

Il TAR Sardegna ridisegna i confini dell'avvalimento interno

di Elisabetta Pistis

Data di pubblicazione: 11-4-2017

1. Nel caso in cui la disciplina di gara preveda che le mandanti debbano possedere una percentuale minima della capacità tecnica richiesta al raggruppamento e la mandataria una percentuale massima, non è consentito l'avvalimento interno tra impresa mandante ed impresa mandataria qualora quest'ultima (impresa ausiliaria), anche se in possesso dei requisiti in misura sovrabbondante superiore a quella massima prevista, abbia già speso nella gara la propria quota percentuale di capacità e la mandante (impresa avvalente) non possieda, anche cumulativamente con le altre mandanti, la quota minima richiesta (1).

2. Gli istituti del raggruppamento temporaneo di imprese e dell'avvalimento, se pur nati entrambi per consentire un ampliamento delle opportunità di partecipazione alla gara a soggetti che, da soli, non sarebbero strutturalmente in grado di parteciparvi, non possono essere utilizzati in modo cumulativamente distorsivo così da configurare una indebita duplicazione di benefici ampliativi che lungi dal consentire alla pubblica amministrazione appaltante di ottenere una più ampia partecipazione alla gara e quindi una maggiore qualificazione tecnico-finanziaria dell'offerta, finiscono con il rappresentare una possibile dequalificazione dell'offerente (2).

(1) non si rinvergono precedenti in termini; difforme: AVCP 34/09 e 2/12; TAR Calabria – Catanzaro, sez. II, 21 ottobre 2015, n. 1621; Consiglio di Stato, Sez. VI, 29 dicembre 2010, n. 9577; TAR Lombardia, Sez. I, 29 luglio 2011, n. 2037; TAR Veneto, Sez. I, 2 dicembre 2013, n. 1335; TAR Sicilia, Palermo, Sez. I, 26 marzo 2013, n. 717.

(2) conforme ad altri fini: Consiglio di Stato, Sez. IV, 17 ottobre 2012, n. 5340; Consiglio di Stato, Sez. IV, 19 marzo 2015, n. 1425; difforme, anche in questo caso ad altri fini: Corte di Giustizia, Sez. V, 10 ottobre 2013, causa C-94/12; TAR Lazio, Sez. II *bis*, 18 settembre 2013, n. 8322.

Guida alla lettura

La sentenza esamina l'istituto dell'avvalimento interno ovvero dell'avvalimento tra imprese facenti parte del medesimo raggruppamento temporaneo di imprese. Il TAR in buona sostanza

assimila la posizione dell'impresa ausiliaria a quella della impresa concorrente e giunge alla conclusione che se la disciplina di gara richiede alla impresa mandante di possedere una quota minima di capacità tecnica e specularmente alla impresa mandataria una quota massima, la mandante non può ricorrere all'avvalimento interno con la mandataria che abbia già speso in gara la quota percentuale massima di capacità tecnica consentita. Diversamente, secondo il TAR della Sardegna, la mandataria finirebbe per contribuire alla capacità del raggruppamento in misura superiore alla percentuale massima prevista dalla disciplina di gara. Si verrebbe inoltre a ledere la finalità dell'avvalimento che è quello di garantire una maggiore partecipazione alle gare, da parte di quelle imprese che da sole non riuscirebbe a soddisfare le richieste della stazione appaltante, e non quella di consentire l'aggiramento delle regole della gara che prevedono come in questo caso un ben determinato equilibrio di forza tra mandanti e mandataria.

La pronuncia del TAR Sardegna ridisegna i confini dell'avvalimento interno rispetto alle indicazioni che sino a questo momento aveva dato la giurisprudenza. Non si rinvengono infatti precedenti esattamente in termini. La stessa sentenza del Consiglio di Stato citata nella pronuncia in commento, come anche il Tar riconosce, è stata resa in un contesto e per finalità diverse (essa si riferiva infatti alla interpretazione dell'art. 49, comma 6, del d.lvo 163/06 in rapporto al raggruppamento temporaneo di imprese).

L'avvalimento interno è pacificamente ammesso nel nostro ordinamento, atteso che la facoltà di fare affidamento sulle capacità di altri soggetti prescinde dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi (Consiglio di Stato, sez. VI, 5 gennaio 2015, n. 18; TAR Lazio, sez. I *ter*, 2 luglio 2015, n. 8828; TAR Puglia, sez. I, 3 aprile 2013, n. 467; TAR Toscana, sez. I, 22 dicembre 2014, n. 2083; AVCP, parere precontenzioso 23 febbraio 2012, n. 22).

