

Pubblicato il 26/10/2020

N. 10912/2020 REG.PROV.COLL.

N. 04176/2020 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 Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4176 del 2020, proposto da Moretti Industry S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Marco Valentini, Tommaso Rossi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio Tommaso Rossi in Ancona, via Baccarani, 4;

contro

Ministero della Difesa, Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Da.Fa. Arredo Design S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Luigi Diego Perifano, Mario Perifano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento, previa adozione di misura cautelare,

- della nota del Comando Generale dell'arma dei Carabinieri- Centro Unico Contrattuale- prot. 1501/7/21-42-2019 del 7 aprile 2020, avente ad oggetto “Procedura aperta per la conclusione di n.2 accordi quadro, per la fornitura di n. 2377 posti letto per le esigenze dei Reparti dell'organizzazione addestrativa dell'Arma dei Carabinieri”. LOTTO 1 “Fornitura di n.1582 posti letto per Allievi Carabinieri”. C.I.G. 799905877A- C.U.P. D59E19001120001. Comunicazione dell'aggiudicazione ai sensi dell'art. 76 d.lg.s.50/2016”, nonché del relativo avviso di aggiudicazione di appalto nella parte in cui si aggiudica il lotto 1 alla DA.FA. Arredo Design Srl di Benevento in avvalimento con la Pantarei Srl ;

-del Decreto n.300 R.U.A. del 1/4/2020 del Capo di Stato Maggiore del Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri VI Reparto-SM - Ufficio Approvvigionamenti, nella parte in cui è stata decretata, dopo l'approvazione dei verbali di gara, l'aggiudicazione del lotto 1 a DA.FA. Arredo Design Srl di Benevento in avvalimento con la Pantarei Srl;

-del Verbale del Sedgio di gara nr. 11311 del 30/3/2020, nella parte in cui il sedgio di gara ha ritenuto idoneo per il lotto 1 l'operatore economico DA.FA. Arredo Design Srl di Benevento in avvalimento con la Pantarei Srl, ritenendo comprovato il possesso dei requisiti di capacità tecnico-professionale previsti e confermando la proposta di aggiudicazione;

-del Verbale nr. 1113 di Rep. Dir. Com del 11/2/2020 del Comando Generale dell'arma dei Carabinieri- IV Reparto- Direzione di Commissariato- Commissione di verifica sul possesso dei requisiti di capacità tecnico professionale, nella parte in cui ha constatato con esito favorevole il possesso dei requisiti economico-finanziari e di capacità tecnico professionale dell'aggiudicatario del lotto 1 DA.FA. Arredo Design Srl di Benevento in avvalimento con la Pantarei Srl ;

-del Verbale del Seggio di gara n. 11250 del 8/1/2020, nella parte in cui si è proposto di aggiudicare il lotto 1 a DA.FA. Arredo Design Srl in avvalimento con la Pantarei Srl;

-di ogni altro atto presupposto, antecedente e conseguente, in particolare di tutti i provvedimenti propedeutici e successivi connessi all'aggiudicazione del lotto 1 alla DA.FA. Arredo Design Srl in avvalimento con la Pantarei Srl, ivi compresi il Bando, il Disciplinare, il Capitolato Speciale d'Appalto nonché i relativi allegati, le comunicazioni della Stazione Appaltante (anche riguardanti il soccorso istruttorio) e tutta la documentazione di gara, nella parte in cui abbiano un qualsiasi effetto sull'aggiudicazione del lotto 1 alla DA.FA. Arredo Design Srl in avvalimento con la Pantarei Srl;

nonché per la declaratoria dell'inefficacia del contratto, riguardante il lotto 1 ove medio tempore stipulato dalla stazione appaltante con la DA.FA. Arredo Design Srl in avvalimento con la Pantarei Srl;

