

Differenziazione di natura, contenuto e finalità tra dichiarazione dell'impresa ausiliaria e contratto di avvalimento

(T.A.R. Lazio, sez. II ter, sent. 21 giugno 2019, n. 8121)

I giudici amministrativi romani hanno chiarito che le dichiarazioni dell'impresa ausiliaria e il contratto di avvalimento sono atti diversi, per natura, contenuto e finalità. Infatti, la dichiarazione costituisce un atto di assunzione unilaterale di obbligazioni precipuamente nei confronti della stazione appaltante; mentre, il contratto di avvalimento è l'atto bilaterale di costituzione di un rapporto giuridico patrimoniale, stipulato tra l'impresa partecipante alla gara e l'impresa ausiliaria, contemplante le reciproche obbligazioni delle parti e le prestazioni da esse discendenti.



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 Seconda Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1103 del 2019, integrato da motivi aggiunti, proposto da LA LUCENTE S.P.A., in persona del legale rappresentante p.t., elettivamente domiciliata in Roma, via Antonio Bertoloni n. 26/B presso lo studio dell'avv. Massimiliano Brugnoletti che la rappresenta e difende nel presente giudizio

contro

ATAC S.P.A. – AZIENDA PER LA MOBILITA', in persona del legale rappresentante p.t., elettivamente domiciliata in Roma, via Prenestina n. 45 presso la sede dell'avvocatura dell'ente e rappresentata e difesa nel presente giudizio dagli avv.ti Stefano Bibbolino e Luciano Bagolan

nei confronti

- I.C. SERVIZI S.R.L., in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria dell'ATI con la mandante IL RISVEGLIO SPC. COOP. SOCIALE PER AZIONI, in persona del legale rappresentante p.t., elettivamente domiciliata in Roma, via Piemonte n. 26 presso lo studio dell'avv. Alessandra Calabrò che, unitamente all'avv. Enrico Di Ienno, la rappresenta e difende nel presente giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

dei seguenti atti:

per quanto riguarda il ricorso principale:

- provvedimento, comunicato il 10/10/18, con cui ATAC s.p.a. ha aggiudicato al RTI I.C. Servizi S.r.l. – Il Risveglio Soc. Coop. Sociale (di seguito RTI I.C. Servizi) la “procedura aperta per l’affidamento del servizio di pulizia di sedi, aree pertinenziali, stazioni metro – ferroviarie e parcheggi, magazzini, uffici, bagni, spogliatoi, mensa, materiale rotabile, pozzi di ventilazione, sottostazioni elettriche, deposito-officina della Metropolitana C), nonché la sostituzione della lampade ed attività di assistenza e rimozione graffiti”;
- in parte qua, verbali di gara relativi alle sedute pubbliche e riservate nelle quali sono state valutate le offerte tecniche ed economiche del controinteressato;
- in parte qua, bando, disciplinare e capitolato;

per quanto riguarda i ricorsi per motivi aggiunti:

- provvedimento, comunicato il 10/12/18, con cui ATAC s.p.a. ha aggiudicato l’appalto al raggruppamento controinteressato;
- elenco dei “concorrenti regolarmente ammessi nella seduta del 19/07/2018”, pubblicato sul sito web ATAC - sezione amministrazione trasparente nella parte in cui ammette il RTI I.C. Servizi;
- in parte qua, verbali del seggio di gara n. 1 del 10 luglio 2018 e n. 2 del 19 luglio 2018;
- in parte qua, verbali della commissione giudicatrice n. 1 del 24 luglio 2018, n. 2 del 30 luglio 2018, n. 3 del 20 agosto 2018, n. 4 del 21 agosto 2018, n. 5 del 22 agosto 2018, n. 6 del 23 agosto 2018, n. 7 del 27 agosto 2018, n. 8 del 28 agosto 2018, n. 9 del 7 settembre 2018, n. 10 del 13 settembre 2018, n. 11 del 14 settembre 2018, n. 12 del 21 settembre 2018, n. 13 del 25 settembre 2018 relativi alle sedute pubbliche e riservate nelle quali sono state valutate le offerte tecniche ed economiche del RTI controinteressato;
- allegati ai predetti verbali recanti i punteggi attribuiti dai commissari con il metodo del “confronto a coppie”;
- in parte qua, bando, disciplinare e capitolato,

per la declaratoria d’inefficacia del contratto, se stipulato,

e per la condanna della stazione appaltante al risarcimento dei danni;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio degli enti in epigrafe indicati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell’udienza pubblica del giorno 4 giugno 2019 il dott. Michelangelo Francavilla 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 09/01/19 e depositato il 14/01/19 La Lucente s.p.a. ha impugnato la deliberazione n. 78 del 07/12/18, con cui il Consiglio di amministrazione dell’Atac s.p.a. ha aggiudicato al RTI I.C. Servizi S.r.l. – Il Risveglio Soc. Coop. Sociale la “procedura aperta per l’affidamento del servizio di pulizia di sedi, aree pertinenziali, stazioni metro – ferroviarie e

parcheggi, magazzini, uffici, bagni, spogliatoi, mensa, materiale rotabile, pozzi di ventilazione, sottostazioni elettriche, deposito-officina della Metropolitana C), nonché la sostituzione della lampade ed attività di assistenza e rimozione graffiti”, e, in parte qua, i verbali di gara relativi alle sedute pubbliche e riservate, nelle quali sono state valutate le offerte tecniche ed economiche del controinteressato, il bando, il disciplinare ed il capitolato.

