

N. 00009/2017 REG.PROV.COLL.

N. 00219/2016 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento

(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Nel giudizio introdotto con il ricorso numero di registro generale 219 del 2016, proposto da: GSA – Gruppo Servizi Associati S.p.a. in persona del legale rappresentante Franco Naccari, in proprio e quale mandataria capogruppo della costituenda A.T.I con GIELLE di Luigi Galantucci, rappresentata e difesa dagli avvocati Luca Ponti, Luca De Pauli e Gianpiero Luongo, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Trento, via Serafini, n. 9

contro

la Provincia autonoma di Trento – Agenzia provinciale per gli appalti e contratti, in persona del Presidente pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Nicolò Pedrazzoli, Giuliana Fozzer e Sabrina Azzolini ed elettivamente domiciliata presso l'Avvocatura della Provincia in Trento, Piazza Dante, n. 15;

A.S.I.S. – Azienda speciale per la gestione degli impianti sportivi del Comune di Trento, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Mario Maccaferri ed elettivamente domiciliata presso il suo studio in Trento, via Grazioli, n. 27;

nei confronti di

CON. SOLIDA Società Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Roberta de Pretis, con domicilio eletto presso lo studio della stessa, in Trento, via Ss. Trinità, n. 14;

e LA SFERA; LE COSTE; ALISEI, Società Cooperative Sociali, non costituite in giudizio;

per l'annullamento, previa misura cautelare,

- del provvedimento della Provincia autonoma di Trento - APAC - Servizio appalti prot. n S171/2016/446436/3.5/1057/2015 del 26.08.2016 di aggiudicazione della procedura aperta sopra soglia comunitaria per il servizio di gestione accessi, gestione della sicurezza antincendio, di pulizia e servizi accessori presso impianti sportivi affidati in gestione ad A.S.I.S., CIG 6367316B60;

- dei presupposti verbali di gara n. 1683/2016, n. 1493/2015, n. 1562/2016 e n. 1644/2016;

- per quanto di ragione e ove occorra, del bando di gara nonché del chiarimento al quesito n. 2;

- di tutti gli atti a tali provvedimenti comunque connessi, presupposti e conseguenti;

per la declaratoria della nullità e/o inefficacia del contratto eventualmente nelle more stipulato in relazione alla procedura aperta de qua tra la stazione appaltante e la controinteressata, nonché per il risarcimento dei danni tutti, patiti e patienti dalla ricorrente a fronte ed in conseguenza dell'operato dell'Amministrazione resistente nella procedura di selezione per cui è ricorso, con conseguente condanna della medesima al risarcimento dei danni tutti cagionati alla ricorrente, con preferenza del ristoro in forma specifica.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Provincia autonoma di Trento, di A.S.I.S. e di CON.SOLIDA;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 gennaio 2017 il cons. Antonia Tassinari e uditi per le parti l'avv. Gianpiero Luongo, l'avv. Sabrina Azzolini, l'avv. Roberta de Pretis e l'avv. Mario Maccaferri;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La ricorrente GSA S.p.a., impresa che opera in particolare negli ambiti della sicurezza e formazione antincendio e dei servizi di front-line, portierato e reception, ha partecipato alla procedura di gara, indetta dalla Provincia autonoma di Trento – Agenzia provinciale per gli appalti e i contratti su delega di A.S.I.S. con bando pubblicato il 12 settembre 2015, per l'affidamento del servizio di gestione accessi, gestione della sicurezza antincendi, di pulizia e servizi accessori presso gli impianti sportivi affidati in gestione ad A.S.I.S. All'esito di tale procedura l'appalto, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per un importo a base di gara di € 9.300.690,00 e per una durata quinquennale suscettibile di rinnovo quadriennale, veniva affidato a CON.SOLIDA Società cooperativa sociale, aggiudicataria definitiva, mentre GSA S.p.a. si collocava al secondo posto della graduatoria.