nonché per la declaratoria dell'illegittimità dell'aggiudicazione alla DA.FA. Arredo Design Srl di Benevento in avvalimento con la Pantarei Srl del LOTTO 1 “Fornitura di n.1582 posti letto per Allievi Carabinieri”. C.I.G. 799905877A” della “Procedura aperta per la conclusione di n.2 accordi quadro, per la fornitura di n. 2377 posti letto per le esigenze dei Reparti dell'organizzazione addestrativa dell'Arma dei Carabinieri”- C.U.P. D59E19001120001 e della relativa graduatoria di gara per quanto attiene al posizionamento quale prima classificata della Da.Fa. Arredo Design Srl in avvalimento con la Pantarei Srl.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Da.Fa. Arredo Design S.r.l. e di Ministero della Difesa e di Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 ottobre 2020 il dott. Fabrizio D'Alessandri e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Parte ricorrente ha impugnato i provvedimenti di cui in epigrafe con i quali è stata disposta l'aggiudicazione in favore di DA.FA. Arredo Design S.r.l. di Benevento, in avvalimento con la Pantarei S.r.l., del lotto 1 della procedura di gara per la conclusione di n.2 accordi quadro, per la fornitura di n.2377 posti letto per le esigenze dei Reparti dell'organizzazione addestrativa dell'Arma dei Carabinieri, indetta dal Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri VI Reparto-SM - Ufficio Approvvigionamenti, nonché il bando e i successivi verbali.

In particolare, con determinazione a contrarre n. 756 R.U.A. del 1° agosto 2019, l'Amministrazione ha autorizzato la procedura di gara aperta con criterio di aggiudicazione al miglior prezzo, suddivisa in due lotti, per la conclusione di n.2 accordi quadro, per la “Fornitura di n.1582 posti letto per Allievi Carabinieri”, del valore di € 1.622.950,56 Iva esclusa (lotto 1); nonché per la “Fornitura di n. 793 posti letto per Allievi Marescialli”, del valore di € 845.004,94 Iva esclusa (lotto 2), il cui bando è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della UE (n.2019/S 194-470979 del 8/10/2019) e nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana- 5 Serie Speciale Contratti Pubblici (n. 118 del 7/10/2019) .

All'esito dell'apertura delle buste di gara risultavano aver partecipato tre operatori economici per entrambi i lotti, tra i quali l'odierna ricorrente e la controinteressata, che partecipava avvalendosi dei requisiti di altra impresa.

A queste ultime venivano domandate, mediante soccorso istruttorio, integrazioni documentali che l'odierna istante provvedeva a inoltrare alla Stazione Appaltante.

Anche la controinteressata provvedeva a far pervenire al seggio di gara la documentazione richiesta, il quale a seguito di ulteriori richieste integrative, il 7 aprile 2019 ne dichiarava l'idoneità con riferimento al lotto 1.

Il lotto 1 veniva aggiudicato alla controinteressata DA.FA. Arredo Design S.r.l.

La ricorrente, dopo aver domandato ed ottenuto l'ostensione di tutta la documentazione relativa alle fasi di gara, invitava la stazione appaltante a revocare in autotutela il provvedimento di aggiudicazione.

Non avendo l'Amministrazione provveduto in tal senso, l'odierno istante ha incardinato il presente giudizio, censurando con la mancanza dei requisiti di capacità tecnico-professionale da parte della aggiudicataria, per la carenza del fatturato specifico, nonché la carenza del possesso dei macchinari per fase essenziale di lavorazione relativa alla Verniciatura richiesti dalla lex specialis. Lamenta, inoltre, la genericità del contratto di avvalimento per la mancata indicazione nello stesso dei requisiti di capacità tecnico-professionale prestati.

Il ricorso è stato accompagnato da domanda di conseguimento dell'aggiudicazione, nonché di disposizione di misure cautelari.

L'Amministrazione resistente e la controinteressata si sono costituite rispettivamente l'11 e 15 giugno 2020 resistendo al ricorso.

L'adito T.A.R., con ordinanza n. 4382/2020, ha accolto l'istanza cautelare "Atteso che, prima facie, il ricorso appare supportato da profili di fumus boni iuris, quantomeno sul profilo inerente alla genericità del contratto di avvalimento, tenuto conto che si tratta di un avvalimento avente carattere tecnico - operativo".

La causa è stata trattenuta in decisione all'udienza pubblica del 9.10.2020.

DIRITTO

1) Il ricorso si palesa fondato.

2) Con primo motivo di ricorso, l'odierno istante ha censurato violazione e falsa applicazione degli artt. 83 e 86 d.lgs.50/2016, con riferimento alla circostanza che l'aggiudicataria non avrebbe soddisfatto i requisiti di capacità tecnico-professionale previsti dall'art. III.2.3) del Bando di gara e 7.3 del Disciplinare.

