



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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4954 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Soc Mauden Spa, rappresentata e difesa dagli avv.ti Fabio Andrea Bifulco, Stefania Viola e Andrea Manzi, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo, in Roma, via F. Confalonieri, 5;;

contro

- Consip Spa, rappresentata e difesa dall'avv. Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso lo studio dello stesso, in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

- Autorita' per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori Servizi e Forniture, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per l'annullamento

- del provvedimento di CONSIP, prot. n.8265/2010, in data 7 aprile 2010, recante esclusione della ricorrente dalla gara per l'attivazione di un accordo quadro per la fornitura di Storage di fascia alta e dei servizi connessi, nonché di ogni atto presupposto, connesso e consequenziale, ivi incluse l'escussione della garanzia provvisoria e la segnalazione all'AVCP; oltre che per l'annullamento e/o la dichiarazione di nullità, inefficacia e/o disapplicazione, in quanto occorra e nei limiti specificati in ricorso, del bando di gara;
- del provvedimento CONSIP, prot. 13489 del 26 maggio 2010, recante escussione delle cauzioni provvisorie emesse da SACE BT – s.p.a., Agenzia 1674.00.27 di Brescia, nn. 2799531750 e 2799531753 del 9 febbraio 2010;
- del provvedimento Consip prot. 9313/2010 del 16.4.2010, recante comunicazione all'AVCP, per la sospensione da uno a dodici mesi dalla partecipazione alle procedure di affidamento;
- del provvedimento di aggiudicazione di cui alle note da 2060/2011 a 2071/2011 (relativamente al lotto 1) e da 2048/2011 a 2051/2001, 2053/2011 e da 2055/2011 a 2059/2011 (relativamente al lotto 2), tutte del 25.1.2011 e di ogni atto connesso e/o conseguente ancorché allo stato non conosciuto;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Autorita' per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture e di Consip Spa;

Viste le memorie difensive;

Viste l'ordinanza n. 2585/2010, parzialmente riformata in appello, di reiezione dell'istanza cautelare, e l'ordinanza istruttoria n. 6264/2011;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore designato per l'udienza pubblica del giorno 11 gennaio 2012 il dott. Domenico Lundini 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 bando pubblicato sulla G.U.C.E. in data 24.12.2009 e sulla G.U.R.I. in data 28.12.2009, la Consip spa ha indetto una gara di appalto, mediante procedura aperta, suddivisa in due lotti, per la stipula di un Accordo Quadro, ex art. 59 del D.Lgs. n. 163/2006, con più operatori economici, per la fornitura di Storage di fascia alta, per conto di vari enti ed amministrazioni pubbliche e per un importo stimato di 4 e 3 milioni di euro, rispettivamente per i lotti n. 1 e n. 2.

La società ricorrente ha partecipato alla gara predetta, ma ne è stata esclusa, dopo una fase di richiesta di documenti (di cui a note Consip del 26.2.2010 e del 17.3.2010) a comprova del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa ai sensi dell'art. 48 del D.Lgs. n. 163/2006, con provvedimento del 7.4.2010, per difetto del requisito di capacità tecnica, non essendo stato comprovato il possesso, da parte della società ausiliaria Hitachi Data System Italia srl, di cui la ricorrente aveva prospettato di volersi avvalere, della certificazione UNI EN ISO 9001, richiesta dal punto

III.2.3 del bando di gara, relativa alla gestione per la qualità dei processi di produzione di apparecchiature Storage.

2. Avverso tale esclusione, l'escussione della garanzia provvisoria, la segnalazione all'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici, nonché il bando di gara (nelle parti ritenute lesive), è insorta l'istante con il ricorso introduttivo depositato il 3.6.2010, deducendo una serie di censure nei confronti delle quali controdeduce Consip, che si oppone altresì, con articolate memorie difensive (depositate il 10.6.2010, 15.6.2011, 20.6.2011 e 23.9.2011), ai profili d'impugnativa azionati da Mauden spa nei successivi motivi aggiunti, di ampliamento del thema decidendum ed impugnativa dei provvedimenti di escussione delle cauzioni provvisorie (nota Consip 26.5.2010), di comunicazione all'AVCP (nota 16.4.2010), di aggiudicazione definitiva (v. note specificate in epigrafe).

La ricorrente, a sua volta, ha insistito nei propri assunti, con memorie depositate il 13 e 18.6.2011.

