



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda Bis)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1378 del 2013, proposto da:

Soc Ibeco Costruzioni Spa, Soc Ibeco Costruzioni Spa (Mandataria), Soc Electra Impianti Srl, Soc Egea Srl, rappresentati e difesi dall'avv. Valentino Vulpetti, con domicilio eletto presso Valentino Vulpetti in Roma, via Sabotino, 2/A;

***contro***

Comune di Anguillara Sabazia, rappresentato e difeso dall'avv. Gianluigi Pellegrino, con domicilio eletto presso Gianluigi Pellegrino in Roma, corso Rinascimento, 11;

***nei confronti di***

Soc Dama Srl + 2, Soc Edilnova Srl, Soc Edil Quattro di Spadaro Antonio & C Snc, rappresentati e difesi dall'avv. Matteo Mazzone, con domicilio eletto presso Matteo Mazzone in Roma, via G. Antonelli, 45;

***per l'annullamento***

della Determinazione n. 3 in data 07/01/2013 del Comune di Anguillara Sabazia;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Anguillara Sabazia e di Soc Dama Srl + 2 e di Soc Edilnova Srl e di Soc Edil Quattro di Spadaro Antonio & C Snc;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 giugno 2013 il dott. Raffaello Sestini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto ed in diritto quanto segue:

1 - Che la vicenda controversa origina dal bando pubblicato in data 30.12.2010 dal Comune di Anguillara Sabazia, che indicava una gara "per l'assegnazione di area non residenziale / commerciale a cooperative edilizie, a consorzi di cooperative di abitazione, a imprese di costruzione e/o loro consorzi e/o raggruppamenti temporanei di imprese"; area facente parte del Piano di Zona per l'Edilizia Economica e Popolare ex lege 167/1962 denominato "Le Fontane";

2 - Che alla gara partecipava, producendo offerta tecnica ed economica, la costituenda associazione temporanea tra

le imprese di costruzione DAMA s.r.l. (capogruppo), EDILNOVA s.r.l. e EDIL QUATTRO e C. snc (mandanti), ma con verbale del 15 luglio 2011 la Commissione preposta all'esame e alla valutazione delle offerte tecnico-economiche prodotte dai concorrenti la escludeva dalla gara "in quanto, contrariamente a quanto previsto dal bando, l'ATI DAMA ha consegnato i plichi all'Ufficio Protocollo del Comune, senza avvalersi del servizio postale";

3 - Che quindi, a conclusione del procedimento di gara, il Comune con determinazione dirigenziale n. 1289 del 15 dicembre 2011 assegnava in via definitiva l'area all'associazione temporanea tra le imprese IBECO Costruzioni S.p.A., Electra Impianti s.r.l. e EGEA s.r.l. ma avverso la sua esclusione dalla gara l'ATI DAMA proponeva ricorso al TAR per il Lazio, chiedendo l'annullamento del relativo provvedimento comunale e, in via cautelare, la sua sospensione;

4 - Che con ordinanza n. 739/2012 del 23 febbraio 2012 questa Sezione Seconda Bis del TAR accoglieva la domanda cautelare dell'ATI DAMA e, per l'effetto, ne disponeva l'ammissione con riserva alla procedura di gara;

5 - Che successivamente alla predetta ordinanza cautelare, nella seduta pubblica del 14 marzo 2012 la Commissione giudicatrice ammetteva l'offerta dall'ATI DAMA alla gara e con successivo verbale n. 12 del 18 giugno 2012 le assegnava l'area, ma dopo due giorni, con verbale di gara n. 13 del 20 giugno 2012, assumendo di essere incorsa in errore nel valutare la documentazione prodotta dall'ATI DAMA, la escludeva dalla gara con la motivazione che due delle tre imprese che facevano parte dell'associazione temporanea, nell'avvalersi di imprese ausiliarie, non avevano osservato le disposizioni dall'art. 49 del D.Lgs. 163/2006;

6 - Che con verbale di gara n. 14 del 28 dicembre 2012, peraltro la Commissione giudicatrice, accogliendo i rilievi formulati dall'ATI DAMA con lettera del 25 giugno 2012 in ordine alla ritenuta inosservanza dell'art. 49 del D.Lgs. 163/2006 in tema di avvalimento, assegnava definitivamente l'area non residenziale/commerciale all'ATI DAMA;

