

N. 00224/2010 REG.SEN.
N. 00997/2009 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 Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 997 del 2009, proposto da:

Kria S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv.to Claudio Colombo, con domicilio eletto presso l'avv.to Paolo Minoli in Torino, via Po, 11;

contro

Comune di Arona, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv.to Paolo Marchioni, con domicilio eletto presso l'avv.to Alberto Savatteri in Torino, via Pietro Micca, 3;

nei confronti di

Bridge 129 S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Ermes Coffrini, Luigi Giorgi, Marcello Coffrini, con domicilio eletto presso l'avv.to Luigi Giorgi in Torino, via Paolo Sacchi, 44;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

della determinazione dirigenziale n. 65 del 31/7/2009 tramite la quale il Comune di Arona ha aggiudicato alla Bridge 129 spa il servizio di noleggio di sistema di impianti per la rilevazione dei veicoli nelle zone a traffico limitato;

dell'atto di aggiudicazione provvisoria del 13/7/2009;

del verbale della commissione di gara del 3 luglio 2009 e 13 luglio 2009 nonché per il risarcimento del danno subito dalla Kria s.r.l..

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Arona;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Bridge 129 S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 dicembre 2009 la dott.ssa Paola Malanetto e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Parte ricorrente ha adito l'intestato Tar deducendo che il Comune di Arona, con determinazione n. 43 del 5/6/2009, ha indetto una gara per l'affidamento del servizio di noleggio di un sistema di impianti per la rilevazione dei veicoli nelle zone a traffico limitato, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Il bando prevedeva che i concorrenti disponessero della "certificazione di qualità UNI — EN — ISO — 9001 o superiore per la progettazione, installazione e manutenzione di sistemi multifunzionali per la protezione di

beni e persone". La controinteressata Bridge 129 spa, non possedendo la predetta certificazione, si è avvalsa, ex art. 49 D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163, dei requisiti della società Net Engineering srl di Milano.

La commissione di gara ha assegnato i punteggi totali, rispettivamente 83,14 punti a Kria e

di 91,20 punti a Bridge 129 spa, aggiudicataria provvisoria.

Contesta parte ricorrente la violazione e falsa applicazione dell'art. 49 del D.L.vo 12 aprile 2006 n.

163 e del Bando di Gara, nonché l'eccesso di potere per carenza di motivazione e carenza dei presupposti in fatto ed in diritto. La controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa, non possedendo la prescritta certificazione UNI-FN-ISO, richiesta a pena di esclusione, e non potendo all'uopo avvalersi della certificazione altrui, in quanto l'avvalimento non è ammissibile per i requisiti soggettivi, quali la certificazione in questione; la certificazione attesta l'efficienza organizzativa dell'impresa, requisito non surrogabile né prestabile ad altri.

Contesta ulteriormente parte ricorrente la violazione e falsa applicazione dell'art. 49 co. 4 del D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163. La norma prescrive che il concorrente e l'impresa ausiliaria rispondano in solido nei confronti della stazione appaltante. Il contratto di avvalimento prodotto stabilisce che l'ausiliaria risponde in solido relativamente alla "parte di opera oggetto della certificazione di qualità e dell'autorizzazione ministeriale"; la clausola si presenta ambigua.

Contesta infine la violazione e falsa applicazione del bando e del disciplinare di gara e l'eccesso di potere per contraddittorietà e carenza di motivazione. Il bando indicava quali criteri di attribuzione del punteggio tecnico parametri di valutazione così definiti: "non conforme", "ritenuto

conforme”, “conforme”. In relazione all’offerta della ricorrente la commissione formulava il giudizio “non conforme” per il parametro “tipologia di registrazione e modalità di trasmissione dati al comando”, asserendo che la ricorrente non indicava la consistenza del disco rigido per registrazione locale. La deducente per contro asseriva nell’offerta che il disco rigido posseduto avrebbe garantito un ml. di immagini salvate, fermo restando che il bando e il capitolato non richiedevano specifici requisiti del disco rigido bensì genericamente la “descrizione e caratteristiche degli apparati hardware e software.” Anche rispetto alla trasmissione dati l’offerta era conforme al capitolato.