3. Tanto premesso, va disatteso il primo profilo di censura (mosso nelle premesse del ricorso introduttivo e ripreso, precisato ed ampliato anche nel corpo del ricorso stesso) con il quale l'istante assume che nel bando e nelle disposizioni di gara, da ritenersi in parte qua illogici e irragionevoli, sarebbero state violate le norme europee (art. 48 Direttiva 2004/18/CE) e nazionali di attuazione (art. 42 comma 1 lett. m, e comma 3, del D.Lgs. n. 163/2006), in base alla quali nei casi (come quello di specie) di fornitura di prodotti, le

garanzie di qualità devono essere richieste con riguardo ai prodotti medesimi e non al fornitore partecipante all'appalto.

Al riguardo, occorre premettere che il punto III.2.3 del bando disponeva espressamente, nella gara di cui trattasi, per la parte riguardante i requisiti di ammissione di capacità tecnica, che il concorrente, a pena di esclusione, avrebbe dovuto possedere la “certificazione” attestante “l’ottemperanza alle norme in materia di qualità UNI EN ISO 9001 relative alla gestione per la qualità dei processi di produzione, vendita e assistenza, di apparecchiature storage”.

Il Capitolato d’Oneri, da parte sua, confermava, al punto 2.3, che, “ai fini dell’ammissione alla gara il concorrente dovrà dichiarare il possesso dei requisiti prescritti dal Bando di gara, e segnatamente”, tra gli altri, “i requisiti relativi alla capacità tecnica richiesti al punto III.2.3 del Bando” stesso.

Lo stesso schema di “dichiarazione necessaria per l’ammissione alla gara” (Allegato n. 1 al Capitolato) ribadiva poi, ulteriormente, che la certificazione di qualità avrebbe dovuto avere ad oggetto tutti i processi, della produzione, della vendita e dell’assistenza.

Pertanto (con ciò anticipandosi anche l’esame di altro specifico profilo di doglianza mosso dall’istante) appare evidente che nella *lex specialis* non sono configurabili aporie o disposizioni contrastanti di alcun genere, risultando chiaramente ed univocamente esplicitato sia nel bando che nel capitolato e nei relativi allegati, che la

certificazione di qualità era richiesta, a pena di esclusione, per i processi di produzione, di vendita e di assistenza. Né a diversa conclusione può pervenirsi sulla base del disposto di cui alla lettera c) del medesimo punto 2.3 del capitolato, in base al quale “relativamente alla capacità tecnica, il requisito di cui alla lett. a) del punto III 2.3) del bando di gara, dovrà essere posseduto dall’impresa/e dell’RTI/Consorzio che svolgerà/svolgeranno le attività oggetto della certificazione (produzione e/o vendita e/o assistenza di apparecchiature di storage”). Infatti con tale precisazione l’Amministrazione non ha contraddetto affatto le precedenti disposizioni di gara (come adombrato dalla ricorrente) ma si è semplicemente limitata a consentire la frazionabilità del requisito de quo, in caso di ATI o di Consorzio, tra le varie imprese raggruppate o consorziate (nondimeno costituenti, sebbene in forma associativa, un unico concorrente). Si tratta quindi di una norma riferita all’ipotesi di partecipazione appunto in ATI o in Consorzio che in alcun modo poteva riguardare l’impresa che, partecipando singolarmente (come la ricorrente Mauden spa), avrebbe dovuto possedere (sebbene con la possibilità di avvalersi di impresa ausiliaria) la certificazione di qualità sia per la produzione che per la vendita ed assistenza di apparecchiature Storage.

Non vi era insomma, ripetesì, alcuna contraddittorietà intrinseca nelle varie disposizioni del bando di gara relative al detto requisito di capacità tecnica, o alcuna equivocità che potesse ingenerare dubbi o

perplessità circa la prescrittività (o meno) del riferimento alla necessità di possesso, a pena di esclusione, della certificazione di qualità relativa al processo di produzione in capo a ciascun concorrente personalmente (salva l'ipotesi dell'avvalimento), o che potesse far pensare ad una eventuale alternatività del possesso di tale certificazione con quella riferita alla sola commercializzazione e manutenzione.

Il requisito, invero, era chiaramente previsto a pena di esclusione, e doveva essere posseduto nella sua integrità, così come prescritto dalla *lex specialis*.

4. Il che ha rilievo non solo ai fini della reiezione del profilo di censura con il quale è denunciata la sopra cennata perplessità e/o contraddittorietà (che sono infatti insussistenti) delle regole di gara, ma anche ai fini della valutazione degli aspetti di tempestività (o meno) dell'impugnativa della contestata prescrizione del requisito di capacità tecnica di cui trattasi.