7 - Che con il ricorso in epigrafe le società ricorrenti impugnano pertanto la Determinazione del Dirigente del Comune di Anguillara Sabazia n. 3 del 7 gennaio 2013, con la quale è stata aggiudicata in via definitiva alle associate imprese DAMA — Edilnova — Edil Quattro l'area non residenziale e commerciale facente parte del Piano di Zona comunale e, in via subordinata, l'intero procedimento di gara;

8 - Che con ordinanza n. 1338/2013 del 22 marzo 2013 questa Sezione ha respinto l'istanza cautelare di sospensione dell'efficacia dei provvedimenti impugnati proposta dalle ricorrenti;

9 - Che, nel merito, le complesse questioni controverse oggetto del giudizio ruotano intorno al principale motivo di ricorso, se, cioè, alla gara de qua era o meno applicabile l'istituto dell'avvalimento di cui all'art. 49 del Codice dei contratti pubblici;

10 - Che, secondo le ricorrenti, alla gara de qua non era applicabile né il Codice dei contratti pubblici, né l'istituto dell'avvalimento di imprese ausiliarie disciplinato dall'art. 49 del Codice stesso, e pertanto i partecipanti alla gara non potevano avvalersi di imprese ausiliarie, il che comportava che i requisiti richiesti dal bando per l'ammissione alla procedura concorsuale dovevano essere posseduti per intero dai concorrenti che vi partecipavano singolarmente, e nelle quote percentuali stabilite dal bando in caso di imprese associate;

11 - Che da tale assunto le ricorrenti deducono l'illegittimità della mancata esclusione dell'ATI DAMA dalla gara, atteso che due delle imprese facenti parte di essa (segnatamente la capogruppo Dama s.r.l. e la mandante Edil Quattro snc) erano prive o carenti di alcuni requisiti che il bando e la legge prescrivevano ai fini dell'ammissione alla gara dell'associazione temporanea di cui facevano parte, con particolare riguardo:

a) - al mancato possesso della qualificazione SOA nella categoria dei lavori OG1 — classifica V (parzialmente l'impresa Dama; integralmente la Edil Quattro) ed alla conseguente mancata assicurazione del possesso sia delle percentuali minime del 40 % e del 10% prescritte dalla legge rispettivamente per capogruppo e mandante di un'associazione temporanea, sia delle percentuali di partecipazione all'associazione temporanea (rispettivamente

del 50% e del 25%) dichiarate dalla capogruppo Dama e dalla mandante Edil Quattro in sede di offerta;

b) - al mancato possesso del requisito del volume d'affari relativo ad alloggi di edilizia residenziale realizzati nei cinque anni precedenti la gara e stabilito dal bando nella misura di almeno due volte il costo di costruzione dell'intervento (costo di costruzione pari, per l'ATI DAMA, a € 4.187.000);

c) - alla mancanza della certificazione di qualità aziendale;

12 - Che già con la citata ordinanza n. 1338/2013, questa Sezione ha, al contrario, ravvisato l'applicabilità alla gara de qua dell'istituto dell'avvalimento disciplinato dall'art. 49 del Codice dei contratti pubblici, e che nel caso di specie le associate Dama ed Edil Quattro si erano avvalse di imprese ausiliarie integrando legittimamente i requisiti di cui in tutto o in parte difettavano, statuendo " il carattere del tutto generale dell'istituto dell'avvalimento di altre imprese ai fini della partecipazione a procedure selettive, che risponde ai principi comunitari e costituzionali di concorrenza e di imparzialità e buon andamento e quindi di massima partecipazione alle pubbliche gare, e che, pertanto, trascende gli stessi ambiti del codice dei contratti pubblici";

13 - Che, in particolare, due imprese (le società DAMA ed EDIL QUATTRO) facenti parte della costituenda associazione temporanea tra le imprese DAMA s.r.l., Edilnova s.r.l. e Edil Quattro s.n.c., al fine di integrare alcuni requisiti di carattere tecnico ed economico richiesti dal bando e dei quali in parte o totalmente difettavano, hanno fatto ricorso all'avvalimento di imprese ausiliarie di cui all'art. 49 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici);