Rispetto al parametro “ogni altra informazione ritenuta idonea alla realizzazione degli impianti” la ricorrente conseguiva il punteggio “ritenuto conforme”, per aver indicato un server tower, apparecchiatura classica. Anche sul punto l’offerta veniva formulata in detta forma poichè nessuno specifico requisito era prescritto dal bando.

La commissione, quanto all’onerosità di esercizio del sistema, assegnava poi il giudizio “ritenuto conforme” perché l’offerta indicava la fonte wireless ma non il collegamento tra Comune e Comando; sotto questo profilo l’offerta della ricorrente era identica a quella della contro interessata, che pure conseguiva un maggior punteggio. In definitiva, una corretta applicazione dei parametri di bando, avrebbe comportato che la ricorrente conseguisse un punteggio complessivo di 91,64 punti, superiore a quello dell’aggiudicataria.

Parte ricorrente chiedeva dunque l’annullamento degli atti di gara e, in principalità, il risarcimento in forma specifica con l’aggiudicazione dell’appalto ovvero, in subordine, il risarcimento per equivalente.

Si costituiva il Comune resistente chiedendo la reiezione del ricorso. L’art.

49 del d.lgs. n. 163/06 consente l'avvalimento dei requisiti tecnico organizzativi, incluse le certificazioni SOA. Tale deve ritenersi anche la certificazione ISO, alla luce del principio di massima estensione dell'istituto dell'avvalimento, cogente per il diritto comunitario.

Nessuna censura poteva poi muoversi al contenuto del contratto di avvalimento prodotto dalla controinteressata, il cui punto 3, data la natura di appalto di servizi, non poteva che intendersi come garanzia solidale per la realizzazione di tutto il servizio.

Quanto alle censure avverso le valutazioni espresse dalla commissione, evidenziava il Comune come le medesime fossero state rispettose dei parametri dettati dal bando di gara, ferma restando l'elevata discrezionalità che caratterizza le valutazioni della commissione, censurabili solo se manifestamente illogiche o palesemente immotivate.

Si costituiva la controinteressata deducendo che la certificazione in questione era suscettibile di avvalimento, sia ai sensi dell'art. 49 del d.lgs. n. 163 del 2006, sia ai sensi dell'art. 50 del medesimo d.lgs. specificatamente riferito all'"operatività di sistemi di attestazione o qualificazione"; contestava altresì il secondo motivo di ricorso e deduceva l'inammissibilità del terzo, in quanto afferente il merito delle valutazioni.

All'udienza dell'8.10.2009 veniva accolta l'istanza cautelare.

Con successiva memoria parte ricorrente ribadiva le proprie tesi difensive, evidenziando come il contratto di avvalimento fosse difforme dalle prescrizioni di legge in quanto avente ad oggetto la mera messa a disposizione della certificazione UNI, per di più in fattispecie esulante da quelle riconosciute valide dalla giurisprudenza in caso di gruppo o raggruppamento di impresa con messa a disposizione anche delle rispettive capacità produttive. Evidenziava infine, alla luce della durata triennale del

contratto e della agevole sostituibilità degli impianti installati, la persistente possibilità di un risarcimento in forma specifica tramite riaggiudicazione del contratto all'esito di eventuale annullamento.

Parte controinteressata ribadiva le proprie tesi evidenziando inoltre che il primo motivo di ricorso era stato formulato in relazione all'impossibilità di avvalimento della certificazione di qualità alla luce dell'art. 49 del d.lgs. n. 163 del 2006; tale assunto è smentito dall'art. 50 del codice. Quanto alla mancata messa a disposizione, da parte dell'impresa ausiliaria, delle risorse che hanno consentito di conseguire la certificazione, evidenziava la controinteressata, come la questione non fosse stata oggetto di espressa censura. Restava l'impossibilità per l'impresa ausiliaria di mettere a disposizione la propria intera organizzazione.