Questo naturalmente a condizione che i requisiti di partecipazione siano posseduti dall'impresa avvalsa in misura sufficiente a garantire la partecipazione alla gara come concorrente nell'RTI sia la partecipazione alla stessa gara dell'impresa avvalente nell'ambito del medesimo RTI. È evidente infatti che il medesimo requisito non possa essere speso più di una volta dal medesimo soggetto, se pur a titolo diverso, una volta come concorrente ed una volta come ausiliaria (AVCP, determina n. 2 del 1 agosto 2012; TAR Calabria, Sez. II, 21 ottobre 2015, n. 1621). Nel rispetto però di tale limite, l'avvalimento interno è stato ritenuto legittimo e non soggetto a limitazioni ulteriori non previsti dalla legge, anche quindi nel caso in cui esso sia lo strumento attraverso cui il concorrente soddisfi la quota minima di requisiti richiesta nell'ambito di raggruppamento temporaneo di imprese (Consiglio di Stato, sez. VI, 29 dicembre 2010, n. 9577; TAR Veneto, sez. I, 2 dicembre 2013, n. 1335; TAR Lombardia, sez. I, 29 luglio 2011, n. 2037). Non vi sarebbero dunque in astratto, a livello legislativo e giurisprudenziale, ragioni per non applicare i medesimi principi anche all'ipotesi in cui l'avvalimento, non soltanto consente alla mandante di raggiungere la capacità minima richiesta dalla disciplina, ma determina anche un superamento della quota massima della mandataria.

I due istituti, quello del raggruppamento e quello dell'avvalimento, nonostante abbiano in comune ratio e finalità, sono molto diversi sotto il profilo dell'inquadramento giuridico e delle responsabilità verso la stazione appaltante (Consiglio di Stato, Ad. Plen., 4 novembre 2016, n.

23; Consiglio di Stato, Ad. Plen., 13 giugno 2012, n. 22; Consiglio di Stato, sez. V, 8 ottobre 2011, n. 5496; Consiglio di Stato, sez. VI, 13 maggio 2010, n. 2956). Vi è dunque una differenza sostanziale tra la posizione della mandataria e quella della impresa ausiliaria tanto da poter escludere che l'avvalimento dei requisiti tra impresa mandante (avvalente) e impresa mandataria (ausiliaria) sia idoneo a determinare un rafforzamento in termini di capacità economica della posizione della mandataria nel raggruppamento. Ciò ovviamente a condizione che l'avvalimento fra mandataria e mandante sia un avvalimento serio che comporti effettivamente il trasferimento dei requisiti sottesi ed effettivo. A tal riguardo vale la pena ricordare che anche nel contesto di un raggruppamento è necessario che l'impresa avvalente dimostri l'effettiva disponibilità dei mezzi e delle risorse sottese al prestito dei requisiti, non essendo sufficiente a tal fine il contratto di mandato, così come è necessario che si dimostri che l'avvalimento è giustificato da un interesse patrimoniale delle parti diverso ed ulteriore da quello sotteso al rapporto di mandato (Consiglio di Stato, Ad. Plen., 4 novembre 2016, n. 23; Consiglio di Stato, sez. V, 25 gennaio 2016, n. 242; Consiglio di Stato, sez. IV, 17 ottobre 2012, n. 5340). E' proprio la verifica della sussistenza in concreto di tali presupposti lo strumento più efficace attraverso cui fugare il timore sotteso alla pronuncia in commento: e cioè che le imprese del raggruppamento ricorrono all'avvalimento interno non al fine di consentire una più ampia partecipazione alla gara, ma solo al fine di aggirare i limiti di capacità previsti nella disciplina dell'appalto. Si aggiunga poi che la finalità della disposizione della disciplina di gara, così come quest'ultima è stata riportata nella pronuncia, sembra essere quella di far in modo che le mandanti non assumano nel raggruppamento un ruolo simbolico rispetto a quello della mandataria. Ma anche sotto tale profilo l'avvalimento interno, se ed in quanto comporti effettivamente il trasferimento di mezzi e risorse necessarie a soddisfare la capacità tecnica mancante alla mandante, non appare elusivo della regola di gara.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 659 del 2016, proposto da:

