Publicato il 14/09/2020

N. 09568/2020 REG.PROV.COLL.

N. 06676/2020 REG.RIC.

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 Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 6676 del 2020, proposto da C.S.G. Palladio S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Gaspare De Lisi, Andreina Degli Esposti e Floriana Russo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il loro studio in Roma, via Giulio Caccini, 1;

contro

Anas S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per l'annullamento

previa sospensiva

a) della nota prot. n. 0343067 del 08.07.2020 con la quale è stata comunicata l'esclusione del RTI Palladio ex art. 76 c. 5 lett. b) D.Lgs. 50/2016;

b) del verbale di gara relativo alle operazioni di valutazione della documentazione amministrativa e di ogni atto della commissione di gara che ha concorso a disporre l'esclusione del RTI Palladio;

c) di ogni ulteriore atto presupposto, connesso e consequenziale, ancorché non conosciuto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Anas S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 9 settembre 2020 la dott.ssa Lucia Maria Brancatelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il ricorso in epigrafe la società C.S.G. Palladio (in avanti, “Palladio”), in proprio e nella qualità di mandataria del costituendo r.t.i. con le società Geotec e Mesa (di seguito, “RTI Palladio” o “il raggruppamento”) ha impugnato, chiedendone l’annullamento, il provvedimento prot. n. 343067 dell’8.07.2020 con il quale Anas ha disposto l’esclusione del raggruppamento dalla procedura negoziata tesa alla stipula di un “*Accordo Quadro quadriennale, con un unico operatore ai sensi dell’art. 54 comma 3 del D.lgs. 50/2016, così come modificato dal D.L. 32/2019, convertito dalla Legge 14 giugno 2019, n. 55, per l’esecuzione di servizi di monitoraggio geotecnico – geomorfologico in fase ante – operam, corso d’opera e post operam, da eseguirsi nell’ambito dell’attività di progettazione e di esecuzione lavori, suddiviso in n. 2 lotti*”.

La ricorrente è stata esclusa dalla procedura relativa al lotto 2 per il mancato possesso dei requisiti prescritti dall’art. 7.3 della lettera d’invito, e cioè lo svolgimento di due

“servizi analoghi” pari a 400.000 euro nel triennio 2017-2018-2019. L’Anas, in particolare, ha ritenuto, in relazione a uno dei due servizi richiesti, che il contratto di avvalimento stipulato tra la mandataria Palladio e la mandante e ausiliaria Geotec, appartenente al medesimo raggruppamento, fosse nullo. La nullità del contratto derivava, secondo Anas: dall’omesso inserimento dell’elencazione delle risorse e dei mezzi messi a disposizione dall’ausiliaria Geotec alla mandataria, come prescritto a pena di nullità, dall’art. 89 comma 1 d.lgs. n. 50/2016; dalla mancata assunzione dell’obbligo da parte dell’ausiliaria di esecuzione diretta dei servizi, per le cui capacità forniva il requisito, come prescritto dal medesimo articolo 89.

Con il primo motivo di impugnazione, parte ricorrente lamenta la violazione e falsa applicazione dell’art. 89 nonché l’eccesso di potere per falso presupposto in fatto. Sostiene che il requisito in oggetto, per sua stessa natura, non richiederebbe necessariamente l’analitica indicazione in sede di contratto di avvalimento di “mezzi” e “personale”, essendo sufficiente, come avvenuto, che nel contratto di avvalimento venisse fornito il servizio analogo richiesto e fosse messa a disposizione l’organizzazione aziendale e l’apporto esperienziale acquisito da Geotec nell’esecuzione del medesimo contratto, nel caso in cui fosse stato (eventualmente) necessario ai fini della corretta esecuzione del servizio da parte del RTI Palladio.

Al secondo motivo, Palladio deduce la violazione e falsa applicazione degli artt. 48 e 89 del d.lgs. n. 50/2016 e l’eccesso di potere per falso presupposto in fatto e difetto di motivazione, deducendo l’omessa considerazione della natura “infra raggruppamento” dell’avvalimento interno prestato dall’ausiliaria-mandante Geotec. Secondo la tesi di parte ricorrente, la circostanza che Geotec eseguisse le prestazioni riferite al requisito tecnico oggetto di avvalimento non costituiva una “mera eventualità” - bisognevole, di apposita obbligazione in sede contrattuale - in quanto l’ausiliaria, nella sua qualità di mandante del medesimo raggruppamento della

ausiliata Palladio, avrebbe sicuramente svolto in via diretta le prestazioni oggetto del contratto.