2. Con riguardo al requisito di partecipazione, attinente alla capacità tecnica ed esperienza, dell'iscrizione alla Camera di commercio, industria, agricoltura ed artigianato per attività di pulizia ai sensi della L. 25.1.1994, n. 82 e dell'art. 3 del D.M. 7.7.1997 n. 274 in fascia di classificazione H (fatturato sino a € 6.197.483,00) o superiore, l'aggiudicataria CON.SOLIDA Scs, iscritta in fascia B, ha autocertificato il possesso del requisito stesso con rinvio alla dichiarazione di avvalimento. In altri termini il possesso del predetto requisito, relativamente all'aspetto della fascia di classificazione H richiesta, deriva dalla "messa a disposizione" dello stesso da parte delle imprese ausiliarie mediante il contratto di avvalimento. La somma complessiva dei fatturati relativi alle fasce in cui risultano iscritte le imprese ausiliarie di cui l'

aggiudicataria si avvale (La Sfera e Alisei fascia F fatturato sino a € 2.065.828,00, Le Coste fascia E fatturato sino a € 1.032.914,00) è stata ritenuta dalla stazione appaltante soddisfacente del requisito di iscrizione nella fascia H. Ritenendo illegittima l'aggiudicazione in favore di CON.SOLIDA Scs, in ragione della asserita mancanza del possesso del predetto requisito di partecipazione che avrebbe dovuto determinarne l'esclusione dalla gara, GSA S.p.a. ha proposto il ricorso in esame che è affidato ai seguenti motivi di diritto.

2.1 Violazione di legge (artt. 2.2 e 4.1 del bando integrale – art. 3 del D.M. 7 luglio 1997, n. 274 – art. 75 D. P. R. 28 dicembre 2000, n. 445 – artt. 41, 42 e 49 d.lgs 12 aprile 2006, n. 163 – artt. 1 e 4 l. 25 gennaio 1994, n. 82) - Difetto di istruttoria e di motivazione – Illegittimità propria e derivata

La dichiarazione sostitutiva di certificazione resa da CON.SOLIDA Scs, che si riferisce al possesso di iscrizione in fascia H rinviando alla dichiarazione di avvalimento ("vedasi dichiarazione di avvalimento"), non sarebbe di per sé corretta considerata l'iscrizione alla fascia B dell'aggiudicataria. Inoltre un requisito di natura soggettiva quale l'iscrizione alla C.C.I.A.A. nelle fasce di classificazione escluderebbe la possibilità dell'avvalimento.

2.2 Violazione di legge (artt. 2.2 e 4.1 del bando integrale – art. 3 del D.M. 7 luglio 1997, n. 274, artt. 41, 42 e 49 d.lgs 12 aprile 2006, n. 163 – artt. 1 e 4 l. 25 gennaio 1994, n. 82 – artt. 1346 e 1418 cod. civ.) - Difetto di istruttoria e di motivazione – Illegittimità propria e derivata

Qualora l'avvalimento fosse comunque ritenuto legittimo al fine di concretizzare il possesso di un requisito soggettivo di partecipazione alla gara, non sarebbe comunque sufficiente il generico richiamo alla disponibilità dei requisiti e delle risorse necessarie occorrendo, viceversa, ampia e specifica dimostrazione, che non emergerebbe dal contratto di avvalimento prodotto in sede di gara dall'aggiudicataria, assolutamente indeterminato nell'oggetto.

2.3 Violazione di legge (artt. 2.2 e 4.1 del bando integrale – art. 3 del D.M. 7 luglio 1997, n. 274 – artt. 41, 42 e 49 d.lgs 12 aprile 2006, n. 163 – artt. 1 e 4 l. 25 gennaio 1994, n. 82) - Difetto di istruttoria e di motivazione – Travisamento ed errore di fatto - Illegittimità propria e derivata