Società Tecnolav Engineering s.r.l., in proprio e quale capogruppo del raggruppamento temporaneo con Tecnologie e più, il dott. Geologo Andrea Puddu e il dott. Agronomo Laura Cau, rappresentata e difesa dall'avvocato Stefano Ballero, con domicilio eletto presso il suo studio in Cagliari, corso Vittorio Emanuele n.76;

contro

- Comune di Ulassai, non costituito in giudizio;

nei confronti di

- Endes Engineering s.r.l., in proprio e quale capogruppo del costituendo raggruppamento con Geologia Applicata Studio Associato, ing. Thomas Frenez e CCV s.r.l., non costituita in giudizio;
- Geologia Applicata Studio Associato, non costituito in giudizio;
- Ing. Thomas Frenez, non costituito in giudizio;
- CCV s.r.l., non costituita in giudizio.

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia:

- della nota prot. 003053 del 11 luglio 2016, emessa dal Comune di Ulassai, di rigetto della prima istanza di riesame in autotutela presentata il 29 giugno 2016 dalla ricorrente e di conferma del provvedimento di esclusione;
- del verbale di gara n. 7 del 7 luglio 2016 di aggiudicazione definitiva della procedura aperta per l'affidamento del servizio di progettazione preliminare/geotecnica, definitivo/esecutiva, coordinamento per la sicurezza e direzione dei lavori di opere di consolidamento del centro abitato di Ulassai;
- della nota prot. 2820 del 24 giugno 2016, del verbale di gara n. 6 del 22 giugno 2016, del capitolato d'oneri e del disciplinare di gara.

Visti il ricorso e i relativi allegati.

Viste le memorie difensive.

Visti tutti gli atti della causa.

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 gennaio 2017 il dott. Antonio Plaisant e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso in esame la Tecnolav Engineering s.r.l. (da qui in poi "Tecnolav"), in proprio e quale capogruppo del raggruppamento temporaneo con Tecnologie e più, con il dott. geol.

Andrea Puddu e con il dott. agr. Laura Cau, impugna gli esiti (che gli erano stati definitivamente comunicati in data 11 luglio 2016, in risposta a una richiesta di riesame) della procedura indetta dal Comune di Ulassai per l'affidamento della progettazione e direzione di lavori relativamente al consolidamento del centro abitato, che ha visto -previa esclusione del R.T.I. ricorrente, dopo una prima graduatoria in cui esso era risultato primo classificata- l'aggiudicazione del servizio al R.T.I. tra la Endes Engineering s.r.l. (capogruppo), Geologia Applicata Studio Associato, ing. Thomas Frenez e CCV s.r.l.

Sostiene la ricorrente, sulla base di censure che saranno esaminate nella parte in diritto, che la propria esclusione sia illegittima, per cui il servizio avrebbe dovuto esserle affidato; di conseguenza sarebbe illegittima anche l'aggiudicazione dello stesso al concorrente raggruppamento, per cui chiede l'annullamento di entrambi tali atti.

Pur a fronte di regolare e tempestiva notifica del ricorso, avviata in data 22 luglio 2016, il Comune di Ulassai e la società controinteressata non si sono costituite in giudizio.

Con ordinanza di questa Sezione 21 settembre 2016, n. 228, l'istanza cautelare proposta dalla ricorrente è stata respinta.

Con successiva memoria difensiva del 22 dicembre 2016 la ricorrente ha più ampiamente argomentato le proprie tesi.

Alla pubblica udienza dell'11 gennaio 2017 la causa è stata trattenuta in decisione nel merito.

