in cui l'oggetto sia indeterminato ed indeterminabile (TAR Campania, sez. I, n. 1589/2012 cit.). Siffatti rilievi valgono anche nell'ambito degli appalti di servizio, come sottolineato dalla Circolare ministeriale 30/12/2012, n. 4536, recante primi chiarimenti in ordine all'applicazione delle disposizioni di cui al d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207.

Nel caso di specie, dopo aver indicato nelle premesse del contratto l'elemento di cui l'avvalsa è carente, all'art. 2, rubricato "Oggetto del contratto" si dispone che "La Società ausiliaria si obbliga nei confronti della società avvalsa, e con il presente atto anche nei confronti della S.A., a fornire i requisiti di cui alla premessa j) etc.).

La Società ausiliaria si obbliga nei confronti della società avvalsa, e con il presente atto anche nei confronti della S.A., anche a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto".

Orbene, osserva il Collegio, che la fattispecie all'esame va ricondotta all'ipotesi del c.d. avvalimento di garanzia; figura nella quale l'ausiliaria mette in campo la propria solidità economica e finanziaria a servizio dell'aggiudicataria ausiliata, ampliando così lo spettro della responsabilità per la corretta esecuzione dell'appalto.

Tuttavia tale figura, proprio per la sua peculiare funzione di estensione della base patrimoniale della responsabilità da esecuzione dell'appalto può essere ontologicamente ammessa solo in relazione alla dimostrazione del possesso di idonei requisiti economici e finanziari, come nel caso del volume di affari o del fatturato. In questa (limitata) ipotesi l'avvalimento di garanzia dispiega una apprezzabile funzione, vale a dire assicurare alla stazione appaltante un partner commerciale che goda di una (complessiva) solidità patrimoniale proporzionata ai rischi dell'inadempimento o inesatto adempimento della prestazione dedotta nel contratto di appalto.

Al di fuori di tale ipotesi, secondo la condivisibile prospettazione del TAR per la Campania (Sent. n. 644/2011), “la messa a disposizione di requisiti (soggettivi e) astratti, cioè svincolata da qualsivoglia collegamento con risorse materiali o immateriali, snatura e stravolge l'istituto dell'avvalimento per piegarlo ad un logica di elusione dei requisiti stabiliti nel bando di gara”.

Da ciò consegue che “la deroga al principio di personalità dei requisiti di partecipazione alla gara è dunque strettamente collegata alla possibilità di avere a disposizione risorse o capacità economiche in favore dell'ausiliaria, da cui l'ausiliata è legata in virtù della dichiarazione di responsabilità resa dalla prima (ed eventualmente dalla stipulazione di un contratto), cui consegue una responsabilità solidale delle due imprese in relazione all'intera prestazione dedotta nel contratto da aggiudicare" (così Tar Campania nella indicata pronuncia).

Anche la normativa comunitaria esige che l'operatore economico che fa affidamento per i requisiti prescritti sulle capacità di altri soggetti ha l'onere di provare compiutamente alla stazione appaltante la disponibilità in maniera effettiva e continua dei mezzi e delle risorse necessarie.

A fronte di ciò, un generico impegno a mettere a disposizione dell'impresa ausiliata le risorse necessarie, come avviene nella specie, non soddisfa tale esigenza, laddove

L'Amministrazione deve essere in grado di valutare se mediante l'avvalimento il concorrente sia effettivamente in condizione equivalente ad un soggetto autosufficiente circa il possesso dei requisiti.

La fondatezza della doglianza sopra esaminata è assorbente rispetto alle altre censure dedotte, concernenti ulteriori profili di esclusione dell'aggiudicataria, posto che un valida ragione di esclusione è già sufficiente a determinare l'effetto espulsivo dalla procedura concorsuale e a dimostrare l'illegittimità dell'ammissione in gara della concorrente.

Va, conseguentemente, annullata l'aggiudicazione impugnata e dichiarato l'obbligo della stazione appaltante di riaprire la procedura concorsuale, adottando tutti gli atti consequenziali.

Per l'effetto va inoltre dichiarata l'inefficacia del contratto eventualmente stipulato per l'affidamento del servizio in questione con decorrenza dalla nuova aggiudicazione definitiva in favore della società ricorrente.

Il venir meno dell'affidamento all'ATI controinteressata, in vista di una nuova aggiudicazione del servizio, è soddisfacente in forma specifica dell'interesse vantato dalla società ricorrente, per cui non vi è spazio per il riconoscimento di ulteriori pretese risarcitorie per equivalente.

Attese le peculiarità della vicenda e delle questioni trattate, si ravvisano giusti motivi per compensare tra le parti le spese del giudizio.

.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Quater) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Spese compensate

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 ottobre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Italo Riggio, Presidente

Maria Luisa De Leoni, Consigliere, Estensore

Giuseppe Sapone, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/10/2013

IL SEGRETARIO

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