

N. 00749/2014 REG.PROV.COLL.

N. 01304/2013 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1304 del 2013, proposto da:
Societa' Eco Green S.r.l., Societa' F.Lli Busolin Autotrasporti S.n.c., Societa' il Verde di
Mazzonetto Luigi S.r.l., rappresentati e difesi dagli avv. Simone Uliana, Giampaolo Mazzola, con
domicilio eletto presso la Segreteria dell'intestato TAR ai sensi dell'art. 25 c.p.a.;

contro

Societa' Concessioni Autostradali Venete - Cav S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv. Alfredo
Biagini, Andrea Giuman, con domicilio eletto presso Alfredo Biagini in Venezia, S. Croce, 466/G;

nei confronti di

Dz Group Consorzio Stabile Societa' Cooperativa, rappresentato e difeso dagli avv. Pierluigi Piselli,
Pier Vettor Grimani, Gianni Marco Di Paolo, con domicilio eletto presso Pier Vettor Grimani in
Venezia, S. Croce, 466/G; Societa' De Zottis S.p.A.;

per l'annullamento

dell'esclusione della parte ricorrente dalla gara d'appalto ad oggetto l'affidamento del contratto
d'appalto del servizio di manutenzione ordinaria invernale: spargimento cloruri e sgombero neve -
campagne invernali 2013/2014, 2014/2015, 2015/2016. Codice identificativo gara 50282134A1;
della nota parte resistente prot. n. 9261 del 12.7.2013, con cui l'Amministrazione appaltante ha
comunicato alla ricorrente i motivi adottati a sostegno dell'esclusione; della Determinazione
dell'Amministratore Delegato della parte resistente n. 9597 del 17.7.2013; del bando di gara; del
Disciplinare di gara; nonché di ogni atto annesso, connesso o presupposto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Società Concessioni Autostradali Venete - Cav S.p.A. e di Dz Group Consorzio Stabile Società Cooperativa;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Dz Group Consorzio Stabile Società Cooperativa, rappresentato e difeso dagli avv. Pier Vettor Grimani, Pierluigi Piselli, Gianni Marco Di Paolo, con domicilio eletto presso Pier Vettor Grimani in Venezia, S. Croce, 466/G;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 aprile 2014 la dott.ssa Silvia Coppari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso ritualmente notificato, la società Eco Green srl in proprio e nella qualità di mandataria dell'ATI costituita con le mandanti F.Ili Busolin Autotraporti snc ed il Verde di Mazzonetto Luigi s.r.l. ha impugnato, oltre a tutti gli atti di gara, il provvedimento della propria esclusione e dell'aggiudicazione all'odierno controinteressato della gara d'appalto per "l'affidamento del contratto d'appalto del servizio di manutenzione ordinaria invernale: spargimento di cloruri e sgombero neve-campagne invernali 2013/2014, 2014/2015, 2015/2016".

Gara indetta dalla società Concessioni Autostradali Venete (CAV) e da aggiudicarsi mediante il criterio del prezzo più basso.

2. Il provvedimento di esclusione adottato nella seduta pubblica del 9 luglio 2013 risulta motivato dalla mancanza:

a) di "un servizio analogo eseguito nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando pari o superiore a € 3.000.000,00" poiché sarebbero stati indicati 475 contratti (per un importo complessivo pari a € 5.543.208,69) senza che nessuno di essi raggiunga il citato importo e inoltre per servizi espletati non "in favore di committenti, pubblici o privati, gestori di autostrade e/o autostrade in esercizio" come invece richiesto dalla legge di gara (cfr. punto A4 del disciplinare);

b) della dimostrazione, da parte della capogruppo Eco Green, del possesso di almeno il 40% dei requisiti (come prescritto dal disciplinare di gara in caso di ATI), essendo stato invocato a tale riguardo "l'avvalimento per il 55% dell'ausiliaria il Verde srl" e considerato che l'ulteriore mandante (Busolin Autotraporti snc) dichiara a propria volta "di volersi avvalere per il 21% del requisito asseritamente dalla mandataria capogruppo Eco Green srl", che invece "ne risulterebbe sprovvista".

