



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 Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 863 del 2017, proposto da:

Kapsch Trafficom S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Maurizio Mengassini, Sergio Massimiliano Sambri, Simone Pettiti, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Simone Pettiti in Torino, via Saluzzo, 78;

contro

Patrimonio Città di Settimo Torinese, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Alessandro Mazza, Manuela Sanvido, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Alessandro Mazza in Torino, via Grassi N. 9;

per l'annullamento

1) del provvedimento dell'11 agosto 2017 (prot. n. 578) pronunciato dalla Patrimonio Città di Settimo Torinese S.r.l. di esclusione dalla procedura di dialogo competitivo, ex art. 64 del D.lgs. n. 50/2016, per l'aggiudicazione del servizio di gestione dei parcheggi nel Comune di Settimo Torinese, nonché per l'attribuzione, ai sensi dell'art. 953 c.c., del diritto di superficie a

tempo indeterminato su strutture immobiliari adibite a parcheggio indetta con avviso di gara pubblicato in GUUE in data 3 maggio 2017;

2) di tutti gli atti preordinati, consequenziali e comunque connessi al provvedimento principalmente impugnato, incluso il provvedimento 11 luglio 2017 con cui la Patrimonio Città di Settimo Torinese S.r.l. ha inviato all'odierna Ricorrente una comunicazione (prot. n. 470) volta ad attivare la procedura di soccorso istruttorio, ai sensi degli articoli 83 del Codice e 11.7 del Disciplinare di gara, sul preteso presupposto che sarebbe risultata mancante, nella documentazione presentata in relazione ai contratti di avvalimento delle imprese ausiliarie, una dichiarazione resa congiuntamente dal concorrente e dall'ausiliaria, afferente la specifica individuazione della parte di azienda, messa a disposizione dell'offerente e sottratta alla disponibilità dell'ausiliario per tutta la durata della concessione.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Patrimonio Città di Settimo Torinese;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 marzo 2018 la dott.ssa Silvana Bini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

I) Patrimonio Città di Settimo Torinese, concessionaria dei servizi di manutenzione urbana del Comune di Settimo Torinese, (da ora anche solo Patrimonio), ha indetto una procedura di dialogo competitivo, ex art. 64 del D.lgs. n. 50/2016, per l'aggiudicazione del servizio di gestione dei parcheggi nel Comune di Settimo Torinese, nonché per l'attribuzione, ai

sensi dell'art. 953 c.c., del diritto di superficie a tempo indeterminato su strutture immobiliari adibite a parcheggio, con avviso di gara pubblicato in GUUE in data 3 maggio 2017.

La Società ricorrente ha partecipato alla selezione e al fine di soddisfare i requisiti minimi richiesti dal disciplinare di gara agli articoli 6.1.a), 6.1.b), 7.1.b) e 7.1.c), ha dichiarato di volersi avvalere dei requisiti, delle risorse e dell'organizzazione in possesso delle imprese A.J. Mobilità S.r.l., Kapsch TrafficCom AG, Sibestar S.r.l. e Intercomp S.p.A., nei limiti specificati nella medesima dichiarazione.

In caso di avvalimento, in base all'art. 89 del Codice, richiamato dal Disciplinare di gara all'art. 12.1.C), il concorrente doveva allegare (i) una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'art. 80 del Codice dei contratti pubblici e dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento (a tal proposito, l'ausiliaria predispone un proprio DGUE contenente le relative informazioni), (ii) una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la Patrimonio a mettere a disposizione, per tutta la durata dell'appalto, le risorse necessarie di cui è carente il ricorrente, (iii) l'originale o la copia autentica del contratto.

La stazione appaltante ha chiesto, attivando il soccorso istruttorio, la dichiarazione congiunta del concorrente e dell'ausiliario, con applicazione della sanzione di € 5.000,00 ai sensi dell'art 83 comma 9, allora vigente. A seguito della risposta della ricorrente, che ha ritenuto di ribadire la completezza della documentazione, la stazione appaltante ha escluso la ricorrente, in quanto risultava "mancante, nella documentazione presentata in relazione ai contratti di avvalimento delle imprese ausiliarie, una dichiarazione resa congiuntamente dal concorrente e dall'ausiliaria, afferente la specifica individuazione della parte di azienda (...) messa a

disposizione dell'offerente e sottratta alla disponibilità dell'ausiliario per tutta la durata della concessione”.