In particolare, la Stazione Appaltante nella lex specialis richiedeva, ai fini del possesso del requisito della capacità tecnico-professionale, un fatturato specifico, "relativo a prodotti finiti analoghi per materia prima utilizzata (manufatti in legno) a quelli per cui si chiede di partecipare, la cui media annua (IVA esclusa) deve essere pari ad almeno il valore di ciascun lotto in gara", da comprovarsi mediante l'elenco di forniture, realizzate nel triennio 2016-18.

La parte ricorrente ha censurato la circostanza che Commissione di gara, ai fini del possesso del suddetto requisito, ha riparametrato per la DA.FA. il fatturato specifico necessario, considerando solo il biennio 2017-2018, in quanto quest'ultima è iscritta alla CCIAA solo dal maggio 2016. In sostanza, il requisito previsto nel bando è stato riparametrato tenendo presente la data di costituzione dell'impresa e gli anni di effettivo esercizio.

Questa operazione di riparametrazione risulta illegittima.

Il Collegio, infatti, condivide la tesi secondo cui è possibile operare una tale riparametrazione in base agli anni di effettivo esercizio per il requisito meramente finanziario della capacità economica, quale il fatturato globale, anche in conformità ai principi di massima partecipazione indicati da ANAC (Delibere ANAC n. 1349 del 20 dicembre 2017 e n. 711 del 23 luglio 2019).

Nel caso di una impresa che operi da una data che non consenta di raggiungere il lasso di tempo richiesto dal bando, la sussistenza del requisito della capacità finanziaria, difatti, ben può essere dimostrato tenendo conto di un periodo di tempo minore, sulla base della media annua del periodo di effettiva operatività dell'impresa, offrendo tale riparametrazione sufficienti garanzie in merito alla solidità finanziaria

e alla possibilità dell'aggiudicataria di assumersi gli oneri delle spese del successivo affidamento.

Ciò, tuttavia, non è possibile con riferimento ai requisiti di "esperienza", quali il fatturato specifico, ossia a requisiti riferiti allo svolgimento di una determinata attività di impresa per un certo numero di anni.

La ratio del requisito del fatturato specifico è garantire che l'impresa aggiudicataria abbia l'esperienza sufficiente a gestire in modo soddisfacente l'appalto.

Il fatturato specifico richiesto per un certo tempo costituisce, infatti, una misura dell'esperienza del partecipante nell'attività oggetto di gara, che certo non può essere riparametrata in base agli effettivi anni d'iscrizione alla camera di commercio di appartenenza.

In questo senso, è proprio l'ANAC a specificare che "La capacità tecnico-professionale è funzionale a selezionare operatori economici in grado di assicurare un livello adeguato di esperienza, capacità e affidabilità, valutandone l'attitudine di "sapere" svolgere, a regola d'arte e con buon esito, il servizio o la fornitura oggetto di affidamento anche sulla scorta delle pregresse esperienze professionali" (Delibera ANAC n. 711 del 23 luglio 2019).

Riparametrare il requisito sulla base dell'effettivo periodo di tempo (inferiore a quello richiesto in bando) di operatività dell'azienda (ovverosia a partire dal momento in cui l'attività ha avuto avvio) comporterebbe la violazione di tale ratio, perché non verrebbe assicurata l'esperienza ritenuta necessaria.

In queste ipotesi, l'assenza di tale requisito può eventualmente essere compensata mediante il ricorso all'avvalimento (se non con il ricorso al raggruppamento temporaneo di imprese), che garantisce il rispetto la finalità indicata.

In conclusione, il Collegio ritiene che, avendo l'Amministrazione previsto i menzionati livelli fatturato specifico per un triennio, l'operata riparametrazione del calcolo del requisito in questione per l'aggiudicataria sia illegittima.

3) Si palesa fondata anche la censura inerente all'assenza del possesso dei macchinari necessari per la verniciatura, come previsto nella lex specialis di gara.

Il Collegio ritiene, conformemente a quanto censurato da parte ricorrente, che l'autocertificazione presentata dall'ausiliaria Pantarei S.r.l., nella quale si indica un impianto di verniciatura utilizzato ("che frequentemente utilizziamo"), senza indicare alcun titolo di possesso o disponibilità dei suddetti macchinari. La dichiarazione è, infatti, troppo generica per comprovare il possesso o, comunque, il titolo di utilizzo di tali macchinari.