3. Il gravame è diretto, in primo luogo, a censurare l'illegittimità dell'esclusione disposta poiché:

a) la mandataria del RTI ricorrente avrebbe indicato a comprova del requisito di capacità tecnico-organizzativa “475 ordini di chiamata afferenti ad un unico servizio analogo a quello oggetto di gara commissionato da ENI spa” effettuato nel triennio di riferimento come emergerebbe dalla certificazione di regolare esecuzione;

b) non sarebbe possibile escludere un concorrente sulla base di una interpretazione restrittiva della natura soggettiva dei committenti;

c) non potrebbe essere censurata la cessione del 21% dei requisiti mediante l'avvalimento (interno) intervenuto fra “Eco Green” e la mandante “Busolin”, posto che il prestito di tali requisiti non inciderebbe sulla qualificazione della mandataria che possederebbe comunque i requisiti minimi percentuali di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale richiesti dal disciplinare di gara.

3.1. In secondo luogo, il gravame è diretto a censurare l'illegittimità della mancata esclusione del Consorzio DZ Group controinteressato (e conseguentemente dell'aggiudicazione disposta in favore di quest'ultimo), in quanto sfornito di qualsivoglia requisito di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale richiesti per eseguire l'appalto perché, ad onta del nome, la DZ Group-Consorzio Stabile Società Cooperativa non sarebbe qualificabile in termini di consorzio stabile ma al più quale consorzio ordinario; e comunque anche se considerato quale consorzio stabile sarebbe ugualmente privo dei requisiti necessari (non potendosi ritenere che detti requisiti siano cumulabili con quelli posseduti dalla consorziata designata quale esecutrice del servizio).

4. Si sono costituiti CAV e il controinteressato DZ Group, chiedendo il rigetto del ricorso; il consorzio controinteressato ha altresì proposto ricorso incidentale “paralizzante”, nel quale deduce l'illegittima ammissione alla gara del RTI ricorrente principale per:

I) contraddittorietà, indeterminatezza e indeterminabilità dei requisiti di ordine speciale declinati in sede di offerta, sia in relazione al requisito di punta sia per l'oggettiva impossibilità di apprezzare quali requisiti e da chi siano posseduti nonché quali e da chi siano stati concretamente spesi;

II) difetto di corrispondenza tra quote di partecipazione al RTI e requisiti posseduti e/o concretamente spesi per la realizzazione del servizio;

III) radicale difetto di quote minimi di partecipazione alla procedura del RTI orizzontale;

IV) illegittimità dell'avvalimento interno stipulato tra la mandataria “Eco Green” e la mandante “Il Verde”;

V) difetto dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale richiesti dal disciplinare di gara;

VI) omessa attestazione dei requisiti di ordine generale.

5. In vista della discussione di merito le parti hanno depositato memorie difensive e di replica e all'udienza del 16 aprile 2014 la causa è stata trattenuta in decisione.

6. Occorre, preliminarmente, dare conto che, in sintonia con quanto affermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4 del 2011, secondo cui “l'esame prioritario del ricorso principale è ammesso, per ragioni di economia processuale, qualora sia evidente la sua infondatezza,

inammissibilità, irricevibilità o improcedibilità”, si procederà con l’esame prioritario del ricorso principale.

7. Per analoghe ragioni di economia processuale il Collegio ritiene di poter prescindere dall’esame dell’eccezione di inammissibilità per carenza di interesse (sotto il profilo della omessa dimostrazione del superamento della cd. prova di resistenza) sollevata dalla resistente.

8. Passando all’esame del merito, giova riportare integralmente l’articolata previsione del punto “A4” del disciplinare di gara relativo alla capacità tecnico-professionale necessaria per la qualificazione in gara.