Il cumulo del requisito in questione da parte del consorzio CON.SOLIDA Scs e delle consorziate cooperative sociali La Sfera, Alisei e Le Coste, quantomeno per la modalità con cui è stato effettuato, non può essere consentito. In altri termini la mera sommatoria dei semplici importi di fatturato superiori relativi alle fasce di classificazione delle attività di pulizia, prevista dalla lex specialis, così come integrata dal chiarimento reso dalla stazione appaltante in risposta ad un quesito, non è sufficiente, occorrendo ulteriori requisiti di qualificazione non verificati. Inoltre, nel procedere alla sommatoria, dovrebbe eventualmente essere correttamente considerato non tanto l'importo massimo di fatturato della fascia di iscrizione, quanto l'effettivo fatturato fatto valere dalle singole imprese all'atto di conseguire le loro rispettive qualificazioni. Operando la sommatoria dei valori minimi (superiori di un euro alla fascia immediatamente inferiore) non verrebbe raggiunto il valore di fatturato della fascia H, requisito per una legittima partecipazione.

3. Con il ricorso è stata presentata l'istanza di sospensione, in via cautelare, dei provvedimenti impugnati. All'udienza in camera di consiglio del 27 ottobre 2017 le parti, concordemente, hanno chiesto una riunione alla discussione di merito di cui il Collegio ha preso atto, fissando l'odierna udienza pubblica.

4. L'amministrazione resistente e la controinteressata si sono costituite in giudizio diffusamente argomentando per la reiezione del ricorso.

5. In prossimità dell'udienza di discussione le difese delle parti hanno presentato ulteriori memorie riepilogative delle rispettive posizioni.

6. Alla pubblica udienza del 12 gennaio 2017 la causa è stata chiamata e quindi trattenuta per la decisione

DIRITTO

1 . La censura proposta con il primo motivo di ricorso non merita accoglimento.

In primo luogo la compilazione da parte di CON.SOLIDA Scs del modello di dichiarazione predisposto dalla stazione appaltante è corretta e immune da profili di non veridicità. CON.SOLIDA, aggiungendo la chiara e puntuale nota “*vedasi dichiarazione di avvalimento”, ha infatti integrato, specificandola, la dichiarazione relativa alla richiesta (e non posseduta direttamente) qualificazione in fascia H, e perciò è di tutta evidenza che non ne abbia falsamente dichiarato il possesso, ma abbia attestato il requisito mediante l’avvalimento delle qualificazioni possedute dalle tre imprese ausiliarie.

Quanto poi alla natura del requisito stesso, attinente alla capacità tecnica ed esperienza come certificate dall’iscrizione alla C.C.I.A.A nella fascia H, va premesso che, per consolidata giurisprudenza, l’ambito applicativo dell’istituto dell’avvalimento è limitato ai requisiti oggettivi di ordine speciale, economico - finanziari e tecnico - organizzativi (per tutte, C.d.S., sez. IV, n. 4406/2012; Id. n. 810/2012). Giova, peraltro, anche evidenziare che l’avvalimento è istituto di derivazione comunitaria di portata generale che, in quanto posto a presidio della libertà di concorrenza, non tollera comunque interpretazioni limitative volte a restringerne l’applicabilità, ad eccezione dei requisiti soggettivi inerenti alla moralità e alla onorabilità professionale a tutela della serietà ed affidabilità degli offerenti. La giurisprudenza del Consiglio di Stato ha, d’altra parte, “*definitivamente acquisito la legittimità del c.d. avvalimento frazionato ai sensi dell’art. 49 del codice dei contratti pubblici*” (cfr. sez. V, n. 2200/2014 e n. 277/2015) escludendo unicamente l’avvalimento cosiddetto a cascata, che elide il necessario rapporto diretto tra ausiliaria ed ausiliata (cfr. sez. V, n. 1251/2014; sez. III, 1072/2014).