Con ricorso notificato il 05/02/19 e depositato il 12/02/19 La Lucente s.p.a. ha impugnato con motivi aggiunti, oltre agli atti già gravati in via principale, l’elenco dei “concorrenti regolarmente ammessi nella seduta del 19/07/2018”, pubblicato sul sito web ATAC - sezione amministrazione trasparente, nella parte in cui ammette il RTI I.C. Servizi, e, in parte qua, i verbali del seggio di gara n. 1 del 10 luglio 2018 e n. 2 del 19 luglio 2018 ed, ancora, i verbali della commissione giudicatrice n. 1 del 24 luglio 2018, n. 2 del 30 luglio 2018, n. 3 del 20 agosto 2018, n. 4 del 21 agosto 2018, n. 5 del 22 agosto 2018, n. 6 del 23 agosto 2018, n. 7 del 27 agosto 2018, n. 8 del 28 agosto 2018, n. 9 del 7 settembre 2018, n. 10 del 13 settembre 2018, n. 11 del 14 settembre 2018, n. 12 del 21 settembre 2018, n. 13 del 25 settembre 2018 relativi alle sedute pubbliche e riservate nelle quali sono state valutate le offerte tecniche ed economiche del RTI controinteressato.

La I.C. Servizi s.r.l., in proprio ed in qualità di mandataria dell’Ati con la mandante Il Risveglio Soc. Coop. Sociale per azioni, e l’Atac s.p.a., costituitesi in giudizio con memorie entrambe depositate il 13/02/19, hanno chiesto il rigetto delle domande proposte dalla ricorrente.

Con ordinanza n. 1193/19 del 19/02/19 il Tribunale ha respinto l’istanza cautelare formulata dalla ricorrente, ha ordinato alla predetta di procedere all’integrazione del contraddittorio ed ha fissato, per la definizione del giudizio, la pubblica udienza del 04/06/19.

In data 27/02/19 la ricorrente ha depositato la documentazione comprovante la rituale integrazione del contraddittorio prescritta dal Tribunale.

Con atto notificato il 20/03/19 e depositato il 21/03/19 la ricorrente ha impugnato con ulteriori motivi aggiunti, oltre agli atti già gravati, anche gli allegati ai verbali recanti i punteggi attribuiti dai commissari con il metodo del “confronto a coppie”.

Con ordinanza n. 2009/2019 del 02/04/19 il Tribunale ha respinto l’istanza cautelare proposta dalla ricorrente ed ha confermato la pubblica udienza del 04/06/19 per la definizione del giudizio.

Con ordinanza n. 1895/19 dell’11/04/19 il Consiglio di Stato, in accoglimento dell’appello proposto avverso l’ordinanza n. 1193/19 del TAR, ha concesso la tutela cautelare invocata dalla ricorrente.

Alla pubblica udienza del 04/06/19 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è fondato nei limiti di quanto in prosieguo specificato.

Con il ricorso principale La Lucente s.p.a. impugna la deliberazione n. 78 del 07/12/18, con cui il Consiglio di amministrazione dell’Atac s.p.a. ha aggiudicato al RTI I.C. Servizi s.r.l. – Il Risveglio Soc. Coop. Sociale la “procedura aperta per l’affidamento del servizio di pulizia di sedi, aree pertinenziali, stazioni metro – ferroviarie e parcheggi, magazzini, uffici, bagni, spogliatoi, mensa, materiale rotabile, pozzi di ventilazione, sottostazioni elettriche, deposito-officina della Metropolitana C), nonché la sostituzione della lampade ed attività di assistenza e rimozione graffiti”, e, in parte qua, i verbali di gara relativi alle sedute pubbliche e riservate nelle quali sono state valutate le offerte tecniche ed economiche del controinteressato, il bando, il disciplinare ed il capitolato.

All’esito della gara, il raggruppamento controinteressato si è classificato al primo posto con 78,42 punti (di cui 68,59 per l’offerta tecnica e 9,83 per l’offerta economica) seguito da La Lucente s.p.a. con 74,82 punti (di cui 44,82 per l’offerta tecnica e 30 per l’offerta economica).

Con la prima censura del ricorso principale La Lucente s.p.a. prospetta la violazione della Direttiva n. 24 del 26 febbraio 2014 e degli artt. 30 e 51 del d.lgs. 50/2016 e 3 l. n. 241/90, violazione del principio di concorrenza, massima partecipazione e proporzionalità ed eccesso di potere per contraddittorietà

e irragionevolezza evidenziando che la decisione di non suddividere l'appalto in lotti sarebbe illegittima in quanto il principio generale sarebbe nel senso della suddivisione, la deroga dovrebbe essere motivata e di tale motivazione non vi sarebbe traccia nei documenti di gara; in ogni caso, la mancata suddivisione sarebbe, nel merito, illegittima (in ragione dell'eterogeneità dei servizi richiesti) e, comunque, si fonderebbe su ragioni diverse da quelle consentite dal considerando n. 78 della direttiva n. 24/14.