8.1. Secondo tale prescrizione la dichiarazione rilasciata dal legale rappresentante del concorrente deve indicare *“l’elenco dei principali servizi analoghi a quello oggetto di gara (servizi di manutenzione invernale di spargimento cloruri solidi/liquidi e sgombero neve in ambito autostradale e/o strade extraurbane principali e secondarie in presenza di traffico) eseguiti negli ultimi tre anni antecedenti alla data del presente bando, con l’indicazione dei singoli importi, la cui somma complessiva non deve essere inferiore ad € 5.861.511,90, con l’indicazione del numero del contratto, data di sottoscrizione e con l’indicazione dei destinatari pubblici e/o privati dei servizi medesimi. Il concorrente dovrà dimostrare di aver realizzato, nel suddetto periodo, almeno uno dei servizi di cui ai seguenti punti:*

punto A) – n. 1 servizio analogo di importo pari o superiore a € 3.000.000,00;

punto B) – n. 2 servizi analoghi di importo complessivo pari o superiore a € 5.500.000,00.

Si precisa che i servizi analoghi di cui trattasi saranno presi in considerazione solamente ed esclusivamente se svolti in favore di Amministrazioni od Enti pubblici, organismi di diritto pubblico ed altri soggetti pubblici o privati gestori di strade e/o autostrade in esercizio.

In caso di raggruppamento temporaneo di concorrenti (ATI) o Consorzio la capogruppo dovrà attestare di possedere almeno il 40% dei succitati requisiti e le mandanti e le consorziate dovranno possedere cumulativamente la restante quota con la precisazione che ciascuna mandante dovrà attestare di possedere almeno il 10% dei succitati requisiti.”

8.2. Alla stregua della riportata prescrizione, come correttamente evidenziato nel provvedimento di esclusione impugnato, il RTI ricorrente risulta sprovvisto, da un lato, del servizio analogo cd. “di punta” richiesto (di importo pari o superiore a € 3.000.000,00), dall’altro, del possesso dei requisiti di capacità tecnico-economica minimi (pari almeno al 40%) in capo alla capogruppo.

8.3. Infatti, il preteso possesso del requisito concernente “un servizio analogo eseguito nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando pari o superiore a € 3.000.000,00” sarebbe stato dimostrato dall’ATI Eco Green con l’indicazione di n. 475 ordini di chiamata che in tesi risulterebbero afferenti ad un unico servizio analogo affidato da ENI spa (cfr. “scheda 6” a firma dei tre rappresentanti legali del RTI ricorrente allegata alla domanda di partecipazione).

8.4. Tuttavia, diversamente da quanto affermato nel ricorso, tali ordini di chiamata sono relativi a una pluralità di contratti (eseguiti dalla mandante “Il Verde di Mazzonetto Luigi”) non tutti perfezionati con ENI spa. Peraltro, anche analizzando i contratti intercorsi con quest’ultima società, risulta documentalmente che essi non raggiungono, nel loro complesso, la soglia di € 3.000.000,00 e che integrano formalmente tre contratti separati per tre distinti tratti autostradali (benché tutti stipulati nello stesso giorno e fra le stesse parti), in contrasto con il principio di non frazionabilità

del requisito cd. “di punta”. A ciò deve aggiungersi, a prescindere dal fatto che il committente (ENI spa) non è annoverabile tra i soggetti “gestori di strade e/o di autostrade in esercizio”, che, in ogni caso, i servizi prestati mediante i citati contratti, riguardando esclusivamente la manutenzione invernale all’interno di “Aree di servizio”, non sono omogenei a quelli oggetto di gara in quanto non effettuati per la mobilità del traffico stradale e/o autostradale, sicché essi non possono essere considerati utili ad attestare la capacità tecnica e organizzativa richiesta per l’espletamento del servizio oggetto di gara.

8.5. In conclusione gli ordini di chiamata indicati dalla ricorrente, per gli elementi oggettivi e soggettivi dei contratti cui si riferiscono, non soddisfano sotto alcun profilo la prescrizione della *lex specialis* in tema di “servizio analogo” né raggiungono la soglia minima di valore economico ritenuta dalla stazione appaltante idonea a garantire l’individuazione di un’esperienza organizzativa funzionale al corretto svolgimento dell’appalto in esame (avente valore economico non inferiore ad € 5.681.511,90).