Al riguardo, trattandosi di clausola di chiaro tenore ed immediatamente "escludente", certamente non si era in presenza, in caso di mancato possesso del richiesto requisito, di un'ipotesi di mancanza di perspicuità della disposizione stessa che ne potesse giustificare l'impugnativa differita al momento della sua applicazione concreta.

5. Quanto poi ai limiti e alle condizioni di disapplicabilità delle disposizioni di bando in ipotesi contrastanti con la normativa

comunitaria, sembra al Collegio piuttosto pertinente (a fronte della ricostruzione interpretativa rappresentata dall'istante) quella riveniente dalla sentenza della Corte di Giustizia CE, VI, n. 327 del 27.2.2003, nella quale, proprio in riferimento ad eventuali bandi di gara contrastanti con norme comunitarie, si è stabilito quanto segue:

“...occorre rilevare, da un lato, che il termine di decadenza di 60 giorni applicabile in materia di appalti pubblici in forza dell'art. 36, n. 1, del regio decreto n. 1054/1924, come interpretato dal Consiglio di Stato, risulta ragionevole sotto il profilo sia dell'obiettivo della direttiva 89/665 sia del principio della certezza del diritto”.

“Dall'altro, occorre constatare che un tale termine, che decorre dalla data di notifica dell'atto o dalla data in cui risulta che l'interessato ne ha avuto piena conoscenza, è conforme anche al principio d'effettività, in quanto non è idoneo, di per sé, a rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti eventualmente riconosciuti all'interessato dal diritto comunitario”.

“Tuttavia, ai fini dell'applicazione del principio d'effettività, ciascun caso in cui si pone la questione se una norma processuale nazionale renda impossibile o eccessivamente difficile l'applicazione del diritto comunitario deve essere esaminato tenendo conto, in particolare, del ruolo di detta norma nell'insieme del procedimento, nonché dello svolgimento e delle peculiarità di quest'ultimo (v. sentenza 14 dicembre 1995, causa C-312/93, Peterbroeck, Racc. pag. I-4599,

punto 14)”.

“Pertanto, se un termine di decadenza come quello della causa principale non è, di per sé, contrario al principio di effettività, non si può escludere che, nelle particolari circostanze della causa sottoposta al giudice a quo, l'applicazione di tale termine possa comportare una violazione del detto principio”.

6. Sulla base di tale premesse, la Corte di Giustizia ha sostanzialmente ritenuto che occorresse quindi valutare, nei singoli casi, da parte del giudice nazionale, se l'autorità aggiudicatrice, in presenza di un termine perentorio pur legittimamente previsto dalla legge nazionale per l'impugnativa del bando, abbia, con il suo comportamento, creato (oppure no) uno stato d'incertezza in ordine all'interpretazione da dare alla clausola del bando stesso, tanto che questa incertezza sia stata dissipata solo con l'adozione della decisione di esclusione.

Ha quindi precisato, la Corte stessa, che “occorre risolvere la questione pregiudiziale dichiarando che la direttiva 89/665 deve essere interpretata nel senso che essa - una volta accertato che un'autorità aggiudicatrice con il suo comportamento ha reso impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario a un cittadino dell'Unione leso da una decisione di tale autorità - impone ai giudici nazionali competenti l'obbligo di dichiarare ricevibili i motivi di diritto basati sull'incompatibilità del bando di gara con il diritto comunitario,

dedotti a sostegno di un'impugnazione proposta contro la detta decisione, ricorrendo, se del caso, alla possibilità prevista dal diritto nazionale di disapplicare le norme nazionali di decadenza in forza delle quali, decorso il termine per impugnare il bando di gara, non è più possibile invocare una tale incompatibilità”.

Ne consegue che la possibilità di disapplicazione non è consentita ove non vi sia stato un comportamento dell'Amministrazione tale da ostacolare l'immediata impugnazione, da parte del concorrente, della disposizione di gara contrastante con il diritto comunitario.

Ebbene, nella specie, la clausola della *lex specialis*, nella parte in contestazione, era chiara, non equivoca e di immediata percepibilità nella sua portata lesiva, sicchè, in ipotesi di contrasto con il diritto comunitario, non pare al Collegio che vi fossero ostacoli frapposti dalla stazione appaltante tali da determinare l'incolpevole superamento dei termini decadenziali per l'impugnativa della clausola stessa, profilandosi quindi, effettivamente, nel caso di cui trattasi, dubbi ragionevoli di tardività al riguardo.

7. Ritiene tuttavia la Sezione di poter prescindere dall'approfondimento degli aspetti di possibile irricevibilità eccepiti dall'Amministrazione o dai profili e dai limiti di eventuale disapplicabilità del bando di gara (in parte qua), dal momento che le relative disposizioni appaiono comunque immuni dalle censure dedotte.