Infine, al terzo motivo, Palladio censura il provvedimento di esclusione anche per violazione dell'art. 89, comma 1 del d.lgs n. 50/2016, sostenendo che la previsione di legge non poteva trovare applicazione nel caso di specie, in quanto il servizio analogo prestato in avvalimento da Geotec, riguardante "indagini geognostiche ed esplorazioni del sottosuolo", non richiedeva alcun titolo di studio o professionale.

L'Anas si è costituita in giudizio e ha chiesto la reiezione del ricorso siccome infondato.

Alla camera di consiglio del 9 settembre 2020 fissata per la trattazione della domanda cautelare presentata unitamente il ricorso, il Collegio ha dato avviso alle parti presenti come da verbale della possibilità di definire il giudizio con sentenza in forma semplificata ai sensi degli artt. 60 e 120 c.p.a., sussistendone le condizioni di legge. La causa è stata, quindi, trattenuta in decisione.

Il ricorso è infondato.

Occorre rammentare che l'istituto dell'avvalimento è finalizzato all'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile, consentendo che una impresa possa comprovare il possesso dei requisiti economici, finanziari, tecnici e organizzativi per la partecipazione a una gara facendo riferimento alla capacità di altro soggetto che assume contrattualmente con la stessa una responsabilità solidale, impegnandosi nei confronti della stazione appaltante. Nel caso di avvalimento tecnico od operativo, quale è quello che viene in considerazione nella presente fattispecie, l'impegno dell'ausiliaria consiste nel mettere a disposizione dell'ausiliata le proprie risorse tecnico-organizzative indispensabili per assicurare i requisiti di capacità tecnico-professionale richiesti per l'esecuzione dell'appalto.

Come ribadito in plurime occasioni dalla giurisprudenza, la messa a disposizione del requisito mancante in favore dell'impresa concorrente - ausiliata deve essere

concreta ed effettiva, non potendo risolversi nel prestito di un valore puramente cartolare e astratto. Inoltre, le lacune dei contratti di avvalimento non possono essere colmate mediante il soccorso istruttorio, giacché quest'ultimo è volto solo a chiarire e a completare dichiarazioni o documenti comunque idonei e non può essere invocato qualora, in sede di gara, sia accertata la sostanziale inutilizzabilità di un requisito essenziale per la partecipazione. Si è, altresì, affermato che è onere della stazione appaltante verificare la idoneità formale e sostanziale del relativo contratto. Deve anche aggiungersi che, avuto riguardo ai criteri relativi all'indicazione di titoli di studio e professionali e alle esperienze professionali pertinenti, l'art. 89, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 consente il ricorso all'avvalimento solo ove i soggetti ausiliari eseguano direttamente i lavori e servizi per cui tali capacità sono richieste.

Nel caso in esame, il raggruppamento si è avvalso, ai fini della partecipazione all'appalto, di Geotec in relazione al requisito di cui al punto 7.3, lettera g) della lettera di invito, riguardante il possesso di esperienze professionali pregresse. Segnatamente, la stazione appaltante chiedeva ai partecipanti di avere prestato due servizi analoghi nell'ultimo triennio di importo ciascuno pari al pari al 10% del valore previsto per singolo lotto di gara. Al punto 7.4, si specificava che il requisito doveva essere posseduto per intero dalla mandataria. Era anche previsto nella lettera di invito che in caso di avvalimento il concorrente allegasse, per ciascuna ausiliaria, *“copia scansionata dell'originale del contratto di avvalimento, in virtù del quale l'ausiliaria si obbliga, nei confronti del Concorrente, a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie, che devono essere dettagliatamente descritte, per tutta la durata dell'appalto. A tal fine, il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, ai sensi dell'art. 89, comma 1, del Codice, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'ausiliaria; nel caso di messa a disposizione di titoli di studio e professionali ed esperienze professionali pertinenti, deve essere indicato l'operatore economico che esegue direttamente il servizio per cui tali capacità sono richieste”* (cfr. pag. 38 della lettera di invito).