9. Quanto poi al preteso possesso in capo ad “Eco Green”, nella sua qualità di mandataria, dei requisiti richiesti nella misura minima del 40 %, deve rilevarsi che tale società ha testualmente dichiarato di volersi avvalere dell’operatore economico “Il Verde srl” per i seguenti requisiti mancanti: “servizi analoghi a quelli oggetto di gara ... la cui somma complessiva non deve essere inferiore al 55% dell’importo di € 5.861.511,90; requisito di aver realizzato ... almeno uno dei servizi di cui ai seguenti punti: Punto A) – n. 1 servizio analogo di importo pari o superiore al 55% di € 3.000.000,00” (cfr. scheda 9).

9.1. Pertanto, è la stessa mandataria a dichiarare in fase di offerta di non essere in possesso del requisito dei servizi analoghi eseguiti nel triennio di riferimento e del servizio cd. di punta nella misura minima del 40% richiesta dal disciplinare, tanto da dover ricorrere all’avvalimento da parte di una delle mandanti.

9.2. “Eco Green” è ricorsa a tale avvalimento per poter prestare a, propria volta, all’altra mandante (“Busolin Autotrasporti”) il medesimo requisito nella misura del 21%.

9.3. Tale operazione, contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente, integra un’ipotesi di avvalimento a cascata [in cui la mandante “Busolin” si è avvalsa dei requisiti di “Eco Green” che, a propria volta ha utilizzato i requisiti di un altro soggetto (“Il Verde”)], in quanto tale vietata poiché elide il necessario rapporto diretto che deve intercorrere fra ausiliaria e ausiliata (cfr. da ultimo Cons. di Stato, Sez. V, 13 marzo 2014, n. 1251), senza che possa rilevare, in senso contrario, la circostanza che le imprese citate risultassero raggruppate in ATI.

10. Dall’infondatezza delle censure sollevate avverso il provvedimento di esclusione deriva l’inammissibilità delle censure rivolte contro l’aggiudicazione disposta in favore dell’odierno contro interessato. In ogni caso le censure sollevate sarebbero comunque infondate nel merito.

10.1. Ed invero, il fatto che il Consorzio DZ, ai fini della qualificazione per il servizio in esame, abbia dichiarato di avvalersi dei requisiti di capacità tecnico-professionale maturati dalla consorziata De Zottis spa, indicata come esecutrice dell’appalto, è rispettoso del dato normativo (art. 277, comma 3, del DPR n. 207/2010), nonché dei principi elaborati dalla giurisprudenza in materia secondo cui il consorzio può qualificarsi con requisiti posseduti in proprio ovvero mediante il cumulo con quelli delle consorziate (secondo il criterio della sommatoria), senza dover ricorrere allo strumento dell’avvalimento.

10.2. Peraltro non appare revocabile in dubbio, in considerazione della forma giuridica di Società cooperativa consortile, la natura di “consorzio stabile” del controinteressato, posto che esso soddisfa le caratteristiche essenziali a tal fine richieste dall’art. 36 del d.lgs. n. 163 del 2006, e non potendosi in alcun modo dedurre il difetto di un’autonoma organizzazione di impresa né dallo scopo mutualistico della società né dal suddetto “prestito dei requisiti” da parte della consorziata.

11. Alla luce delle considerazioni che precedono, il ricorso deve essere pertanto respinto sotto tutti i profili, il che determina l’inammissibilità del ricorso incidentale per carenza di interesse.

12. In considerazione della novità di alcune delle questioni trattate, sussistono nondimeno eccezionali motivi per compensare le spese fra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge e, conseguentemente, dichiara l’inammissibilità del ricorso incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 16 aprile 2014 con l'intervento dei magistrati:

Bruno Amoroso, Presidente

Alessio Falferi, Primo Referendario

Silvia Coppari, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/06/2014

IL SEGRETARIO

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