Il motivo è ricevibile, contrariamente a quanto dedotto dalla controinteressata (sul punto si rinvia a quanto affermato da A.P. n. 4/18 circa la possibilità di impugnare, solo con l'aggiudicazione, le prescrizioni della *lex specialis* aventi carattere non escludente, quale è quella in esame) ma infondato.

Secondo l'art. 51 d. lgs. n. 50/16 "nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, sia nei settori ordinari che nei settori speciali, al fine di favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti suddividono gli appalti in lotti funzionali di cui all'articolo 3, comma 1, lettera qq), ovvero in lotti prestazionali di cui all'articolo 3, comma 1, lettera ggggg) in conformità alle categorie o specializzazioni nel settore dei lavori, servizi e forniture. Le stazioni appaltanti motivano la mancata suddivisione dell'appalto in lotti nel bando di gara o nella lettera di invito e nella relazione unica di cui agli articoli 99 e 139".

Dalla disposizione in esame emerge che la stazione appaltante ha la facoltà di non suddividere l'appalto in lotti purché motivi in ordine alla sua scelta.

L'onere motivazionale è stato nella fattispecie assolto da Atac s.p.a.; infatti, nella delibera n. 18 del 10/05/18, con cui il Consiglio di amministrazione ha autorizzato l'indizione della gara, è specificato che "è previsto un unico lotto in quanto la gara ha una unicità a livello progettuale, organizzativo e gestionale legata anche alle sinergie tra le varie attività e sedi che non si rende compatibile con la suddivisione in lotti" (pag. 5 della delibera).

La delibera in esame è richiamata dal bando di gara (punto VI.3.1) e, pertanto, sotto il profilo formale, l'onere motivazionale prescritto dall'art. 51 comma 1 d. lgs. n. 50/16 è stato correttamente adempiuto.

Con riferimento, poi, al merito della valutazione effettuata dalla stazione appaltante, deve essere rilevato che, secondo la giurisprudenza, la scelta di non suddividere l'appalto in lotti è espressione di una valutazione discrezionale sindacabile in sede giurisdizionale solo sotto il profilo della ragionevolezza e della proporzionalità, oltre che dell'adeguatezza dell'istruttoria (Cons. Stato n. 1857/19; Cons. Stato n. 2044/18).

Nella fattispecie la scelta della stazione appaltante, che parla di unicità a livello progettuale, organizzativo e gestionale, è immune da palesi profili d'illogicità in quanto è giustificata dall'omogeneità oggettiva della prestazione principale, ovvero il servizio di pulizia (la sostituzione di lampade ha un valore assolutamente secondario in relazione all'importo complessivo dell'appalto), e dal fatto che la stessa riguarda luoghi (sedi, stazioni e locali) riferibili alla medesima linea metropolitana il che palesa l'esigenza di gestire in maniera unitaria anche le vicende esecutive del contratto.

Con la seconda censura del ricorso principale La Lucente s.p.a. deduce la violazione dell'art. 95 d. lgs. n. 50/16 ed eccesso di potere per irragionevolezza ed illogicità in riferimento al criterio B2 di valutazione dell'offerta tecnica correlato all'"incremento frequenze pulizie stazioni e treni"; il criterio, nel prevedere l'assegnazione di 4 punti per l'"Incremento della frequenza delle pulizie delle scale aperte al pubblico (AP1S)", 4 punti per l'"incremento della frequenza delle pulizie delle aree aperte al pubblico (AP1)" e 3 punti per l'"incremento del numero delle vetture oggetto delle attività denominate PM1T nei giorni feriali", sarebbe illegittimo in quanto valorizzerebbe esclusivamente l'aspetto quantitativo e non anche quello qualitativo dell'offerta tecnica e costituirebbe un'indiretta

forma di ribasso economico attraverso il riconoscimento di ore di servizio aggiuntive rispetto a quelle programmate.

Il motivo è anche in questo caso ricevibile, per le ragioni esplicitate in precedenza, ma infondato.

Ai fini della selezione dell'offerta, Atac s.p.a. ha prescelto il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa prevedendo 30 punti per l'offerta economica e 70 punti per l'offerta tecnica.

Nell'ambito del punteggio per l'offerta tecnica la *lex specialis* ha previsto (criterio B.2) l'attribuzione di 11 punti (suddivisi nei sottocriteri di cui si è dato atto) per l'incremento della frequenza delle pulizie delle scale aperte al pubblico, delle aree aperte al pubblico e delle vetture.

Il criterio in esame risulta legittimo perché è pertinente rispetto alla natura e all'oggetto dell'appalto, come richiesto dall'art. 95 comma 6 d. lgs. n. 5016, in quanto esso è finalizzato ad un miglioramento oggettivo della prestazione e, quindi, attiene ad un aspetto qualitativo (e non già quantitativo come, invece, dedotto da parte ricorrente) della stessa.

In quest'ottica, il precedente giurisprudenziale citato dalla ricorrente (TAR Umbria n. 581/18) non si attaglia alla presente fattispecie in quanto ha ad oggetto un criterio valutativo dell'offerta tecnica riferibile "al surplus di ore di lavoro messo a disposizione e liberamente utilizzabile dall'Amministrazione in base alle proprie esigenze" per il quale erano previsti 40 punti su 70 complessivi.