14 - Che, indipendentemente dalla riconducibilità o meno della gara (avente ad oggetto l'assegnazione di area di edilizia economica e popolare) al Codice dei contratti pubblici (che disciplina gli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture), e dalla mancanza di una espressa clausola del bando di gara sull'avvalimento, è lo stesso bando a richiamare in più punti le disposizioni del Codice dei contratti pubblici, a propria volta imposto dalla disposizione generale dell'art. 192 del D.Lgs. 18.8.2000, n. 267 (Testo Unico sull'ordinamento degli enti locali), secondo cui occorre attuare "modalità di scelta del contraente ammesse dalle disposizioni vigenti in materia di contratti pubblici delle pubbliche amministrazioni", applicando "le procedure previste dalla normativa della Unione europea recepita o comunque vigente nell'ordinamento giuridico italiano";

15 - Che la giurisprudenza amministrativa è ormai da tempo pacifica nell'affermare che l'avvalimento di imprese ausiliarie è istituto di carattere generale legittimamente utilizzabile dai concorrenti in tutte le procedure di gara, qualunque ne sia l'oggetto ed a prescindere dal fatto che il relativo bando richiami espressamente o meno l'art. 49 citato);

16 - Che il Collegio conferma, quindi, il predetto orientamento della sede cautelare, circa la generale applicabilità dell'istituto dell'avvalimento, anche in relazione alla fattispecie in esame, e deve quindi procedere ad esaminare le ulteriori censure dedotte dalle ricorrenti:

a) - i contratti di avvalimento stipulati dalle associate Dama ed Edil Quattro sarebbero stati prodotti in sede di gara soltanto in copia fotostatica e non in originale come prescritto dalla legge;

b) - le società ausiliarie SICOI e Tecno Group non avrebbero indicato il volume d'affari da loro realizzato nel quinquennio precedente alla gara e messo a disposizione, rispettivamente, delle associate Dama ed Edil Quattro;

c) - l'impresa mandataria Dama si sarebbe avvalsa del sistema di qualità aziendale della società SICOI, del tutto inidoneo perché non avente attinenza con l'oggetto della gara, con la conseguenza di risultare priva di tale requisito;

d) - le imprese associate non avrebbero prodotto DURC regolari;

e) la società di progettazione Minnucci Associata a r.l., incaricata dall'ATI Dama di redigere il progetto dell'intervento, avrebbe ommesso di produrre — unitamente a quella del suo legale rappresentante — le dichiarazioni

in ordine al possesso dei requisiti di moralità degli altri vertici della società;

f) - alcune certificazioni sostitutive di certificazioni rese in sede di gara dalle tre imprese associate e dalle due società ausiliarie SICOI e Tecno Group sarebbero invalide in quanto non del tutto aderenti, sotto il profilo formale, a quanto prescritto dal DPR 445/2000;

g) - la commissione preposta alle operazioni di gara avrebbe aperto i plichi contenenti le offerte non in seduta pubblica, ma in sedute riservate, violando in tal modo il generale principio di pubblicità delle procedure ad evidenza pubblica e rendendo pertanto invalido l'intero procedimento di gara;

h) - sarebbe stato violato il comma 6 dell'art. 49 del Codice dei contratti pubblici, poiché l'avvalimento per acquisire il requisito della qualificazione SOA nella categoria OG1 richiesta dal bando poteva essere attuato da una soltanto delle imprese associate, mentre nel caso della gara de qua a tale avvalimento hanno fatto ricorso due delle tre imprese associate, e cioè la capogruppo Dama e la mandante Edil Quattro;

17 - Che neppure le ulteriori censure ora sintetizzate possono, peraltro, trovare accoglimento da parte del Collegio, in quanto:

a) i contratti di avvalimento stipulati dalle associate Dama ed Edil Quattro, secondo quanto allegato agli atti di gara, sono stati prodotti in originale come prescritto dalla legge;

b) quanto alla mancata indicazione del volume d'affari di alcune società nel quinquennio precedente, in base all'art. 21, osserva il Collegio che la lett. F/b del bando, i concorrenti (e quindi, in caso di avvalimento, le società ausiliarie) non erano tenuti a precisare il loro volume d'affari, ma semplicemente a dichiarare di possederlo nella misura richiesta dal bando, fermo restando che con l'offerta le tre associate hanno in realtà dichiarato gli esatti ammontari dei rispettivi volumi di affari, che risultavano notevolmente superiori a quelli richiesti dal bando;