Se è vero, infatti, che l'art. 48, comma 2, lett. j), della direttiva

2004/18/CE stabilisce che le capacità tecniche e professionale degli operatori economici sono valutate, “per i prodotti da fornire”, mediante, tra l’altro, “ii) certificati rilasciati da istituti o servizi ufficiali incaricati del controllo della qualità, di riconosciuta competenza, i quali attestino la conformità di prodotti ben individuati mediante riferimenti a determinate specifiche o norme” (e che analoga disposizione è contenuta nell’art. 42 comma 1 lett. m) del D.Lgs. n. 163/2006), è anche vero che in base agli artt. 49 della Direttiva predetta e 43 del Codice dei Contratti le stazioni appaltanti possono sempre chiedere la “presentazione di certificati rilasciati da organismi indipendenti per attestare l’ottemperanza dell’operatore economico a determinate norme in materia di garanzia della qualità”. Nella specie, la Stazione appaltante, sulla base di una scelta discrezionale che non appare illogica o irragionevole, ha ritenuto di dover richiedere, a maggior garanzia dell’interesse pubblico alla fornitura di prodotti di qualità, il possesso, nel concorrente stesso, delle certificazioni di qualità afferenti alla produzione di apparecchiature di Storage, e non solo quelle riferite alla commercializzazione e manutenzione delle apparecchiature medesime. Evidentemente tale opzione è stata il frutto di una scelta volta a coinvolgere e responsabilizzare direttamente (almeno nella forma dell’impresa ausiliaria) gli stessi produttori delle apparecchiature richieste. Ritiene il Collegio che in quest’ottica, la clausola riferita al requisito contestato, benché in un appalto di

fornitura e servizi, sia legittima, tenuto anche conto della particolare complessità tecnologica delle apparecchiature richieste in fornitura e soprattutto della possibilità, consentita da Consip nella lex specialis, di comprovare il possesso del requisito stesso anche da parte di una sola delle imprese riunite in ATI o in Consorzio, ovvero ancora mediante avvalimento di impresa produttrice (essendo stata oltretutto ammessa, dalla stazione appaltante, nell'ambito di tale istituto, la facoltà del concorrente di avvalersi di più imprese ausiliarie per il medesimo requisito, ex art. 2.5, pag. 10, del Capitolato d'oneri). Inoltre, ad ulteriore giustificazione della ragionevolezza della scelta operata dal bando di gara, va anche considerata la maggiore concorrenzialità assicurata dalla clausola stessa, con l'offerta di una più vasta gamma di prodotti. In effetti, la richiesta certificazione, afferente anche alla fase della produzione, era idonea a garantire (stante anche la disposizione del bando per cui della stessa impresa ausiliaria non si poteva avvalere più di un concorrente) che fossero presentate offerte di più tipologie di apparecchiature prodotte da industrie diverse.

Alla stregua di quanto sopra, la clausola in contestazione non appare illogica, né vessatoria, né restrittiva della concorrenza o sproporzionata rispetto al fine perseguito.

8. Quanto agli aspetti specifici della esclusione della ditta ricorrente, e alle relative censure mosse dalla stessa, rileva il Collegio quanto segue:

a) a fronte delle precise disposizioni, sopra riferite, contenute nel bando e nel capitolato d'oneri, circa la necessità di possesso, da parte del concorrente, della certificazione di qualità riferita anche ai processi di produzione delle apparecchiature Storage, la ricorrente ha dichiarato di avvalersi al riguardo della Società Hitachi Data System Italia srl. Tuttavia, in sede di comprova del requisito medesimo, ai sensi dell'art. 48 del D.Lgs. n. 163/2006, l'istante ha prodotto una certificazione di qualità dei processi di produzione intestata non a tale ditta ausiliaria ma ad un soggetto giuridico diverso, ovvero alla Hitachi Computer Products (Europe) sas, con annessa dichiarazione della ditta ausiliaria attestante che i sottosistemi di Storage Hitachi "sono conformi alla certificazione" (di cui sopra) "in materia di qualità UNI EN ISO 9001 relativa alla gestione dei processi di produzione, vendita ed assistenza";

b) a seguito poi di ulteriore richiesta di chiarimenti (sostanzialmente volta ad ottenere la prova, da parte di Mauden, che l'impresa ausiliaria fosse, anch'essa, titolare della certificazione suddetta), Mauden stessa si è limitata a produrre: una dichiarazione del Vice Presidente della società terza -Hitachi Computer Products (Europe) sas- attestante che la stessa "fornisce e produce per il mercato europeo i sistemi storage venduti da Hitachi Data System "; documentazione attestante che la ausiliaria Hitachi Data System Italia srl e la società terza, Hitachi Computer Products (Europe) sas sono riconducibili al medesimo socio unico di controllo Hitachi Ltd;