Ai fini della dimostrazione del possesso del requisito in questione, avuto riguardo a uno dei due servizi analoghi richiesti, nel contratto di avvalimento tra la mandataria Palladio e la mandante – ausiliaria Geotec veniva specificato che sarebbe stato “fornito e messo a disposizione” da Geotec il requisito di capacità tecnico e professionale relativo alla <<esecuzione dei servizi – 1 servizio analogo pari a 400.000,00 € disponendo l’ausiliaria di certificazione di regolare esecuzione del servizio avente ad oggetto “Sondaggi/Indagini geognostiche-Diretti” svolto presso “Malta Transport” di importo pari a 880.778,00 € svolto nel periodo 16/10/2017-25/01/2018>>. Era poi specificato che: Geotec avrebbe supportato Palladio “in caso di servizi e necessità ai quali l’Ausiliata potrebbe dover far fronte nel corso dell’appalto”; la concorrente e l’impresa ausiliaria erano responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto; il contratto di appalto era “in ogni caso eseguito dall’impresa Ausiliata, alla quale verrà rilasciato il certificato di esecuzione”. Si prevedeva anche che il requisito in questione fosse messo a disposizione dell’ausiliata in modo pieno e incondizionato e che le relative risorse fossero prestate per tutta la durata dell’affidamento.

Osserva il Collegio che il contratto di avvalimento è affetto da nullità in quanto non rispetta le prescrizioni di cui all’art. 89 del Codice e della lettera di invito in quanto, venendo in considerazione un requisito di tipo esperienziale (lo svolgimento di sondaggi o indagini diagnostiche), non era sufficiente l’assunzione della generica obbligazione di “fornire e mettere a disposizione” dell’ausiliata il requisito in esame e le relative risorse ma Geotec avrebbe dovuto identificare in concreto, con un adeguato grado di determinatezza e di precisione, le effettive risorse reali e personali messe a disposizione di Palladio (in termini, cfr. Cons. Stato, sez. V, 30 gennaio 2019 n. 755).

Come ravvisato dalla stazione appaltante, inoltre, il contratto è ulteriormente affetto da nullità in ragione della mancata assunzione da parte di Geotec dell'obbligo di esecuzione diretta delle prestazioni oggetto di avvalimento.

In argomento, deve escludersi, come prospettato nel gravame, che il requisito in esame possa considerarsi estraneo al campo di applicazione dell'art. 89, comma 1, del d.lgs n. 50/2016, in quanto i servizi analoghi richiamati nella lettera di invito, afferenti al campo del monitoraggio geotecnico-geomorfologico, richiedono l'utilizzo di personale dotato di adeguate conoscenze tecniche e specialistiche; tale tipologia di servizio, pertanto, ben rientra nel concetto di "esperienza professionale pertinente" di cui alla previsione di legge.

Dunque, la previsione di una mera responsabilità solidale tra ausiliaria e ausiliata - inserita nel contratto e comunque già implicita in ragione della appartenenza, in qualità di mandante, di Geotec al RTI Palladio - non può considerarsi equivalente all'obbligo di eseguire direttamente il servizio in questione.

Come chiarito dalla giurisprudenza, infatti, *<< l'ipotesi contemplata dal secondo capoverso dell'articolo 89 contiene una disciplina più stringente e rigorosa, stabilendo che per i criteri relativi alle indicazioni dei titoli di studio e professionali o esperienze professionali pertinenti "tuttavia" (i.e. in deroga al regime ordinario) gli operatori possano avvalersi della capacità di altri soggetti "solo" se (i.e. a condizione che) questi ultimi eseguano direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richiesti [...]. Appurato, dunque, che il requisito in esame era qualificabile in termini di "esperienza professionale pertinente" e che fosse al contempo indispensabile per l'esecuzione delle prestazioni oggetto di appalto non può poi dubitarsi del fatto che il contratto di avvalimento dovesse contemplare l'assunzione da parte dell'ausiliaria di un concreto ed effettivo ruolo esecutivo >>* (Cons. Stato, sez. V, 3 aprile 2019, n. 2191).

Anche sotto questo profilo, in definitiva, il contratto di avvalimento stipulato tra Palladio e Geotec si palesa nullo, con conseguente legittimità del provvedimento di esclusione del raggruppamento adottato dall'Anas.

In conclusione, il ricorso è infondato e deve essere respinto.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza e sono poste in favore dell'Anas nella misura quantificata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna parte ricorrente al pagamento delle spese di lite in favore dell'Anas, in misura pari a € 2.000,00, oltre oneri accessori se e in quanto dovuti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 settembre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Daniele Dongiovanni, Consigliere

Lucia Maria Brancatelli, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Lucia Maria Brancatelli

IL PRESIDENTE
Antonino Savo Amodio

IL SEGRETARIO