Né può avere pregio l'argomentazione difensiva secondo cui nella fornitura in oggetto non è prevista nessuna lavorazione in verniciatura, in quanto, indipendentemente dalla veridicità di tale circostanza, il requisito è stato fissato nella lex specialis e l'aspirante concorrente che ne fosse stato privo avrebbe avuto l'onere di impugnare il bando per far valere l'illegittimità del richiesto requisito.

4) Con secondo motivo di ricorso l'odierna istante ha censurato la violazione e falsa applicazione degli artt. 83 e 89 d.lgs.50/2016; nonché degli artt. III.2.3) del bando di gara e 7.3 del disciplinare di gara in ordine alla mancata indicazione nel contratto di avvalimento dei requisiti di capacità tecnico-professionale prestati.

In particolare, il contratto di avvalimento tra l'aggiudicataria e l'ausiliaria, riferito al requisito economico, tecnico e tecnico professionale richiesto, nell'ultimo triennio dell'impresa ausiliaria, , risulterebbe stato troppo generico, in violazione dell'art. 89 del codice dei contratti pubblici, così come modificato dall'art. 56, comma 1, lett. a), del d.lgs. 19/4/2017, il quale prevede, a pena di nullità, che il contratto di avvalimento rechi l'indicazione specifica dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria.

La violazione si riferirebbe, inoltre ,alla stessa legge di gara, la quale richiede articolata indicazione dei requisiti di capacità tecnica e delle risorse produttive necessarie, nonché l'organizzazione complessiva dell'impresa.

A detta di parte ricorrente dunque, la Commissione di gara avrebbe dovuto escludere la controinteressata.

La censura come sopra riportata, già valutata ai fini della sussistenza del fumus boni iuris in sede di concessione della tutela cautelare, si rivela fondata.

Trattandosi di un avvalimento tecnico - operativo, il relativo contratto deve essere specifico e indicare i mezzi messi a disposizione dell'ausiliata per l'esecuzione dell'appalto, mentre il contratto di avvalimento in questione è evidentemente generico.

Il contratto di avvalimento, infatti, presenta dunque una funzione non solamente diretta a colmare il gap del concorrente rispetto ai requisiti di partecipazione, procurandosi risorse finanziarie ed operative di cui lo stesso è carente, ma anche e soprattutto a garantire la stazione appaltante sulla serietà ed affidabilità dell'impresa concorrente e dunque sulla sua idoneità ad eseguire correttamente le prestazioni messe in gara (T.A.R. Campania Napoli Sez. III, 07-01-2020, n. 51).

L'ottica pro concorrenziale dell'istituto, che deve tuttavia essere bilanciata con l'esigenza di garantire alla stazione appaltante un aggiudicatario affidabile; a garanzia del fatto che il prestito di mezzi e risorse da parte dell'ausiliaria a favore dell'ausiliata deve essere concreto ed effettivo e non meramente cartolare e astratto.

Nel caso di avvalimento tecnico od operativo, ovvero avente a oggetto requisiti diversi rispetto a quelli di capacità economico-finanziaria, sussiste sempre l'esigenza di una messa a disposizione in modo specifico di risorse determinate (Cons. Stato, Sez. V, 5 aprile 2019, n. 2243) e va esclusa la validità del contratto di avvalimento che applichi formule contrattuali del tutto generiche, ovvero meramente riprodottrici del dato normativo o contenenti parafrasi della clausola della lex specialis descrittiva del requisito oggetto dell'avvalimento stesso (Cons. Stato, Sez. V, 14 giugno 2019 n. 4024; Cons. Stato, Sez. V, n. 6651/2018).

A tale riguardo, non è idonea a supplire tale genericità la presenza di un elenco di beni e risorse inerente all'esecuzione dell'appalto, sottoscritta in univocamente dall'impresa ausiliata, neppure sotto il profilo della determinabilità dell'oggetto del contratto di avvalimento.