certificazione di qualità della Hitachi Data System Italia srl;

c)peraltro, considerato che detta certificazione posseduta dalla ditta ausiliaria (da ultimo sopra citata) non attiene alla produzione di sistemi storage (ma alle sole commercializzazione, installazione e manutenzione), è evidente che la ricorrente non ha fornito la prova del requisito di idoneità tecnica di cui trattasi;

d)il provvedimento di esclusione è stato peraltro, contrariamente a quanto assume la ricorrente, ampiamente e sufficientemente motivato, tra l'altro con il riferimento ad un chiarimento reso in risposta ad apposito quesito in sede di gara e nel quale inequivocabilmente si specificava che “al fine del soddisfacimento del requisito di capacità tecnica relativo al possesso di certificazione di qualità UNI EN ISO 9001 per la gestione del processo di produzione, vendita e assistenza di Storage non è possibile, per il concorrente, produrre copia autenticata di una certificazione UNI EN ISO 9001 intestata ad un'impresa “terza” ovvero che non faccia parte del soggetto (impresa singola, RTI o Consorzio) che prende parte alla procedura o che non assuma il ruolo dell'impresa ausiliaria”. La stazione appaltante ha quindi dovuto necessariamente escludere la ricorrente, per difetto del richiesto requisito. In presenza di disposizioni che non lasciavano margini di dubbio in proposito, non vi era d'altra parte necessità di particolari spiegazioni. E comunque Consip ha esternato i presupposti della determinazione assunta, rilevando che il requisito in questione non risultava essere

posseduto dalla impresa ausiliaria e che nemmeno poteva ritenersi che la certificazione rilasciata alla società madre produttrice potesse ricondursi anche alla società “figlia” distributrice, a prescindere dalla prova del reale possesso delle capacità tecniche del soggetto ausiliario, “così come previsto dalla lex specialis e meglio precisato in sede di chiarimenti resi sulla documentazione di gara”;

e)l'amministrazione, nella sostanza, ha valutato la documentazione e i chiarimenti presentati da Mauden, ma a fronte delle disposizioni della lex specialis non ha potuto che assumere la dovuta determinazione di esclusione della ditta dalla gara di cui trattasi. Né può condividersi la ricostruzione della ricorrente, per cui con la richiesta di chiarimenti la stazione appaltante avrebbe ritenuto ammissibile che la certificazione di qualità afferente alla produzione di apparecchiature Storage potesse essere posseduta da un soggetto diverso dall'impresa ausiliaria, ancorché legata a quest'ultima da rapporti “infragruppo”.Al contrario, infatti, nella nota del 17.3.2010 la stazione appaltante aveva ben evidenziato la necessità (in base alla normativa di gara) che il requisito fosse posseduto dal concorrente o dalla ditta ausiliaria e che, non evincendosi dalla documentazione prodotta il possesso della certificazione “in capo alla ausiliaria Hitachi Data Sysem Italia S.r.l.”, proprio questo, per l'inveramento del requisito, occorreva dimostrare (il che non è avvenuto con conseguente riconoscimento di legittimità, sotto l'aspetto esaminato, della disposta esclusione);

f) quanto al richiamato principio di massima partecipazione, esso non può trovare nella specie applicazione ai fini dell'invalidazione del provvedimento di esclusione, dato che quest'ultimo, come sopra evidenziato, è stato disposto in applicazione di precise e chiare disposizioni di gara che la stessa ricorrente (in presenza oltretutto degli specifici chiarimenti che erano stati al riguardo forniti dalla stazione appaltante), non poteva ignorare o diversamente intendere;

g) in ordine alla possibilità poi, rimarcata dalla ricorrente anche con il riferimento a norme e giurisprudenza comunitarie, per un concorrente ad una gara di appalto, di fare riferimento alle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con essi, per dimostrare il possesso dei requisiti tecnici di partecipazione, quando il concorrente stesso possa comprovare (come nella specie sarebbe accaduto, in presenza di società, quella ricorrente e quella in possesso della necessaria certificazione, appartenenti al medesimo gruppo e allo stesso socio unico di controllo) di disporre effettivamente dei mezzi di tali soggetti necessari all'esecuzione dell'appalto, rileva il Collegio che nel caso in esame la *lex specialis* al riguardo predisponessa, anche per i casi come quello di specie, lo strumento dell'avvalimento, disciplinato dal capitolato d'oneri in conformità all'art. 49 del D.Lgs. n. 163/2006;