Nella fattispecie in esame vale evidenziare che l’aggiudicataria possiede l’iscrizione all’Ente camerale, e che è solo tale iscrizione a caratterizzarsi soggettivamente, con conseguente impossibilità di sostituzione mediante avvalimento (cfr. Tar Calabria, n. 1/2014), mentre la determinazione della fascia di classificazione prende in considerazione unicamente il volume di affari, e quindi attiene a requisiti oggettivi speciali. Ciò risulta, d’altra parte, confermato da una corretta lettura delle determinazioni e deliberazioni dell’AVCP n. 2 del 2012 e n. 28 del 2013 e dalla recente sentenza del T.A.R. Liguria, sez. II, n. 1201/2016 richiamate dalla ricorrente, nonché dalla deliberazione n. 64/2009 dell’AVCP e dal pertinente parere ANAC 23 febbraio 2012, n. 22. Ne consegue, pertanto, sotto l’anzidetto profilo, la legittimità del ricorso all’avvalimento da parte dell’aggiudicatario, della relativa dichiarazione e della sua previsione nella disciplina di gara.

2. Anche il secondo motivo del ricorso è infondato.

Il contratto di avvalimento in esame, comprendente quali parti integranti dichiarazioni dell’ausiliata e delle ausiliarie e gli elenchi delle risorse messe a disposizione da queste ultime, reca in sé gli elementi di determinatezza dell’oggetto richiesti ai fini della sua validità. I requisiti, le risorse e i mezzi messi a disposizione dell’ausiliata, in quanto specificatamente indicati nelle dichiarazioni ed elenchi allegati al contratto, risultano determinati in modo compiuto ed esauriente, e gli impegni assunti, ivi compresa la solidale responsabilità con l’ausiliata della corretta esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto, sono stati indicati in forma non generica come decorrenti dalla data del contratto e per tutta la durata dell’appalto, realizzando, pertanto, il trasferimento all’aggiudicataria di capacità tecniche e di esperienza. In altri termini, il possesso per relationem dei requisiti per concorrere, che caratterizza l’istituto dell’avvalimento, ha comprovato l’effettiva disponibilità dei mezzi da parte dell’aggiudicataria, coerentemente con quanto chiarito dall’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 4 novembre 2016, n. 23 che, in sintonia con il soprariportato principio della portata generale dell’istituto stesso, ha chiarito che le disposizioni del codice dei contratti pubblici vanno interpretate nel

sensu di non configurare la nullità del contratto di avvalimento nell'ipotesi in cui una parte dell'oggetto, pur non essendo puntualmente determinata, sia tuttavia agevolmente determinabile.

In conclusione, la dichiarazione resa dall'aggiudicatario nella fattispecie in esame deve ritenersi soddisfacente del requisito posto dal bando, in forza del possesso acquisito mediante l'avvalimento.

3. Infine apprezzamento favorevole non merita neppure il terzo motivo di doglianza.

Vale considerare, in primo luogo, che la partecipazione alla gara del consorzio CON.SOLIDA Scs, mediante avvalimento, risulta pacificamente dagli atti e legittimamente essendo la suddetta modalità prevista anche per i consorzi dall'art. 49 del d. lgs. 136/2006. A nulla quindi rileva, quanto al requisito dell'iscrizione alla fascia H, la natura di consorzio dell'aggiudicatario, posto che comunque essa, tramite il contratto di avvalimento, possiede tale requisito.

Infine, va confermata la legittimità della modalità di calcolo, applicato dalla stazione appaltante, del cumulo necessario al raggiungimento della qualificazione in fascia H, costituita, alla luce del d.m. 274/1997, dalla "somma dei singoli importi di classificazione" delle imprese consorziate e non dalla somma degli importi relativi alla fascia inferiore (superiori di un euro alla fascia immediatamente inferiore).

In definitiva, il ricorso deve essere respinto in quanto infondato.

Le spese del giudizio possono essere compensate tra le parti, in ragione della particolarità della fattispecie.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa per la Regione autonoma del Trentino – Alto Adige/Südtirol, sede di Trento, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe indicato, lo respinge.

Spese del giudizio compensate tra le parti.

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

Così deciso in Trento nella camera di consiglio del giorno 12 gennaio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Roberta Vigotti, Presidente

Carlo Polidori, Consigliere

Antonia Tassinari, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Antonia Tassinari

Roberta Vigotti

IL SEGRETARIO