L'eterogeneità delle due fattispecie può essere colta se solo si considera che nell'ipotesi oggetto di causa il punteggio è stato attribuito esclusivamente per l'incremento della frequenza degli interventi di pulizia, in grado di migliorare obiettivamente il servizio, e non già per la messa a disposizione di ore di lavoro genericamente utilizzabili; il punteggio stabilito nella presente procedura (11 punti su 70 complessivi) è, poi, nettamente inferiore rispetto a quello previsto nel caso esaminato dal TAR Umbria.

Con la terza censura del ricorso principale La Lucente s.p.a. lamenta la violazione dell'art. 24 Cost. e degli artt. 29 e 53 d. lgs. n. 50/16 e 22 e ss. l. n. 241/90 nonché la violazione dei principi di pubblicità e trasparenza dell'azione amministrativa, di collaborazione e di buona fede in quanto l'Atac s.p.a. illegittimamente avrebbe ommesso di riscontrare parzialmente l'istanza di accesso proposta dalla ricorrente ed avente ad oggetto i verbali delle sedute di gara pubbliche e riservate e la documentazione prodotta dall'aggiudicatario.

Il motivo è inaccoglibile in quanto la mancata esibizione degli atti, a fronte della richiesta di accesso, e la mancata pubblicazione degli stessi ex art. 29 d. lgs. n. 50/16 non costituiscono vizio di legittimità della procedura di gara ma, al più, comportano il differimento del termine d'impugnazione.

In ogni caso, gli atti in questione sono stati successivamente esibiti da Atac s.p.a. tanto che la ricorrente ha potuto proporre i due successivi ricorsi per motivi aggiunti; in questo senso, la domanda ex art. 116 d. lgs. n. 104/10, depositata dalla ricorrente il 28/02/19 ed avente ad oggetto l'esibizione degli allegati ai verbali di gara relativi alle preferenze della commissione nei confronti a coppie, è divenuta improcedibile per sopravvenuta carenza d'interesse alla luce dell'ostensione degli atti in esame da parte di Atac s.p.a. (allegato n. 2 ai motivi aggiunti depositati il 21/03/19).

Per questi motivi il ricorso principale è infondato e deve essere respinto.

Con ricorso notificato il 05/02/19 e depositato il 12/02/19 La Lucente s.p.a. impugna con motivi aggiunti, oltre agli atti già gravati in via principale, l'elenco dei "concorrenti regolarmente ammessi nella seduta del 19/07/2018", pubblicato sul sito web ATAC - sezione amministrazione trasparente, nella parte in cui ammette il RTI I.C. Servizi, e, in parte qua, i verbali del seggio di gara n. 1 del 10 luglio 2018 e n. 2 del 19 luglio 2018 ed, ancora, i verbali della commissione giudicatrice n. 1 del 24 luglio 2018, n. 2 del 30 luglio 2018, n. 3 del 20 agosto 2018, n. 4 del 21 agosto 2018, n. 5 del 22 agosto 2018, n. 6 del 23 agosto 2018, n. 7 del 27 agosto 2018, n. 8 del 28 agosto 2018, n. 9 del 7 settembre 2018, n. 10 del 13 settembre 2018, n. 11 del 14 settembre 2018, n. 12 del 21 settembre 2018, n. 13 del 25

settembre 2018 relativi alle sedute pubbliche e riservate nelle quali sono state valutate le offerte tecniche ed economiche del RTI controinteressato.

Il ricorso per motivi aggiunti depositato il 12/02/19 è fondato e merita accoglimento.

Con la prima censura (l'elencazione a seguire è riferibile al ricorso per motivi aggiunti depositato il 12/02/19) La Lucente s.p.a. deduce la violazione degli artt. 59 comma 4, 83, commi 1 e 9, e 89 d.lgs. 50/2016, del punto III.1.3 del bando e degli artt. 8.11, 9 e 10.5 del disciplinare e la violazione del principio di par condicio in quanto la stazione appaltante avrebbe illegittimamente consentito alla controinteressata di produrre, attraverso il soccorso istruttorio, la dichiarazione d'impegno dell'ausiliaria in relazione all'avvalimento utilizzato ai fini della qualificazione.

Prima di esaminare il merito della censura, il Tribunale ritiene che la stessa sia ricevibile in quanto il vizio dedotto non era desumibile dalla pubblicazione ex art. 29 d. lgs. n.50/16 dell'elenco degli ammessi che conteneva la mera indicazione dei soggetti ammessi alla fase successiva della procedura senza alcuna specificazione dei motivi; in questo senso, va ricordato che l'art. 29 d. lgs. n. 50/16, nel testo applicabile *ratione temporis* alla fattispecie, prevede la decorrenza del termine per l'impugnazione dei provvedimenti di ammissione ed esclusione solo dal momento in cui "i relativi atti...sono resi in concreto disponibili" anche tramite la procedura di accesso.

L'onere di messa a disposizione degli atti non risulta nella fattispecie adempiuto dalla stazione appaltante né la stessa ha correttamente riscontrato l'istanza di accesso presentata dalla ricorrente il 12/12/18 in quanto ha trasmesso i verbali del seggio di gara e della commissione giudicatrice, dopo vari solleciti, solo in data 29/01/19.