h) la ricorrente non ha impugnato in parte qua la detta normativa di gara (vedi artt. 2.5. e 3.5.1.6. del Capitolato), né ha dichiarato, in sede di partecipazione alla gara di cui trattasi, secondo le formalità, i tempi

e le modalità prescritte, di volersi avvalere, per il requisito in parola, della società in possesso del requisito stesso. Per il riferimento ai requisiti posseduti da imprese ausiliarie, anche nell'ipotesi di appartenenza al medesimo gruppo, la normativa in materia (vedi anche art. 49 del Codice dei Contratti) stabilisce formalità e dichiarazioni precise, nella specie non assolute, con inconferenza quindi della censura dedotta. D'altra parte, è stato chiarito in giurisprudenza che l'ordinamento prevede il collegamento societario quale presupposto (eventuale) per l'avvalimento da parte di un concorrente dei requisiti posseduti da un altro soggetto. In tal caso l'articolo 49 del codice dei contratti consente di provare il vincolo giuridico fra i due soggetti mediante una dichiarazione di appartenenza al gruppo societario, dispensando l'ausiliata dalla produzione di un apposito contratto di avvalimento. Il collegamento societario, dunque, non si cumula con l'istituto dell'avvalimento, ma ne rappresenta un possibile fattore - genetico e giustificativo - atto a dimostrare, sul piano sostanziale, una comunanza di interessi fra i due soggetti interessati al prestito dei requisiti. Non è quindi consentito avvalersi di un soggetto che a sua volta utilizza i requisiti di un altro soggetto, sia pure ad esso collegato, realizzando altrimenti una vietata fattispecie di avvalimento a cascata. La deroga al principio di personalità dei requisiti di partecipazione alla gara è strettamente collegata alla possibilità di avere un rapporto diretto ed immediato con l'ausiliaria, da cui l'ausiliata è legata in virtù della

dichiarazione di responsabilità resa dalla prima (ed eventualmente dalla stipulazione di un contratto), cui consegue una responsabilità solidale delle due imprese in relazione all'intera prestazione dedotta nel contratto da aggiudicare. L'innesto di un ulteriore passaggio tra l'impresa che partecipa alla gara e l'impresa che possiede i requisiti spezza questo ineludibile vincolo di responsabilità che giustifica il ricorso all'istituto dell'avvalimento ed alla deroga del principio del possesso in proprio dei requisiti di gara (cfr., in termini, Tar Campania, NA, n. 26798/2010; vedi anche in proposito CdS, IV, n. 7542/2008);

i) la stessa Corte di Giustizia, del resto, ha statuito (vedi sentenza n. 176/1999) che l'avvalimento di soggetti estranei alla gara è ammissibile a condizione che l'impresa avvalente sia in grado di provare di poter disporre effettivamente dei mezzi posseduti da soggetti terzi necessari, precisando che la normativa comunitaria non consente di presumere che il prestatore disponga dei mezzi di terzi basandosi sulla sola circostanza che esso fa parte di uno stesso gruppo di imprese.

L'art. 49 del Codice dei contratti, anche per l'ipotesi delle società dello stesso gruppo, predispone dunque, come si è detto, lo strumento formale dell'avvalimento, dettagliatamente disciplinato, al di fuori del quale non è consentito, per l'inveramento del possesso dei requisiti tecnici di ammissione, il riferimento ad altri soggetti, anche infragruppo, in violazione della normativa stessa, della par

condicio dei concorrenti, dei termini e delle garanzie nella specie posti dalla stessa *lex specialis* per la corretta operatività dell'istituto dell'avvalimento stesso.

Anche il profilo di censura da ultimo esposto va quindi disatteso.

9. Con altro ordine di censure, proposto nel ricorso introduttivo e nei motivi aggiunti depositati il 5.6.2010 e 1.7.2010, la ricorrente contesta poi l'escussione della cauzione provvisoria (per l'importo complessivo per i due lotti di 70.000,00 euro) e la nota di comunicazione dell'esclusione all'AVCP per i provvedimenti di competenza ex art. 6 comma 11 del D.Lgs. n. 163/2006 e per la sospensione da uno a dodici mesi dalla partecipazione alle procedure di affidamento.