La ricorrente, ritenendo illegittima la dichiarazione richiesta, in quanto sostanzialmente riepilogativa delle dichiarazioni unilaterali già prodotte conformemente al dato normativo, ha proposto il presente ricorso, articolando le seguenti censure:

violazione degli artt. 24, 41 e 97 della Costituzione; violazione e falsa applicazione degli artt. 83, 89 d.lgs. 50/2016, artt. 3 e 6, l. 241/1990; violazione dell'art. 12.1, lett. c) della lex specialis di gara. Violazione del principio di non aggravamento del procedimento e di tutela dell'interesse pubblico alla più ampia partecipazione alle gare. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, manifesta illogicità, contraddittorietà e infondatezza:

la stazione appaltante ha richiesto una dichiarazione resa congiuntamente al concorrente e all'ausiliaria afferente la specifica parte di azienda messa a disposizione dell'offerente e sottratta alla disponibilità dell'ausiliario per tutta la durata della concessione. Si tratta di una richiesta che non ha alcun fondamento normativo, né nel codice dei contratti né nella lex specialis, che si limitano a richiedere, oltre ad una dichiarazione del concorrente con cui si informa la stazione appaltante di avvalersi dei requisiti e delle risorse di altre imprese, due dichiarazioni sottoscritte dalla sola impresa ausiliaria e il contratto, necessariamente bilaterale. La ricorrente ha fornito tutti i documenti richiesti dal punti 12 lett. C del Disciplinare, relativamente ai contratti di avvalimento. Sostiene altresì l'illegittimità del ricorso al soccorso istruttorio, non essendo riscontrabili carenze documentali, dal momento che il contenuto dei contratti di avvalimento non era generico, ma conteneva articolate previsioni di supporto da parte dell'ausiliaria.

Si è costituita in giudizio l'Amministrazione, sollevando in via preliminare l'eccezione di mancata notifica al controinteressato, nel merito chiedendo il rigetto del ricorso.

Con ordinanza n.431 del 12.10.2017 la domanda cautelare è stata respinta, non ritenendo il ricorso *“positivamente apprezzabile sotto il profilo del fumus boni iuris, atteso che:*

- la legge di gara punto 12, lett. C) del disciplinare, richiedeva la produzione del 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;

- detto requisito è risultato mancante, nella documentazione presentata in relazione ai contratti di avvalimento delle imprese ausiliarie, stante la formula generica utilizzata dalla ricorrente (“l'impresa ausiliaria è in possesso di risorse e di organizzazione utili all'esecuzione dei contratti relativi a servizi inerenti a quello oggetto di affidamento”*);*

- è legittima la decisione di esperire il soccorso istruttorio, cui la partecipante poteva aderire, riservandosi la facoltà di contestare l'applicazione della sanzione”.

Con ordinanza n. 5522 del 15.12.2017 il Consiglio di Stato sez. V rigettava l'istanza cautelare, rilevando *“il carattere complessivamente generico degli impegni assunti dalle imprese ausiliarie”.*

All'udienza del 21 marzo 2018 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

II) Il ricorso è infondato, per cui si può prescindere dall'esame dell'eccezione preliminare.

2.1 Il Collegio non ravvisa infatti motivi, anche dopo la puntuale memoria ex art 73 c.p.a. di parte ricorrente, per non confermare l'orientamento espresso in sede cautelare, confermato anche in appello.

2.2 La ricorrente sostiene, in estrema sintesi, che sarebbero state violate le disposizioni in materia di avvalimento e di soccorso istruttorio, perché la stazione appaltante avrebbe preteso una dichiarazione congiunta non necessaria e avrebbe erroneamente ritenuto non adeguato il contratto di avvalimento.

Rispetto all'avvalimento, la stazione appaltante ha riscontrato la genericità del contratto, in quanto l'ausiliaria si limita ad affermare di essere in possesso di risorse e organizzazione utili all'esecuzione dei contratti relativi a servizi inerenti a quello oggetto di affidamento.

Il testo ritenuto non sufficiente ha il seguente contenuto: *“in particolare si impegna allo svolgimento del servizio mettendo a disposizione dell'Impresa ausiliata ogni bene materiale e immateriale, le proprie risorse di carattere economico, finanziario e organizzativo nonché il proprio personale dipendente, i propri dirigenti e quadri tecnici, le attrezzature e il know how per lo svolgimento del servizio oggetto di affidamento. Senza che l'elencazione abbia carattere esaustivo, l'Impresa ausiliaria si obbliga a fornire all'impresa ausiliata le seguenti risorse: consulenza relativa alla ingegneria sulla viabilità; risorse per l'installazione e per la manutenzione di sistemi di sosta a pagamento, nonché per sistemi della sicurezza e per il controllo accessi; risorse per l'installazione e per la manutenzione della segnaletica orizzontale e verticale; consulenza per l'installazione e per la manutenzione di sistemi di sosta a pagamento, nonché per sistemi della sicurezza e per il controllo accessi; consulenza e/o formazione per l'installazione e la manutenzione della segnaletica orizzontale e verticale; l'impresa ausiliaria conferisce mandato all'impresa ausiliata ad attingere dalle risorse come sopra messe a disposizione dalla stessa nella misura necessaria per dare esecuzione alle attività sopra elencate”*.