Per altro, dalla stessa esposizione "in fatto" presente nella memoria della controinteressata (pag. 4 della comparsa depositata il 15/02/19) risulta che sin dall'11/07/18 la ricorrente aveva chiesto l'accesso agli atti relativi all'ammissione dei concorrenti e che tale accesso era stato negato dalla stazione appaltante.

La mancata disponibilità, non imputabile alla ricorrente (la quale si è prontamente attivata con una richiesta di accesso), della documentazione di gara necessaria per valutare la legittimità del provvedimento di ammissione alla gara della controinteressata preclude, pertanto, la decorrenza del termine per dedurre i relativi vizi in sede giurisdizionale come, del resto, evidenziato anche dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 3727/19 emessa tra le medesime parti (in questo senso si vedano anche le ulteriori sentenze del giudice di appello ivi richiamate).

Nel merito, la censura è fondata.

Il bando di gara (sez. III pagg. 3-4) richiede, tra i requisiti di ordine speciale, l'iscrizione al registro delle imprese o all'albo delle imprese artigiane di cui alla l. n. 82/94 e al d.m. 274/97, comprovante la classificazione in una fascia non inferiore ad "L" (del valore di oltre euro 8.263.310,00 più IVA) di cui all'art. 3 del decreto stesso; nell'ipotesi di raggruppamento temporaneo d'impresе il requisito in esame deve essere posseduto dalla mandante e dalla mandataria "in modo tale che la somma dei singoli importi di classificazione di cui al d.m. 274/97, posseduta dai singoli componenti il raggruppamento, deve risultare pari o superiore alla fascia prevista e sopra indicata" (pag. 4 del bando).

Ai fini della partecipazione alla gara la concorrente IC Servizi s.r.l. ha dichiarato di avvalersi, ai sensi dell'art. 89 d. lgs. n. 50/16, del requisito costituito dalla fascia di classificazione "I" di cui all'art. 3 d.m. n. 274/97 (corrispondente ad un volume di affari fino ad euro 8.263.310,00) fornito dall'ausiliaria Consorzio Stabile EuroGlobal Service Grandi Appalti.

Dall'esame del verbale del seggio di gara n. 1 del 10/07/18 emerge che, ai fini dell'avvalimento, il Rti IC Servizi s.r.l. ha prodotto la propria dichiarazione ed il contratto di avvalimento ma non anche la dichiarazione con cui l'ausiliaria si impegna a mettere a disposizione, nei confronti del concorrente e della stazione appaltante, per tutta la durata dell'appalto, le risorse necessarie di cui è carente il concorrente.

Per l'acquisizione del documento in esame la stazione appaltante è ricorsa al soccorso istruttorio (come si desume dal verbale del seggio di gara n. 2 del 19/07/18; in questo senso anche la nota Atac s.p.a. del 12/07/18 costituente l'allegato n. 3 alla memoria difensiva depositata il 13/02/19).

L'espletamento del soccorso istruttorio è, però, illegittimo in quanto avente ad oggetto un documento essenziale ai fini dell'operatività dell'istituto dell'avvalimento e, quindi, del conseguimento del relativo requisito di partecipazione.

Secondo quanto previsto dall'art. 89 comma 1 d. lgs. n. 50/16, "l'operatore economico che vuole avvalersi delle capacità di altri soggetti allega, oltre all'eventuale attestazione SOA dell'impresa ausiliaria, una dichiarazione sottoscritta dalla stessa attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'articolo 80 nonché il possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento. 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. Nel caso di dichiarazioni mendaci, ferma restando l'applicazione dell'articolo 80, comma 12, nei confronti dei sottoscrittori, la stazione appaltante esclude il concorrente e escute la garanzia. Il concorrente allega, altresì, 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".

Dalla disposizione in esame, pertanto, emerge che, ai fini dell'avvalimento, il concorrente deve necessariamente produrre i seguenti documenti:

- 1) la dichiarazione dell'ausiliaria attestante il possesso, da parte di quest'ultima, dei requisiti di ordine generale e di capacità e delle risorse oggetto di avvalimento;
- 2) la 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 di cui è carente il concorrente;
- 3) l'originale o la copia autentica del contratto di avvalimento.

Contrariamente a quanto sostenuto dalla resistente Atac s.p.a., la dichiarazione (rubricata sub 2) d'impegno dell'ausiliaria è un atto essenziale, ai fini dell'operatività dell'istituto dell'avvalimento, in quanto costituisce lo strumento attraverso il quale l'ausiliaria assume un obbligo giuridico diretto nei confronti della stazione appaltante.

Tale impegno giuridico, contrariamente a quanto dedotto da Atac s.p.a., è essenziale:

- ai fini dell'applicazione delle misure (segnalazione all'Anac e, se del caso, iscrizione nel casellario informatico) previste dall'art. 80 comma 12 d. lgs. n. 50/16, nel caso di falsità delle dichiarazioni dei sottoscrittori e, quindi, dell'ausiliaria;
- per l'operatività della solidarietà dell'ausiliaria "nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto" (disciplinata dall'art. 89 comma 5 d. lgs. n. 50/16);
- per le verifiche in fase esecutiva che coinvolgono direttamente l'ausiliaria alla quale vanno inviate "le comunicazioni di cui all'articolo 52 e quelle inerenti all'esecuzione dei lavori" (art. 89 comma 9 d. lgs. n. 50/16).