10. Deduce al riguardo, sotto un primo profilo, l'illegittimità di tali atti perché, trattandosi di misure sanzionatorie, non si potrebbe prescindere, per la punibilità, da aspetti di imputabilità soggettiva che, nel caso di cui trattasi, non sussisterebbero per la ricorrente in ragione della sua buona fede risultante: dal riferimento del requisito non a se stessa ma ad impresa ausiliaria sulla base di quanto evidenziato nell'accordo di avvalimento; dall'ambigua formulazione della *lex di gara*; dal fatto che la certificazione di qualità riferita alla produzione sembrava, da un punto di vista sostanziale, per più versi non necessaria o piuttosto da riferirsi ai prodotti.

In proposito ritiene il Collegio di prescindere dalla valutazione delle circostanze del caso concreto al fine di riscontrare la sussistenza o

meno di buona fede della ricorrente e quindi di eventuali esimenti giustificative del comportamento tenuto dalla suddetta nella fase di comprova dei requisiti dichiarati, dato che il Collegio stesso ritiene di adeguarsi al filone giurisprudenziale (diffuso anche se non univoco) alla stregua del quale, ai sensi dell'art. 48 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, l'incameramento della cauzione provvisoria è conseguenza del tutto automatica del provvedimento di esclusione dalla gara, come tale non suscettibile di alcuna valutazione discrezionale con riguardo ai singoli casi concreti ed in particolare alle ragioni meramente formali ovvero sostanziali che l'Amministrazione ha ritenuto di porre a giustificazione dell'esclusione medesima; ciò comportando che, ai fini dell'applicazione di detta misura, è determinante e dunque assorbente l'esclusione, e non la sottostante ragione concreta che in particolare sia stata posta a suo fondamento (Consiglio Stato, sez. V, 01 ottobre 2010, n. 7263; TAR Lazio, III quater, n. 1399/2011; CdS, IV, n. 4098/2007; V, n. 2140/2009; contra v. CdS, VI, n. 1288 del 2.3.2011). Analoghe considerazioni debbono essere svolte in riferimento alla segnalazione all'AVCP.

Oltretutto, sul punto sembra al Collegio assolutamente condivisibile e dirimente la puntuale pronuncia della Corte Costituzionale (ordinanza n. 211 del 13.7.2011) in un giudizio avente ad oggetto proprio la legittimità costituzionale dell'art. 48 del D.Lgs. n. 163/2006, nella quale è stato tra l'altro affermato che "l'incameramento della cauzione provvisoria previsto dal citato art.

48, comma 1, quale automatica conseguenza del provvedimento di esclusione è, in primo luogo, coerente rispetto alla circostanza, posta in rilievo dalla giurisprudenza amministrativa, che essa «si profila come garanzia del rispetto dell'ampio patto d'integrità cui si vincola chi partecipa a gare pubbliche» (Cons. Stato, sez. V, 9 novembre 2010, n. 7963); in secondo luogo, è congruente rispetto alla funzione di garantire serietà ed affidabilità dell'offerta, sanzionando la violazione dell'obbligo di diligenza gravante sull'offerente, mediante l'anticipata liquidazione dei danni subiti dalla stazione appaltante, tenuto conto che l'operatore economico, con la domanda di partecipazione, sottoscrive e si impegna ad osservare le regole della relativa procedura, delle quali ha, dunque, contezza, e, conseguentemente, sotto questo profilo, le situazioni poste in comparazione dal rimettente non presentano elementi di apprezzabile diversità; in terzo luogo, costituisce una scelta del legislatore ordinario che, alla luce di siffatte considerazioni, non può essere giudicata frutto di un uso distorto ed arbitrario della discrezionalità allo stesso spettante e che, quindi, non contrasta in modo manifesto con il canone della ragionevolezza»; e «che, inoltre, i provvedimenti dell'AVCP, previsti dalla norma censurata, mirano a garantire che nel settore operino soggetti rispettosi delle regole che lo disciplinano e, quindi, sono diretti a sanzionare la condotta dell'offerente per finalità ulteriori e diverse rispetto a quelle cui è preordinato l'incameramento della cauzione provvisoria,

caratterizzato da una funzione differente da quella che connota detti provvedimenti, con conseguente incomparabilità di dette situazioni”.

11. A ciò semplicemente resta da aggiungere, quanto alla segnalazione alla AVCP, che trattasi di atto allo stato non lesivo, in assenza del provvedimento concreto dell'AVCP che la stessa, inoltre, adotta non in via meramente automatica e consequenziale rispetto alla segnalata esclusione, ma in via autonoma, in contraddittorio e tenendo conto delle circostanze oggettive e soggettive del caso concreto.