DIRITTO

Giova premettere che l'art. 11 del capitolato di gara di gara prevedeva, per i raggruppamenti, che i requisiti tecnici di partecipazione dovessero essere *“posseduti cumulativamente dal raggruppamento”*. *La mandataria deve possedere una percentuale pari al sessanta per cento; la restante percentuale deve essere posseduta cumulativamente dal o dai mandanti, ai quali non possono essere richieste percentuali minime di possesso dei requisiti. La mandataria, ove sia in possesso di requisiti superiori alla percentuale prevista...partecipa alla gara per una percentuale di requisiti pari al limite massimo stabilito*”, e che, secondo la stazione appaltante, tale regola sarebbe stata violata dal R.T.I. ricorrente, in quanto -a fronte della mandataria che possedeva da sola (anche oltre) il 60% della capacità tecnica- i mandanti *“(in particolare il dott. Andrea Puddu, che è l'unico a poter spendere il requisito di partecipazione) raggiungono la percentuale dei requisiti del 40% solo giovandosi dell'istituto dell'avvalimento di cui all'art. 49, comma 2, lett. g), del d.lgs. n. 163 del 2006”*, il che non sarebbe nel caso di specie consentito in quanto lo stesso geol. Andrea Puddu non potrebbe *“legittimamente avvalersi di requisiti di partecipazione afferenti a servizi tecnici di CSE che questi non può legittimamente svolgere, non avendo, tra l'altro, acquisito l'abilitazione prevista dal d.lgs. n. 81/2008 e s.m.i. La stazione appaltante ritiene cioè che un'attività professionale che sia preclusa al concorrente non possa essere dallo stesso utilizzata ai fini della prova dei requisiti di capacità tecnico-professionale richiesti per la partecipazione, nemmeno attraverso l'istituto dell'avvalimento”*.

Con il primo motivo la ricorrente contesta tale motivazione della propria esclusione considerandola oscura e contrastante con il dato di fatto che la Tecnolav possiede, da sola, quasi il 95% dei requisiti tecnici richiesti e che il raggruppamento nel suo complesso circa il 128%.

La censura è priva di pregio.

La suddetta motivazione, a prescindere dalla correttezza giuridica (su cui *infra*), ricollega l'esclusione -non già a un difetto di capacità della Tecnolav, bensì- al fatto che, in base all'espressa previsione del capitolato sopra descritta, la mandataria non poteva "offrire al raggruppamento" più del 60% della capacità totale richiesta e che tra i due mandanti l'unico a poter vantare requisiti professionali riferibili all'oggetto di gara era il geol. Andrea Puddu, il quale però si attestava al 33% circa e quindi non raggiungeva il restante 40% necessario se non beneficiando di un avvalimento che, secondo la stazione appaltante, sarebbe illegittimo (vedi *infra*); a fronte di tali rilievi neppure rilevano le ulteriori argomentazioni del ricorrente in ordine all'irrelevanza della non piena coincidenza tra quota di partecipazione al R.T.I. e requisiti posseduti dallo stesso geologo, non essendo questo il motivo dell'esclusione.

Con la seconda censura la ricorrente contesta, invece, il nucleo centrale della motivazione che sorregge l'impugnata esclusione, cioè il fatto che la stazione appaltante ha ritenuto inutilizzabile da parte del geologo Puddu -al fine di raggiungere la percentuale di capacità tecnica ancora richiesta, pari al 40% (necessaria per differenza rispetto al 60% già conteggiabile in capo alla mandataria Tecnolav)- il contratto di avvalimento stipulato con la stessa mandataria e questo perché, sempre secondo la stazione appaltante, esso riguarderebbe un tipo di prestazione (coordinamento della sicurezza nei cantieri) che il geologo non è abilitato professionalmente a svolgere.

Secondo la ricorrente, invece, l'unico limite all'utilizzo dell'avvalimento -a parte i requisiti formali del relativo contratto, qui non in discussione- sarebbe rappresentato dal fatto che lo stesso non può investire requisiti di partecipazione "personali", come quelli di cui agli artt. 38 e 39 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e s.m.i., mentre lo strumento ben potrebbe essere utilizzato per integrare qualunque requisito di capacità tecnica richiesto dalla *lex specialis* di gara, come nel caso di specie; inoltre la ricorrente osserva che l'art. 12 del disciplinare di gara riferiva il requisito della capacità tecnica genericamente ai "servizi di architettura e ingegneria di cui all'art. 263 del d.p.r.", tra cui è compreso anche il coordinamento della sicurezza nei cantieri, e in tal modo facoltizzava l'utilizzo dell'avvalimento anche in relazione a prestazioni professionali di questo tipo, che comunque il geol. Puddu non avrebbe dovuto concretamente svolgere, essendo affidate a un ing. dipendente di Tecnolav.

La doglianza è infondata.

Va premesso che il Collegio non discute la fondatezza dell'ampia produzione giurisprudenziale richiamata dalla ricorrente, secondo cui dell'avvalimento ben può giovare il concorrente privo di un determinato requisito professionale, giacché lo strumento svolge in questi casi la sua funzione tipica, che è quella di ricorrere a professionalità esterne alla compagine in gara; così come neppure può ritenersi in assoluto precluso, in caso di

raggruppamento di temporaneo d'impresе, il ricorso all'avvalimento.