All'udienza del 3.12.2009 la causa veniva discussa e decisa.

DIRITTO

La controinteressata pacificamente non possiede la certificazione UNI-EN-ISO – 9001 che, altrettanto pacificamente, è prescritta dal bando a pena di esclusione.

La controinteressata, in sede di offerta, ha dichiarato di avvalersi della certificazione di altra ditta, la Net Engineering s.r.l.; quest'ultima, nel contratto di avvalimento, si è impegnata a mettere a disposizione “la sua certificazione di qualità UNI-EN-ISO 9001” (cfr. doc. 5 di parte ricorrente).

Con il primo e il secondo motivo di ricorso lamenta parte ricorrente la violazione dell'art. 49 del d.lgs. n. 163 del 2006, sia in quanto la certificazione di qualità in questione sarebbe un requisito soggettivo “non prestabile” in sede di avvalimento, sia in quanto il contratto di avvalimento non sarebbe conforme al disposto normativo, poiché la legge prescrive la

responsabilità solidale delle imprese ausiliaria e ausiliata in relazione alle “prestazioni oggetto del contratto”, mentre il contratto in atti dichiara una responsabilità relativamente alla “parte di opera oggetto della certificazione di qualità e dell’autorizzazione ministeriale”, non identificabile. Tale dichiarazione ingenera incertezza sull’oggetto della suddetta responsabilità solidale, non essendo dato comprendere quale sarebbe la parte di opera oggetto della certificazione.

La certificazione in questione non afferisce ad opere o a servizi, bensì alla stessa struttura aziendale, trattandosi di attestazione e controlli relativi all’efficacia ed efficienza dei processi aziendali, ed alla loro capacità di soddisfare il cliente, quindi alla complessiva struttura aziendale.

Ritiene il collegio di confermare l’esito del giudizio cautelare.

Appaiono infatti fondati i primi due motivi di ricorso.

Quanto al primo motivo di ricorso si deve rilevare che la questione della “prestabilità” delle certificazioni di qualità non pare risolvibile, né aderendo in toto alla tesi di parte ricorrente, che ne afferma la “strutturale” riconducibilità a requisiti soggettivi mai prestabili, né seguendo la tesi prospettata da parte resistente, secondo cui, essendo (come è) l’avvalimento un principio di derivazione comunitaria, immanente alla disciplina nazionale degli appalti, ogni tipo di certificazione sarebbe sempre suscettibile di prestito in quanto tale, trattandosi di un requisito sempre tecnico-organizzativo.

E’ certamente condivisibile l’assunto per cui l’avvalimento è un principio di carattere generale di derivazione comunitaria e le limitazioni a tale facoltà originariamente previste dall’art. 49 del d.lgs. n. 163/2006 sono state ritenute in contrasto con le direttive comunitarie in materia di appalti. Come chiarito da Cds. sez. VI, 22.4.2008 n. 1956 la nota della