12. Con altro profilo di doglianza, rappresentato nei motivi aggiunti depositati il 1° 7.2011, la ricorrente assume poi, sempre avverso l'incameramento della cauzione e la segnalazione all'AVCP, che l'accordo quadro, sulla base degli artt. 13. 54 e 59 del Codice dei Contratti, non è una procedura di aggiudicazione e di affidamento di contratti pubblici, che seguirà semmai alla positiva conclusione dell'accordo, per cui non si applicherebbero le disposizioni dettate dal D.Lgs. n. 163/2006, ad eccezione dell'art. 81 e segg., e non si applicherebbero in particolare le disposizioni relative alla selezione dei partecipanti alle procedure di affidamento degli appalti, le misure sanzionatorie contestate (escussione della cauzione e segnalazione all'AVCP), l'art. 48 del predetto d.lgs. (non riferibile infatti al controllo dei requisiti in seno agli accordi quadro).

13. Tale ricostruzione interpretativa della ricorrente (anche a prescindere dalla tardività o meno dell'esposto profilo di doglianza) non è condivisibile, dato che la suddetta procedura è stata previsto

dall'art. 32 della Direttiva 2004/18/CE, ove si prevede che ai fini della conclusione di un accordo quadro le amministrazioni aggiudicatrici devono applicare le regole della procedura di affidamento previste dalla Direttiva, “in tutte fasi fino all'aggiudicazione degli appalti basati su tale accordo quadro”.

Lo stesso art. 59 del D.Lgs. n. 163/2006, inserito nella parte II, Titolo I, Capo III, Sezione I (recante “oggetto del contratto e procedura di scelta del contraente”), recepisce nel nostro ordinamento il citato art. 32 della Direttiva 18/2004/CE e al comma 2 prevede espressamente che “ai fini della conclusione di un accordo quadro, le stazioni appaltanti seguono le regole di procedura previste dalla presente parte in tutte le fasi fino all'aggiudicazione degli appalti basati su tale accordo quadro. Le parti dell'accordo quadro sono scelte applicando i criteri di aggiudicazione definiti ai sensi degli articoli 81 e seguenti”.

Quindi, diversamente da quanto opinato dalla ricorrente, l'accordo quadro è una procedura di affidamento regolata dal codice degli appalti e ad essa si applicano tutte le norme della parte II del D.Lgs. n. 163/2006 (ivi compreso l'art. 48) per l'individuazione del contraente.

Si tratta infatti, al di là del nomen iuris, di un vera e propria procedura selettiva ad evidenza pubblica, comprensiva della fase di aggiudicazione, governata dalla norme anche procedurali dettate dalla citata Direttiva comunitaria e dal D.Lgs. n. 163/2006.

14. Ciò è ampiamente ed ulteriormente dimostrato, nel caso in esame, dalla stessa *lex specialis*, che tale procedura in detti termini analiticamente disciplina e contempla, anche in riferimento alla stessa fase di controllo dei requisiti ex art. 48 del D.Lgs. n. 163/2006, di incameramento della cauzione e di segnalazione all'AVCP. Le relative disposizioni del Capitolato d'Oneri (cfr. pag. 10 ultima parte, art. 5.5 nella sua interezza e con particolare riferimento all'ultimo periodo; art. 5.6 nella sua interezza e con riferimento all'ultimo periodo) non sono state impugnate dalla ricorrente, sicchè sulla problematica sollevata è inutile discettare ulteriormente, dovendosi conclusivamente respingere anche le proposte doglianze riguardanti escussione della cauzione e segnalazione alla AVCP (soltanto dovendosi aggiungere, in riferimento agli ambiti della sospensione dell'attività da parte dell'AVCP stessa -al riguardo la ricorrente assumendo infatti doversi semmai limitare tale inibitoria alla partecipazione della ricorrente stessa alle sole procedure di accordo quadro- che trattasi di profilo di doglianza inammissibile in quanto relativo ad un atto allo stato insussistente, restando riservati all'AVCP l'an e il quomodo di ogni determinazione al riguardo.

15. In base alle esposte considerazioni il proposto ricorso e i successivi motivi aggiunti (ivi compresi quelli, meramente riproduttivi, depositati il 1°12.2011 e riguardanti le aggiudicazioni definitive) vanno quindi respinti.

Le spese e gli onorari, in considerazione della complessità delle

questioni trattate, possono essere integralmente compensati tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sul ricorso di cui in epigrafe, come integrato dai relativi motivi aggiunti, lo respinge.

Compensa le spese e gli onorari.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 gennaio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Lundini, Presidente FF, Estensore

Giuseppe Sapone, Consigliere

Cecilia Altavista, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/03/2012

IL SEGRETARIO

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