Non è questo, però, il punto.

Difatti ciò che nel caso di specie emerge è che -a fronte di una chiara previsione della *lex specialis* di gara ove si limitava al 60% l'apporto massimo di capacità tecnica che la mandante poteva "offrire al raggruppamento nel suo complesso"- il R.T.I. ricorrente ha tentato di "aggirare" tale preclusione, giacché nella sua compagine rientrava, oltre alla Tecnolav (in possesso di capacità tecnica per oltre il 60%), altri soggetti che non possedevano, né singolarmente né cumulativamente, il restante 40% richiesto, salvo poi cercare di integrare la lacuna consentendo a uno di essi (il geologo Puddu) di "avvalersi" della stessa Tecnolav per la parte rimanente.

In questo modo la ricorrente ha violato nella forma e nella sostanza l'art. 11 del capitolato speciale, ove era previsto che le mandanti possedessero, anche cumulativamente, non meno del 40% e che la capacità tecnica della mandataria non potesse giovare al raggruppamento per più del 60% del totale; ciò in quanto, mediante il sopra descritto avvalimento, a quel 40% partecipava anche la mandataria, seppure come "impresa avvalsa", contribuendo così in misura superiore al limite del 60%, in diretta violazione delle norme di gara; si tratta di un risultato, questo, anche sistematicamente non conforme alla funzione del raggruppamento temporaneo di imprese e dell'avvalimento, entrambi strumenti che *-sia pur nati per consentire un ampliamento delle opportunità di partecipazione alla gara a soggetti che, da soli, non sarebbero strutturalmente in grado di parteciparvi*", non possono però essere utilizzati in modo cumulativamente distorsivo così da configurare un'indebita *"duplicazione di benefici ampliativi...che, lungi dal consentire alla pubblica amministrazione appaltante di ottenere una più ampia partecipazione alla gara e quindi una maggiore qualificazione tecnico-finanziaria dell'offerta, finiscono con il rappresentare una possibile dequalificazione dell'offerente"* (così, seppure ad altri fini specifici, Consiglio di Stato, Sez. IV, 17 ottobre 2012, n. 5340).

La ricorrente obietta, nelle proprie memorie conclusive, che non sarebbe però questa la motivazione su cui la stazione appaltante ha fondato la propria decisione, viceversa basata sul difetto di qualificazione professionale del geol. Puddu rispetto alla prestazione oggetto dell'avvalimento (coordinamento dei cantieri), ma il collegio non condivide quest'argomentazione difensiva, osservando che -seppur imprecisa e persino errata nella parte in cui fa riferimento ai requisiti professionali del geologo (come detto non rilevanti ai fini dell'avvalimento)- la contestata motivazione contiene, comunque, un chiaro richiamo alla violazione della citata norma di gara (art. 11 del capitolato) laddove vietava che la mandataria potesse contribuire alla capacità tecnica complessiva del R.T.I. in misura superiore al 60%: a quella norma ha fatto ripetutamente riferimento la stazione appaltante, osservando che *"Il capitolato speciale prevede che...la mandataria debba possedere una percentuale pari al sessanta per cento dei requisiti e che, nel caso in cui la mandataria possieda i requisiti in una percentuale superiore al 60%, essa possa garantire al raggruppamento solo la percentuale del 60%, mentre i mandanti debbano necessariamente garantire il restante 40% (art. 11 del Capitolato).... Il mancato rispetto della previsione di cui 11 del capitolato da parte del raggruppamento costituisce motivo dell'esclusione"*: così testualmente la nota di conferma dell'esclusione datata 11 luglio 2016 (pag. 1).

Pertanto la motivazione dell'impugnata esclusione è, nella sostanza, conforme al tenore della *lex specialis* di gara (capitolato e disciplinare), che peraltro la ricorrente non ha puntualmente contestato, giacché -pur avendo indicato tali atti nell'epigrafe del ricorso- non ha poi rivolto contro di essi specifiche censure.

Per quanto premesso il ricorso non merita accoglimento, seppure con integrale compensazione delle spese di lite, sussistendone giusti motivi.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Prima), definitivamente pronunciando, respinge il ricorso in epigrafe proposto.

Spese compensate.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 11 gennaio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Caro Lucrezio Monticelli, Presidente

Grazia Flaim, Consigliere

Antonio Plaisant, Consigliere, Estensore