c) quanto alla inidoneità del sistema di qualità aziendale della società SICOI di cui la mandataria Dama si sarebbe avvalsa, la produzione di quel certificato, ancorché inidoneo, era non necessaria, visto che l'impresa Dama era dotata di propria certificazione di qualità aziendale attinente alla tipologia di lavori oggetto della gara;

d) quanto ai DURC, i certificati prodotti dalle tre associate contengono la dichiarazione di regolarità degli istituti previdenziali;

e) la mancata presentazione delle dichiarazioni in ordine al possesso dei requisiti di moralità dei vertici della società di progettazione Minnucci Associata a r.l. (incaricata dall'ATI Dama di redigere il progetto dell'intervento) non viola il bando di gara, che non richiede tali dichiarazioni;

f) quanto alle certificazioni sostitutive di certificazioni, osserva il Collegio che il bando di gara (art. 2, lettera E) imponeva la produzione di una dichiarazione sostitutiva di atto notorio ai sensi del DPR 445/2000 esclusivamente in ordine al possesso dei requisiti di ordine generale e speciale specificamente indicati alle lettere. D e F, e per tale parte risulta rispettato;

g) quanto alla dedotta apertura dei plichi contenenti le offerte non in seduta pubblica, ma in sedute riservate, osserva il Collegio che secondo una costante giurisprudenza la fondatezza di tale censura determinerebbe una irrimediabile lesione del principio di pubblicità delle procedure ad evidenza pubblica rendendo invalido l'intero procedimento di gara, ma che il vizio dedotto attiene ad un iniziale fase del procedimento di gara e fu a suo tempo già sollevato dalle ricorrenti con il ricorso R.G. 535/2012, definito dal TAR per il Lazio con la sentenza della Sezione II bis n. 2670/2013 del 13.3.2013 che ha dichiarato la sopravvenuta carenza di interesse in quanto, a seguito dell'ordinanza collegiale della stessa Sezione n. 739/2012 di accoglimento della domanda cautelare, il Comune di Anguillara Sabazia ha proceduto in autotutela alla rinnovazione della gara ammettendovi senza riserva l'ATI DAMA;

h) quanto, infine, all'affermata violazione del comma 6 dell'art. 49 del Codice dei contratti pubblici, fondata sulla

tesi secondo cui l'avvalimento per acquisire il requisito della qualificazione SOA nella categoria OG1, richiesta dal bando, poteva essere attuato da una soltanto delle imprese associate, mentre vi hanno fatto ricorso due imprese, osserva il Collegio che l'interpretazione della disposizione invocata dalle ricorrenti, nel porre il predetto limite per ciascun concorrente, non è univoca, anche alla luce dei numerosi riferimenti letterali del codice al termine "concorrente", identificato come singola impresa associata e non come associazione considerata nel suo complesso, in quanto l'associazione temporanea non è soggetto unitario, ma riunione di più soggetti che, associandosi, non perdono la loro autonomia (art. 37, comma 9, del D.Lgs 163/2006). Sembra pertanto dover prevalere, alla stregua di un criterio sistematico e funzionale rispetto alle finalità perseguite, una interpretazione dell'art. 49, comma 1, del D.Lgs 163/2006 più favorevole alla massima partecipazione alla gara, in base alla quale ciascuna impresa associata (mandataria e mandanti) ha diritto ad utilizzare uti singula l'istituto dell'avvalimento al fine di integrare i requisiti richiesti dal bando di gara dei quali risulti sprovvista. Anche la censura da ultimo esaminata si palesa, pertanto, non fondata;

18 – Che il ricorso deve essere, conclusivamente, respinto, e che, tuttavia, la complessità delle questioni dedotte giustifica la compensazione delle spese di giudizio fra le parti;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Bis)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge, ai sensi e per gli effetti di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 giugno 2013 con l'intervento dei magistrati:

Eduardo Pugliese, Presidente

Raffaello Sestini, Consigliere, Estensore

Francesco Arzillo, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/09/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)