Ciò neppure tenendo conto della Delibera ANAC n. 121 del 12 febbraio 2020 richiamata dalla controparte e dell'insegnamento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (4 novembre 2016, n. 23; successivamente Cons. Stato, Sez. V, n. 2243 del 2019) che - per se in vigore della normativa precedente a quella attualmente vigente del richiamato art. 89, comma 1, del codice dei contratti pubblici - ha affermato la validità, ai fini delle procedure di appalto, del contratto di avvalimento il cui contenuto relativamente ai mezzi prestati, pur se non essendo puntualmente determinata sia tuttavia agevolmente determinabile dal tenore complessivo del documento, e ciò anche in applicazione degli articoli 1346, 1363 e 1367 del codice civile.

La dichiarazione unilaterale di un elenco di beni inerenti all'appalto non fa parte del contratto di appalto, non costituendone un suo allegato, ma al più può essere considerata come una dichiarazione volta alla Stazione appaltante come indicazione a quest'ultima dei mezzi messi a disposizione.

Da un lato, quindi, come chiarito dalla giurisprudenza, ai fini della determinazione del contenuto necessario per il contratto di avvalimento nelle gare di appalto, si è stabilita una distinzione tra requisiti generali (requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico-organizzativo, ad es. il fatturato globale o la certificazione di qualità) e risorse: per queste ultime è necessaria una "messa a disposizione in modo specifico", in quanto solo le risorse possono rientrare nella nozione di beni in senso tecnico-giuridico, cioè di "cose che possono formare oggetto di diritti" ex art. 821 c.c; con il corollario che in questa ipotesi l'oggetto del contratto di avvalimento deve essere determinato, in tutti gli altri casi essendo sufficiente la sua semplice

determinabilità (Cons. Stato Sez. V, 10 aprile 2020, n. 2359; V, 16 luglio 2018, n. 4329; V, 26 novembre 2018, n. 6690).

Dall'altro la giurisprudenza amministrativa distingue nettamente il contratto di avvalimento dalla dichiarazione (anch'essa prevista nell'art. 89 del codice dei contratti pubblici) che l'ausiliaria deve fare nei confronti della stazione appaltante, indicando come i due atti per quanto entrambi necessari, debbano restare distinti e assolvano a funzioni differenti, in modo che non può ritenersi che uno possa integrare l'altro.

L'art. 89, comma 1, del d.lgs. n.50 del 2016, distingue la dichiarazione con cui l'ausiliaria 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, dal contratto di avvalimento.

Ai fini dell'avvalimento vanno, infatti, tenuti distinti i documenti che l'art. 89 del Codice dei contratti pubblici prescrive debbano essere prodotti dal concorrente che vi fa ricorso, in quanto il contratto ha un'efficacia inter partes; con lo stesso l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente ausiliato a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto. L'impresa ausiliaria si obbliga, invece, nei confronti della stazione appaltante con separata dichiarazione, mediante la quale mette a disposizione, per tutta la durata del contratto, le risorse necessarie di cui è carente il concorrente.

Tale distinzione discende proprio dalla previsione dell'art. 89, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016, che richiede di tenere distinto il contratto di avvalimento dalla dichiarazione; lungi dal costituire un mero formalismo, tale dichiarazione è fondamentale perché l'ausiliario assuma direttamente nei confronti della stazione appaltante gli obblighi di mettere a disposizione del concorrente i requisiti e le risorse di cui quest'ultimo è carente, laddove il contratto di avvalimento è fonte per il

medesimo ausiliario di obblighi nei soli confronti del concorrente (Cons. Stato, Sez. V, 22 ottobre 2019, n. 7188; Cons. Stato, Sez. V, 21 maggio 2020, n. 3209).

Inoltre, e il punto appare di per sé comunque dirimente, la dichiarazione contenuta in atti si rivela eccessivamente generica quanto all'impegno di messa a disposizione dei beni indicati.

5) Per le suesposte ragioni il ricorso va accolto, con il conseguente annullamento degli atti gravati.

Le questioni appena vagliate esauriscono la vicenda sottoposta al Collegio, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato. Gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Bis), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei termini di cui in motivazione.

Condanna il Ministero della Difesa e la controinteressata al pagamento, in favore di parte ricorrente, delle spese di lite quantificate in complessivi euro 2.000,00, oltre accessori se dovuti.

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

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

Concetta Anastasi, Presidente

Rosa Perna, Consigliere

Fabrizio D'Alessandri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Fabrizio D'Alessandri

IL PRESIDENTE
Concetta Anastasi

IL SEGRETARIO