Commissione delle Comunità europee n. 2007/2309/C(2208)0108 in data 30 gennaio 2008, con cui si era iniziata una procedura di infrazione ai sensi dell'art. 226 del Trattato, rilevava che le limitazioni al diritto di avvalersi della capacità di altri soggetti, previste dall'art. 49, commi 6 e 7 del d.lgs. n. 163/2006, erano in contrasto con le disposizioni delle direttive appalti pubblici, in considerazione del fatto che le direttive comunitarie riconoscono agli operatori economici il diritto di avvalersi della capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei loro legami e senza alcuna limitazione. La sola condizione, si precisava, era quella di permettere all'amministrazione aggiudicatrice di verificare che il candidato/offrente disporrà delle capacità richieste per l'esecuzione dell'appalto. Si è poi adeguato il legislatore con le modifiche apportate agli artt. 49 e 50 del d.lgs. n. 163/06 con il d.lgs. n. 152/08, disciplinando espressamente l'avvalimento in relazione ai sistemi di attestazione e qualificazione (SOA e non solo), nel rispetto tuttavia del prerequisito in fatto, imprescindibile proprio alla luce della giurisprudenza comunitaria, della effettiva disponibilità da parte del candidato offerente delle capacità richieste per eseguire l'appalto. Il supremo consesso amministrativo, dopo aver dapprima sostenuto che le certificazioni di qualità fossero requisiti tout court soggettivi, ancorchè tecnici, non suscettibili di prestito, al pari dei requisiti morali di cui all'art. 76 del d.lgs. n. 163/2006 (Cds. sez. V, n. 5517/01), si è adeguato agli orientamenti comunitari. Tuttavia questi ultimi, così come la più recente giurisprudenza amministrativa, vanno intesi nel loro effettivo significato, correttamente recepito dal legislatore. Nel disciplinare l'avvalimento delle attestazioni e certificazioni tecniche e/o di qualità la legge prescrive, al co. 2 dell'art. 49 lett. d), che l'impresa ausiliaria dichiarata di obbligarsi a "mettere a disposizione per tutta la durata

dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente" (e non certo a mettere a disposizione la certificazione avulsa dalle risorse); ancora l'art. 50, il cui ultimo comma è espressamente riferito ai sistemi di attestazione e qualificazione nei servizi e nelle forniture, al co. 1 lett. b) impone identico obbligo di mettere a disposizione le "risorse oggetto di avvalimento".

Nel caso di specie è pacifico, sia per la dizione letterale del contratto di avvalimento in atti, sia dal tenore delle difese della parte controinteressata, che la Net engineering ha messo a disposizione la "certificazione" e non le risorse che le hanno consentito di conseguirla; afferma la stessa controinteressata, nella memoria depositata in data 20.10.2009, che l'attestazione di qualità per cui è causa, attenendo all'organizzazione di impresa, non poteva proprio essere oggetto di "prestito di risorse", non essendo pensabile un trasferimento dell'organizzazione di impresa. La tesi non pare nella sua assolutezza condivisibile, poiché l'avvalimento non richiede alcun trasferimento di risorse bensì una "messa a disposizione delle stesse"; neppure è in astratto escluso (si pensi ai gruppi societari e ai consorzi) che un'impresa disponga dell'organizzazione d'impresa altrui; si pensi ancora all'ipotesi in cui la certificazione di qualità prescritta afferisca ad una parte di servizio che viene svolto dall'ausiliaria, la quale si trova così contestualmente a "prestare" la certificazione e le risorse relative alla parte di servizio. Quello che per contro non pare ammissibile è che si crei una sorta di circolazione di certificazioni astratte; seguendo la tesi di parte controinteressata un'impresa che ottenga la certificazione di qualità potrà "prestare" indefinitamente tale certificazione a chiunque, senza contestualmente rendere parti di servizio né mettere a disposizione strutture organizzative, finendo per creare una "certificato" vuoto soggetto

a circolazione indefinita ed altrettanto indefinitamente invocabile da terzi, pacificamente privi del requisito di qualità, senza ulteriori e contestuali legami tra impresa ausiliaria e ausiliata.

Ne consegue l'accoglimento del primo motivo di ricorso; né tale accoglimento avviene, come adombra parte controinteressata nella memoria depositata per l'udienza di merito, in violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato.