In disparte la circostanza che la ricorrente non ha osservato l'espressa prescrizione di produrre una dichiarazione congiunta, ma anche solo soffermandosi sul contenuto del contratto è indubbio che sia corretto il giudizio di non idoneità per genericità, laddove l'atto non specifica quale parte di azienda venga messa a disposizione della società ricorrente, ma si limita a menzionare in termini generici “risorse” senza alcuna concretezza.

Secondo l'orientamento prevalente in materia di contratto di avvalimento, è necessario che questo indichi in modo specifico le risorse e il proprio

apparato organizzativo di cui la società ausiliaria si priva prestandole ad un altro soggetto, presentando quindi un appropriato grado di determinatezza o determinabilità, come richiesto sul terreno civilistico dagli artt. 1325, 1346 e 1418 c.c., e come funzionale ad evitare aggiramenti al sistema dei requisiti di ingresso alle gare pubbliche (cfr. Cons. Stato, sez. V, 27 gennaio 2016, n. 264, e 6 giugno 2016, n. 2384).

Si è invece di fronte alla mera riproduzione tautologica della formula legislativa, ogni qual volta si dichiara la messa a disposizione delle "risorse necessarie di cui è carente il concorrente", o si faccia ricorso a espressioni equivalenti, con conseguente legittimità dell'esclusione dalla gara pubblica dell'impresa che abbia fatto ricorso all'avvalimento producendo un contratto che non contiene alcuna analitica e specifica elencazione od indicazione delle risorse e dei mezzi in concreto prestati (Cons. Stato, sez. III, 18 aprile 2011, n. 2344; sez. V, 6 agosto 2012, n. 4510; sez. IV, 16 gennaio 2014, n. 135; 17 ottobre 2012, n. 5340; sez. VI, 13 giugno 2013, n. 3310; sez. III, 3 settembre 2013, n. 4386).

Applicando tali condivisibili principi alla fattispecie in esame, il Collegio ritiene che l'oggetto del contratto di avvalimento stipulato dall'impresa ricorrente difetti del necessario grado di determinatezza o determinabilità richiesto dalla legge: in tutti i contratti prodotti la formula è generica, contrariamente a quanto specificato nella *lex specialis* laddove si richiede che nel contratto di avvalimento vi sia una indicazione specifica dei mezzi e delle risorse messe a disposizione.

Appare evidente che dal contenuto del contratto di avvalimento non è dato desumere gli elementi sufficienti a rendere chiaro, concreto ed esauriente l'impegno delle imprese ausiliarie in relazione alle risorse ed all'apparato organizzativo che intendano mettere a disposizione delle ditte ausiliate.

Tra l'altro si è di fronte ad un avvalimento frazionato, per cui è necessaria ancora di più l'indicazione di quali mezzi vengano messi a disposizione da parte delle diverse imprese.

Alla stregua della giurisprudenza richiamata, non può che rilevarsi la nullità del contratto di avvalimento stipulato tra la ricorrente e le ausiliare, stante l'impossibilità per la stazione appaltante di conoscere ex ante, secondo le regole dell'evidenza pubblica, quali siano i requisiti e le risorse concretamente prestati alle ausiliate.

A questo punto la questione del soccorso istruttorio diviene irrilevante, poiché la giurisprudenza sia anteriore all'entrata in vigore del D. Lgs. n. 50/2016, sia successiva ha messo in evidenza che la nullità per indeterminatezza ed indeterminabilità dell'oggetto dei contratti di avvalimento osta all'attivazione del soccorso istruttorio, attesa l'inidoneità dei medesimi a produrre effetti (T.A.R. Sardegna, sez. I, 22 dicembre 2015, n. 1230).

III) Il ricorso va quindi respinto.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate nel dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna la società ricorrente al pagamento delle spese di giudizio, a favore del Patrimonio Città di Settimo Torinese, quantificate in € 2.000,00 (duemila,00), oltre oneri di legge.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 21 marzo 2018 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Silvana Bini, Consigliere, Estensore

Roberta Ravasio, Consigliere

Silvana Bini

Domenico Giordano

IL SEGRETARIO