In questo senso, la giurisprudenza ha evidenziato come "le dichiarazioni dell'impresa ausiliaria e il contratto di avvalimento siano atti diversi, per natura, contenuto, finalità, costituendo la dichiarazione un atto di assunzione unilaterale di obbligazioni precipuamente nei confronti della stazione appaltante, il contratto di avvalimento l'atto bilaterale di costituzione di un rapporto giuridico patrimoniale, stipulato tra l'impresa partecipante alla gara e l'impresa ausiliaria, contemplante le reciproche obbligazioni delle parti e le prestazioni da esse discendenti" ritenendo che "le dichiarazioni dell'impresa ausiliaria di cui trattasi e il contratto di avvalimento non sono sovrapponibili, ciò anche laddove, come rilevato dall'Adunanza plenaria con la sentenza n. 23 del

2016 in relazione alla dichiarazione di cui alla lett. d) dell'art. 49 del previgente Codice appalti, si tratti per l'impresa ausiliaria di presentare un'apposita dichiarazione d'obbligo circa la messa a disposizione dei requisiti e delle risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto, nonostante il suo contenuto risulti in parte riproduttivo di quello proprio del contratto stesso di avvalimento: il particolare rigore delle predette coordinate ermeneutiche trova infatti risponidenza, per l'Adunanza Plenaria, in un necessario atteggiamento di cautela, volto a temperare il rischio di un uso distorto dell'istituto" (Cons. Stato n. 6551/18; nel medesimo senso Cons. Stato n. 4765/18; Cons. Stato n. 3682/17; Cons. Stato n. 4406/12).

Se la dichiarazione d'impegno dell'ausiliaria è un elemento necessario ai fini del perfezionamento dell'avvalimento, deve, allora, ritenersi che il documento in esame non possa essere acquisito attraverso il soccorso istruttorio.

La fattispecie, infatti, non rientra nelle ipotesi di "carenze di qualsiasi elemento formale della domanda", nelle quali l'art. 83 comma 9 d. lgs. n. 50/16 consente il ricorso al soccorso istruttorio e ciò in quanto, influenzando la dichiarazione sullo stesso perfezionamento dell'avvalimento, la produzione del documento consentirebbe al concorrente di acquisire il requisito di partecipazione in epoca successiva alla scadenza dei termini per la presentazione della domanda e dell'offerta, con conseguente inammissibile violazione della par condicio dei partecipanti.

Né a tal fine risulta utile il richiamo, operato dalla resistente Atac s.p.a., ai pareri di precontenzioso n. 392 del 12/04/17 e n. 1026 dell'11/10/16 i quali hanno ad oggetto fattispecie non sovrapponibili a quella oggetto di causa in quanto:

- il parere n. 392/17 riguarda l'integrazione, attraverso il soccorso istruttorio, del contratto di avvalimento nella sola parte in cui la responsabilità dell'ausiliaria è, ivi, limitata ai "soli requisiti di cui è carente l'impresa ausiliata" e non è riferita a tutta la prestazione, come, invece, richiede l'art. 89 d. lgs. n. 50/16;

- il parere n. 1026/16 ha il medesimo oggetto ed, anzi, afferma che non è integrabile con il soccorso istruttorio il contratto di avvalimento che indica solo genericamente le risorse e in cui l'impegno dell'ausiliaria è condizionato alla mera volontà di quest'ultima.

La mancanza di un documento essenziale ai fini dell'operatività dell'avvalimento e l'accertata illegittimità del soccorso istruttorio effettuato dalla stazione appaltante inducono, pertanto, a ritenere che il raggruppamento controinteressato, al momento di presentazione della domanda, non fosse in possesso del requisito di partecipazione riferibile all'iscrizione al registro delle imprese o all'albo delle imprese artigiane di cui alla l. n. 82/94 e al d.m. 274/97, comprovante la classificazione in una fascia non inferiore ad "L" (del valore di oltre euro 8.263.310,00 più IVA), e, pertanto, avrebbe dovuto essere escluso dalla gara.

Con la seconda censura la ricorrente lamenta la violazione degli artt. 83 e 89 d. lgs. n. 50/16, del punto III.1.3 e dell'art. 8.11 del disciplinare e la violazione del principio della par condicio in quanto l'avvalimento per la fascia di classificazione non sarebbe consentito, trattandosi di requisito di idoneità professionale.

Il motivo è infondato in quanto il bando di gara (sez. III pagg. 3-4), sul punto non impugnato, nel richiedere l'iscrizione al registro delle imprese o all'albo delle imprese artigiane di cui alla l. n. 82/94 e al d.m. 274/97, comprovante la classificazione in una fascia non inferiore ad "L" (del valore di oltre euro 8.263.310,00 più IVA) di cui all'art. 3 del decreto stesso, ha espressamente qualificato l'iscrizione come requisito di capacità tecnica ed economico-finanziaria (art. 83 comma 1 lettere b e c d. lgs. n. 50/16) e non già di idoneità (art. 83 comma 1 lettera a d. lgs. n. 50/16).

Ne consegue che i requisiti in esame possono essere oggetto di avvalimento non ricadendo nella preclusione di cui all'art. 89 comma 1 d. lgs. n. 50/16.

Con la terza censura La Lucente s.p.a. lamenta la violazione degli artt. 83 e 89 d. lgs. n. 50/16, del punto III.1.3 e dell'art. 8.11 del disciplinare e la violazione del principio della par condicio in quanto

il contratto di avvalimento sarebbe nullo per indeterminatezza “non essendo sufficiente l’astratto richiamo alla messa a disposizione della Fascia di classificazione” (pag. 16 del ricorso per motivi aggiunti).

Il motivo è infondato.

Per la verità, la censura non è agevolmente intellegibile perché contesta l’indeterminatezza dell’indicazione delle risorse e, nel contempo, richiama la fascia di classificazione che, invece, costituisce il requisito nella fattispecie oggetto di avvalimento.

In ogni caso, secondo l’art. 89 comma 1 d. lgs. n. 50/16, il contratto di avvalimento deve indicare specificatamente i requisiti e le risorse messe a disposizione del concorrente.

Nella fattispecie il requisito risulta specificatamente richiamato nel contratto di avvalimento con l’inequivoco riferimento al “possesso della fascia di classificazione <I>” (pag. 2 del contratto).

Nell’allegato A) al contratto, poi, sono analiticamente evidenziati i mezzi e le attrezzature, il personale ed i sistemi di garanzia della qualità messi dall’ausiliaria a disposizione della concorrente.

Ne consegue che il contratto di avvalimento è conforme alle previsioni dell’art. 89 d. lgs. n. 50/16.

Con la quarta censura la ricorrente prospetta la violazione e falsa applicazione degli artt. 23, 30, 95 e 97 d. lgs. n. 50/16, carenza di istruttoria ed incongruità della motivazione in quanto l’offerta tecnica del raggruppamento aggiudicatario sarebbe inattendibile ed incongrua presentando un notevole scostamento dalle tabelle ministeriali di riferimento per quanto concerne i costi aziendali della sicurezza ed i costi della manodopera.

Il motivo è fondato.

Dall’esame dell’offerta economica presentata dalla controinteressata emerge che il costo aziendale della sicurezza, ivi indicato, è pari ad euro 39.565 (ovvero lo 0,48% dell’importo complessivamente offerto, pari ad euro 8.242.738,93).

Il costo minimo aziendale della sicurezza previsto dalla pertinente tabella ministeriale è pari ad euro 150,00 per anno per ogni lavoratore; ne consegue che il costo previsto dall’offerta economica dell’aggiudicataria è sensibilmente ed ingiustificatamente inferiore rispetto a quello medio desumibile dalla tabella, pari ad euro 72.000 (150 x 3 anni x 160 lavoratori), tenuto conto del fatto che il Rti IC Servizi s.r.l. ha previsto l’utilizzazione di 160 lavoratori.

Né può accedersi alla tesi difensiva di Atac s.p.a. la quale deduce che tali costi risultano “pari a quelli indicati e ritenuti congrui dalla stazione appaltante nel quadro economico di definizione della gara (euro 25.371,50)” (pag. 22 della memoria depositata il 14/02/19) in quanto gli oneri menzionati dalla resistente sono quelli, diversi, relativi al rischio interferenziale della sicurezza, come emerge dal bando e dal modello di offerta economica compilato dall’aggiudicataria che fa riferimento al “costo della sicurezza non soggetto al ribasso percentuale di gara” e, come tale, diverso da quello aziendale che a tale ribasso è, invece, soggetto.

A ciò si aggiunga che il costo medio orario del lavoro offerto dall’aggiudicatario è di gran lunga inferiore a quello delle tabelle ministeriali; ad esempio, per gli operai di quinto livello l’offerta prevede un costo orario di euro 15,40 mentre il costo orario medio stabilito dalla tabella ministeriale è pari ad euro 19,90 e per il secondo livello (in cui rientrano ben 120 lavoratori su complessivi 160) il costo orario nell’offerta è di euro 14,26 mentre quello ministeriale ammonta ad euro 17,07.

Il notevole divario tra le voci relative al costo della manodopera e al costo aziendale della sicurezza rispetto ai costi desumibili dalle tabelle ministeriali, pur non comportando l’esclusione automatica dell’offerta, avrebbe imposto un approfondimento della stazione appaltante ex art. 97 comma 6 d. lgs. n. 50/16 (c.d. valutazione di congruità) a nulla rilevando che l’offerta della controinteressata non fosse tecnicamente anomala ex art. 97 comma 3 d. lgs. n. 50/16.

Ciò, del resto, è confermato anche dall’art. 95 comma 10 d. lgs. n. 50/16 il quale impone alla stazione appaltante di verificare sempre (e, quindi, anche nel caso di offerta non anomala) la corrispondenza

del costo del lavoro alle tabelle ministeriali e la plausibilità delle ragioni di un eventuale scostamento dalle stesse.

Di tale verifica negli atti non vi è traccia; la stazione appaltante, infatti, nel verbale n. 13 del 25/09/18 si è genericamente limitata a qualificare i costi orari indicati dai concorrenti come "conformi" (è da ritenere ai contratti collettivi nazionali indicati nel precedente verbale n. 12 del 21/09/18) senza specificare le ragioni per cui è stato ritenuto irrilevante il congruo scostamento dalla tabella ministeriale né alcun approfondimento è stato effettuato in relazione alla congruità del costo aziendale per la sicurezza sensibilmente inferiore a quello stabilito in sede ministeriale.

Ne consegue che, anche sotto tale profilo, l'aggiudicazione risulta illegittima in quanto non preceduta da un approfondimento sui predetti aspetti.

Con la quinta censura la ricorrente lamenta l'illegittimità, per violazione dell'art. 95 d. lgs. n. 50/16 ed eccesso di potere per irragionevolezza, del criterio valutativo B.2 in quanto non idoneo a valorizzare gli aspetti qualitativi dell'offerta tecnica.

Il motivo costituisce la pedissequa riproposizione della seconda censura formulata con il ricorso principale ed è infondato per le ragioni già esplicitate in precedenza.

La fondatezza della prima e della quarta censura del ricorso per motivi aggiunti depositato il 12/02/19 comporta l'accoglimento del gravame in questione e l'annullamento degli atti ivi impugnati (in primis l'ammissione alla gara del raggruppamento controinteressato, che avrebbe dovuto essere escluso, e, conseguentemente, l'aggiudicazione in favore dello stesso) nei limiti di quanto d'interesse della ricorrente e, comunque, con esclusione del bando, del disciplinare e del capitolato.

Non può essere accolta la domanda della ricorrente di disporre, in suo favore, l'aggiudicazione e il subentro nel contratto in quanto, all'esito dell'esclusione della controinteressata, la stazione appaltante dovrà ricalcolare i punteggi non considerando i punteggi del concorrente escluso e i punteggi conseguiti dagli altri concorrenti nel confronto a coppia con l'escluso (Cons. Stato n. 841/17; Cons. Stato n. 3257/11; Cons. Stato n. 6038/08; ANAC parere n. 141 del 20/06/14).

Per lo stesso motivo non può, allo stato, essere accolta la domanda di risarcimento del danno il cui positivo riscontro è subordinato all'esito della riedizione del procedimento.

Con atto notificato il 20/03/19 e depositato il 21/03/19 la ricorrente ha impugnato con ulteriori motivi aggiunti, oltre agli atti già gravati, anche gli allegati ai verbali recanti i punteggi attribuiti dai commissari con il metodo del "confronto a coppie".

Con il gravame in questione La Lucente s.p.a. propone due censure aventi ad oggetto:

- la violazione dell'art. 95 d. lgs. n. 50/16, la violazione e la falsa applicazione dei criteri di valutazione, erroneità, difetto d'istruttoria ed eccesso di potere sotto vari profili contestando il punteggio attribuito all'offerta tecnica della controinteressata, attraverso il metodo del confronto a coppie, in relazione ai criteri A1.1, A2.1, A3.1, A4.1, A1.3, A2.3, A3.3, A4.3, A1.2, A2.2, A3.2, A4.2, B1.1, C, D, E1 (prima doglianza);

- la violazione dell'art. 95 d. lgs. n. 50/16, difetto di motivazione ed eccesso di potere per illogicità in ragione dell'insufficienza della motivazione, in quanto consistente nell'attribuzione del solo punteggio numerico, nella fattispecie resa più significativa dall'assenza di sub - pesi e di diversificati sub - criteri (seconda doglianza).

Il secondo ricorso per motivi aggiunti è improcedibile per sopravvenuta carenza d'interesse.

Infatti, l'accoglimento del primo ricorso per motivi aggiunti, nei sensi sopra evidenziati, e l'annullamento dei provvedimenti di ammissione del raggruppamento controinteressato alla gara e di aggiudicazione in favore dello stesso comportano la definitiva estromissione dello stesso dalla procedura il che soddisfa integralmente l'interesse sostanziale posto dalla ricorrente a fondamento del gravame per motivi aggiunti depositato il 21/03/19.

L'accoglimento solo parziale delle doglianze proposte dalla ricorrente giustifica la compensazione delle spese processuali sostenute dalle parti;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Ter), definendo il giudizio:

- 1) respinge il ricorso principale;
- 2) accoglie la domanda di annullamento formulata con il ricorso per motivi aggiunti depositato il 12/02/19 e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati secondo quanto precisato in motivazione;
- 3) respinge le domande, formulate nel ricorso per motivi aggiunti depositato il 12/02/19, con cui La Lucente s.p.a. ha chiesto la condanna della stazione appaltante a disporre, nei suoi confronti, l'aggiudicazione, il subentro nel contratto ed il risarcimento del danno;
- 4) dichiara l'improcedibilità, per sopravvenuta carenza d'interesse, del ricorso per motivi aggiunti depositato il 21/03/19;
- 5) dispone la compensazione delle spese processuali sostenute dalle parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 giugno 2019 con l'intervento dei magistrati:

Pietro Morabito, Presidente

Fabio Mattei, Consigliere

Michelangelo Francavilla, Consigliere, Estensore