Parte ricorrente ha sostanzialmente censurato la violazione della disciplina dell'avvalimento, ha evidenziato che il certificato di qualità non era suscettibile di avvalimento ed ha altresì contestato, nel secondo motivo di ricorso, l'inadeguatezza del contratto di avvalimento, ove l'equivoco sulle modalità di avvalimento a monte si rende più evidente per le conseguenze che ingenera a valle. Vero è infatti, come censurato, che nel contratto di avvalimento si assume una ambigua responsabilità solidale in relazione alla "parte di opera oggetto della certificazione di qualità e dell'autorizzazione ministeriale", affermazione evidentemente incomprensibile posto che, come pacifico, la certificazione di qualità non ha ad oggetto alcuna "parte di opera" bensì l'organizzazione aziendale, e l'organizzazione aziendale, pacificamente, non è "prestata" sicchè, in definitiva, l'oggetto della dichiarata responsabilità solidale non è identificabile. Neppure il significato della clausola si intende seguendo la lettura suggerita dal Comune resistente che, evidenziando come l'appalto avesse ad oggetto un servizio, afferma che la garanzia deve ritenersi estesa all'intero servizio; anche a voler leggere "opera" come "servizio", infatti, la dizione è letteralmente riferita a una "parte" di esso e per di più alla "parte" "oggetto di certificazione" che, come già evidenziato, non afferisce proprio né ad un opera né ad un servizio. L'esito, per altro, non è che la logica conseguenza del difetto di

costruzione dell'avvalimento in sede di offerta, cioè della già evidenziata "circolazione astratta" della certificazione. Coglie dunque nel segno il secondo motivo di ricorso ma, si ritiene, anche il primo, che non può che essere letto alla luce del suo sostanziale significato.

Se anche cioè non si condivide, nella sua prospettata absolutezza, la tesi di parte ricorrente, che pare asserire che mai le certificazioni di qualità siano suscettibili di avvalimento, ciò non di meno non si va ultra poetita là dove si osserva (semplicemente individuando l'interpretazione ritenuta più corretta dell'invocato parametro normativo) che in ogni caso, anche potendosi in astratto immaginare, secondo la più ampia estensione dell'istituto, l'avvalimento di certificazioni di qualità, ciò non significa, come vorrebbe la controparte, la circolazione astratta dei certificati (questa sì in letterale contrasto con l'invocato disposto normativo e la connessa giurisprudenza comunitaria); in definitiva il caso concreto (cioè quello per tale profilo censurato) effettivamente viola, come dedotto, la disciplina dell'avvalimento, ferma restando l'ovvia facoltà del giudice di dare l'interpretazione normativa ritenuta più corretta.

La domanda deve dunque trovare accoglimento, restando assorbiti gli ulteriori motivi afferenti i punteggi conseguiti dalla ricorrente seconda classificata, che restano superati dall'inadeguatezza dell'offerta dell'aggiudicataria con conseguente sua dovuta esclusione.

Come evidenziato da parte ricorrente per l'udienza di merito, la gara in questione ha ad oggetto un rapporto contrattuale della durata di tre anni; la controparte si è limitata ad installare alcuni impianti, prodromici allo svolgimento del servizio, che resta di durata, e rispetto al quale la ricorrente ha espressamente dichiarato di avere interesse. L'effetto conformativo della decisione comporta l'obbligo, in capo all'amministrazione, di provvedere

alla riaggiudicazione della gara, previa esclusione della controinteressata. La riassegnazione del servizio, cui la ricorrente dichiara di avere tuttora interesse, e da cui meglio ritiene di essere soddisfatta, risulta anche meno punitiva per l'amministrazione che evita il rischio di pagare il servizio due volte (uno all'aggiudicatario errato e uno alla ricorrente in sede risarcitoria). Si ritiene pertanto che l'annullamento degli atti impugnati soddisfi le pretese della ricorrente nei sensi di cui in motivazione, come dalla stessa evidenziato nell'ultima memoria depositata.

Le spese seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte –sezione prima –

Accoglie il ricorso e per l'effetto annulla gli atti impugnati;

Condanna parte resistente a rifondere a parte ricorrente le spese di lite complessivamente liquidate in € 4500,00 oltre IVA e CPA.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 3 dicembre 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Franco Bianchi, Presidente

Alfonso Graziano, Referendario

Paola Malanetto, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/01/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO