



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1441 del 2013, proposto da:

Consorzio Arte'M Net, rappresentato e difeso dagli avv. Valentino Vulpetti e Carlo Maria Iaccarino, con domicilio eletto presso Carlo Maria Iaccarino in Napoli, via S. Pasquale a Chiaia, n. 55;

contro

Ministero per i Beni e le Attività Culturali - Soprintendenza Speciale per i Beni Archeologici di Napoli e Pompei, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli, presso la stessa domiciliata per legge in Napoli, via Diaz n. 11;

nei confronti di

Electa S.R.L., Mondadori Electa S.p.A., rappresentate e difese dagli avv. Giovanni de Vergottini e Nicola Tassoni, con domicilio eletto presso l'avv. Alessandro Limatola in Napoli, via S. Lucia, n. 15;

per l'annullamento

degli atti e dei provvedimenti relativi alla procedura di gara per l'affidamento in concessione dei servizi di progettazione e realizzazione editoriale, progettazione e realizzazione oggettistica, vendita prodotti editoriali e oggettistica presso gli Scavi di Pompei ed Ercolano; della sollecitazione alla domanda di partecipazione; della lettera di richiesta di offerta vincolante e dei relativi allegati; del decreto Soprintendente n. 87 del 23/12/2011 di nomina della Commissione di gara; di tutti i verbali di gara dal n. 1 del 16/1/2012 al n. 4 del 13/2/2012; dei provvedimenti di ammissione alla gara di Electa; della deliberazione di aggiudicazione provvisoria; della nota n. 5617 del 19/2/2013 di comunicazione dell'aggiudicazione definitiva; della determina n. 626 del 13/2/2013 recante l'aggiudicazione definitiva; del contratto eventualmente stipulato; nonché degli atti connessi; con declatoria di inefficacia del contratto e condanna al risarcimento dei danni in forma specifica o per equivalente;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero per i Beni e le Attività Culturali Soprintendenza Speciale per i Beni Archeologici di Napoli e Pompei, di Electa S.R.L. e di Mondadori Electa S.p.A.;

Viste le produzioni delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 ottobre 2013 il dott. Fabio Donadono e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

FATTO

Con ricorso notificato il 20/3/2013, il Consorzio ricorrente - secondo classificato con punti 92,59 nella procedura ristretta indetta dalla Soprintendenza Speciale per i Beni Archeologici di Napoli e Pompei per l'affidamento in concessione, ai sensi degli artt. 115 e 117 del d. lgs. n. 42 del 2004, dei servizi di progettazione, realizzazione e vendita di prodotti editoriali e di oggettistica presso gli Scavi di Pompei ed Ercolano, con durata di sei anni, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa - proponeva l'impugnativa in epigrafe contro l'ammissione in gara della Electa classificatasi in prima posizione con punti 96,28, nonché in via subordinata contro l'intera procedura.

L'amministrazione intimata e la società aggiudicataria, unitamente alla impresa ausiliaria Mondadori Electa, si costituivano in giudizio resistendo all'impugnativa.

La domanda incidentale di sospensione è stata accolta, con ordinanza del Consiglio di Stato, sez. VI, n. 1765 del 15/5/2013, in riforma dell'ordinanza TAR Campania, sez. I, n. 600 del 10/4/2013.

DIRITTO

1. Nel merito il Consorzio ricorrente deduce che:

- nella dichiarazione resa in data 3/11/2011 dall'amministratore unico in carica della Electa non si ricaverebbe l'attestazione in ordine ai requisiti di cui all'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006, secondo quanto previsto anche dall'art. 4 della Lettera di richiesta di offerta vincolante e dall'art. 2 della Sollecitazione alla presentazione della domanda di partecipazione, relativamente al medesimo; la mancanza comporterebbe l'esclusione della concorrente, non essendo ammissibile l'integrazione documentale ex art. 46 dello stesso d. lgs. n. 163;
- la dichiarazione in data 9/9/2010 dall'amministratore unico p.t. di Electa all'atto della presentazione della domanda di partecipazione non sarebbe correttamente firmata, essendo sottoscritta solo nell'ultima delle tre pagine;
- mancherebbe la precisa indicazione dei requisiti e delle risorse oggetto di avvalimento nonché la dimostrazione del requisito nelle dichiarazioni rese dall'impresa ausiliaria, Mondadori Electa s.p.a.; non sarebbe sufficiente a tal fine la mera allegazione dei legami societari con l'aggiudicataria;
- mancherebbe altresì la dichiarazione del possesso dei requisiti ex art. 38 con riferimento al presidente del CdA munito di poteri di rappresentanza della suddetta società ausiliaria, essendo dichiarati tali requisiti solo per l'amministratore delegato;
- alla data del 30/6/2010 di pubblicazione della Sollecitazione alla domanda di partecipazione, la società Electa non risultava ancora costituita;
- la domanda di partecipazione sarebbe presentata dalla Electa RMN, successivamente trasformatasi in Electa, costituita il 9/9/2010 dalla Mondadori Electa e dalla RMN Réunion Des Musées Nationaux, imprese che sarebbero singolarmente in possesso dei requisiti previsti per la procedura in questione; dunque la nuova società sarebbe stata costituita per aggirare il divieto, posto dall'art. 4 della Sollecitazione a pena di esclusione, della partecipazione in ATI di imprese dotate dei requisiti per partecipare singolarmente; lo scopo dell'alleanza tra RMN ed Electa si ricaverebbe anche dalla delibera dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato n. 21830 del 24/11/2010;
- in base all'art. 86, co. 2, del d. lgs. n. 163 del 2006, la stazione concedente avrebbe dovuto valutare la congruità dell'offerta presentata dall'aggiudicataria, che avrebbe totalizzato 68,28 punti su 70 per l'offerta tecnica e 28 punti su 30 per quella economica; l'amministrazione non avrebbe verificato la sostenibilità ed adeguatezza dell'offerta, secondo quanto previsto dall'art. 8 della Lettera di invito.

In via subordinata, il Consorzio ricorrente contesta altresì l'illegittimità della procedura nel suo complesso, all'uopo deducendo che:

- mancherebbe l'indicazione nella lex specialis degli oneri relativi alla sicurezza, ai sensi dell'art. 86, co. 3-bis e 3-ter, del d. lgs. n. 163 del 2006;
- i criteri per la valutazione dell'offerta tecnica sarebbe particolarmente ampi ed inidonei a veicolare il giudizio della Commissione giudicatrice; tale anomalia sarebbe stata rilevata anche dall'Autorità per la Vigilanza dei Contratti Pubblici con deliberazione n. 10 del 6/3/2013;
- nei verbali di gara mancherebbe qualsiasi indicazione sui motivi dell'attribuzione dei punteggi; la griglia di attribuzione dei punteggi risultante dal verbale n. 3 del 3/2/2012 non rispetterebbe le prescrizioni del punto 6.3 della Lettera di invito;
- relativamente alla nomina della Commissione giudicatrice, risulterebbe la violazione dell'art. 84 del d. lgs. n. 163 del 2006, in quanto il Presidente non apparterebbe all'amministrazione committente, mentre per altro componente della Commissione emergerebbe un conflitto di interessi in relazione alla collaborazione in diverse produzioni editoriali e mostre curate da Electa.

Il Consorzio ricorrente invoca, infine, l'accesso integrale al provvedimento di aggiudicazione, a tutti gli atti di gara ed all'offerta tecnica ed economica presentata dall'aggiudicataria.

1.1. Per quanto riguarda il motivo concernente l'avvalimento, il Collegio non ha ragione di discostarsi dall'orientamento giurisprudenziale già condiviso (cfr. TAR Campania, sez. I, 4/4/2012, n. 1589), confermato dal giudice di appello (cfr. Cons. St., sez. V, 6/8/2012, n. 4510) e recepito anche dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (cfr. determinazione n. 2 dell'1/8/2012).

Giova premettere che, ai sensi dell'art. 88 del DPR n. 207 del 2010, per la qualificazione SOA, il contratto di avvalimento di cui all'art. 49, co. 2, lett. f), del d. lgs. n. 163 del 2006 deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente le risorse e i mezzi prestati.

Inoltre, posto che il requisito dell'esperienza pregressa rappresenta, nell'ambito dei servizi, quello che l'attestazione SOA è per gli appalti di lavori, vale a dire il principale elemento di qualificazione dell'impresa, lo stesso principio deve valere anche per la dimostrazione del possesso, mediante avvalimento, dei requisiti di capacità economica-finanziaria e tecnico-professionale negli appalti di servizi.

In definitiva, la previsione del citato art. 88 esplicita un canone già esistente nell'ordinamento di settore e dotato di una portata ben più ampia di quella attinente al solo "prestito" dei requisiti di qualificazione in senso stretto.

Orbene, la mera riproduzione, nel testo dei contratti di avvalimento, della formula legislativa della messa a disposizione delle risorse necessarie di cui è carente il concorrente, o di espressioni similari, risulta essenzialmente tautologica e, come tale, indeterminata, nonché inidonea a permettere qualsivoglia sindacato, da parte della stazione appaltante, sull'effettività della messa a disposizione dei requisiti.

Infatti i contratti dal tenore generico, senza la precisazione degli elementi qualificanti per dimostrare l'effettiva attribuzione del requisito (mezzi, personale, organizzazione, conoscenze), si presentano incapaci di integrare uno schema minimale di diritti, obblighi e quindi garanzie per una sicura attuazione dell'avvalimento, e dunque dello stesso appalto pubblico, in condizioni di chiarezza e trasparenza. Ciò è maggiormente evidente quando il requisito "prestato" dall'impresa ausiliaria è di tipo immateriale, caratterizzato da un elevato grado di astrattezza, come nel caso del possesso di un determinato fatturato, ovvero quando l'avvalimento riguarda addirittura il complesso dei requisiti richiesti per la partecipazione alla gara.

In proposito giova rilevare che anche la circolare ministeriale 30/12/2012, n. 4536, recante primi chiarimenti in ordine all'applicazione delle disposizioni di cui al d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, nel rilevare l'inserimento del citato art. 88 del regolamento di esecuzione del codice dei contratti pubblici nell'ambito della disciplina sugli appalti di lavori, sottolinea nondimeno l'esigenza che il contratto di avvalimento, negli appalti di servizi, debba avere un

oggetto determinato o determinabile ai sensi dell'art. 1346 c.c., chiarendo che la mancanza di un valido avvalimento comporta l'esclusione del concorrente per violazione dell' art. 49 del codice degli appalti.

Le parti resistenti obiettano, relativamente all'art. 49 del d. lgs. n. 163 regolante l'avvalimento, che la concorrente Electa sarebbe interamente controllata dall'ausiliaria Mondadori Electa (nella dichiarazione all'uopo presentata si far riferimento alla detenzione del 75% del capitale sociale della società ausiliata Electa RMN) e che l'art. 30 dello stesso d. lgs. n. 163 escluderebbe in via generale l'applicabilità delle disposizioni del codice dei contratti alle concessioni di servizi, segnatamente per quanto riguarda il richiamo nell'art. 49 all'art. 38.

Giova premettere che l'invocazione dell'art. 30 prova troppo, poiché se si esclude l'applicabilità delle disposizioni in materia di avvalimento, la concorrente Electa rimarrebbe affatto priva dei requisiti di capacità che può dimostrare solo con il ricorso all'istituto dell'avvalimento.

Vero è piuttosto che l'avvalimento costituisce un principio di origine comunitaria avente portata generale, la cui finalità non è di arricchire la capacità tecnica od economica del concorrente ma, piuttosto, di consentire a soggetti privi dei requisiti prescritti di concorrere alla gara fruendo dei requisiti di altri soggetti, secondo le modalità e formalità rigorosamente previste dall'ordinamento.

Le relative disposizioni, pur estranee alla concessione di servizi, sono dunque applicabili nella misura in cui esse trovano la propria ragion d'essere immediata nei principi generali in materia ed in quanto, pur essendo modulate al servizio di esigenze più particolari, si configurano come espressione essenziale dei principi medesimi (cfr. Cons. St., ad. plen., 6/8/2013, n. 19).

Orbene, la facoltà di avvalersi dell'altrui capacità costituisce tuttavia un'eccezione al principio generale, che impone ai concorrenti in una procedura concorsuale il possesso personale di determinati requisiti di idoneità, per cui deve essere puntualmente dimostrata l'effettiva disponibilità per l'impresa ausiliata delle risorse possedute dell'impresa ausiliaria.

In tale quadro, l'art. 49, co. 2, lett. g), del d. lgs. n. 163 del 2006, nel caso di avvalimento nei confronti di un'impresa che appartenga al medesimo gruppo, pur esonerando dalla presentazione del contratto di cui alla lett. f), in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto, non esclude tuttavia la necessità della presentazione della dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria di cui alla lett. d), con cui quest'ultima si obbliga, verso il concorrente e verso la stazione committente, a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente (cfr. Cons. St., sez. IV, 20/11/2008, n. 5742).

Ne consegue che, rispetto alla dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità, la mera allegazione dei legami societari tra la concorrente e l'impresa ausiliaria, se per un verso semplifica le formalità richieste, esonerando dalla produzione di specifici accordi negoziali tra le società interessate, non è invece sufficiente a dimostrare di per sé in quale modo e con quali risorse i requisiti, posseduti dalla ausiliaria, vengono concretamente devoluti alla concorrente, che comunque è un soggetto autonomo e distinto, per lo svolgimento del servizio bandito dalla stazione concedente. Ne consegue che, anche in tal caso, è richiesto l'accertamento della sussistenza delle condizioni, per cui il partecipante sia tecnicamente o finanziariamente nelle condizioni di dare esecuzione all'instaurando rapporto (cfr. Cons. St., sez. V, 20/6/2011, n. 3670).

Orbene, la centralità della messa disposizione delle risorse è da correlare al pericolo che un generico impegno a mettere a disposizione dell'impresa ausiliata le risorse necessarie, svincolato da qualsivoglia collegamento con risorse materiali o immateriali, possa snaturare l'istituto dell'avvalimento per piegarlo ad una logica di agevole elusione ed aggiramento del sistema dei requisiti di partecipazione alle gare pubbliche. Tali requisiti sono solennemente prescritti dalle disposizioni di gara e normalmente soggetti ad una attenta verifica da parte della

stazione committente nei confronti dei concorrenti che se ne dichiarino titolari in proprio, per cui l'amministrazione deve essere in grado di valutare se mediante l'avvalimento il concorrente sia effettivamente in condizione equivalente a quella di un concorrente autosufficiente circa il possesso dei requisiti.

Senonché nella specie, dalla documentazione in atti, emerge che la società ausiliaria ha genericamente dichiarato di essere in possesso delle risorse necessarie per soddisfare i requisiti di partecipazione e di obbligarsi nei confronti della concorrente a fornire i requisiti di partecipazione ed a mettere a disposizione le risorse necessarie di cui essa è carente.

1.2. In conclusione, pertanto, va riconosciuta la fondatezza della esaminata censura.

Né peraltro l'esclusione della concorrente controinteressata trova ostacolo nelle disposizioni introdotte con l'art. 46, co. 1-bis, del d. lgs. n. 163 del 2006, posto che il vizio che inficia la partecipazione alla gara deriva dall'applicazione di una vincolante normativa e non da clausole delle disposizioni di gara affette da nullità.

1.3. Sono da ritenere assorbite le altre censure dedotte in via subordinata contro le procedura di gara e le contestazioni in ordine all'esercizio del diritto di accesso, nonché le censure concernenti ulteriori profili di esclusione dell'ATI aggiudicataria, ai quali la ricorrente principale non ha interesse, posto che un valida ragione di esclusione è già sufficiente a dimostrare l'illegittimità dell'ammissione in gara della concorrente ed a determinarne l'effetto espulsivo dalla procedura concorsuale.

2. Va pertanto annullata l'aggiudicazione con conseguente obbligo dell'amministrazione di riaprire la procedura concorsuale, adottando tutti gli atti consequenziali.

Per l'effetto va inoltre dichiarata l'inefficacia della convenzione stipulata per la concessione del servizio in questione con decorrenza dalla nuova aggiudicazione definitiva in favore della società ricorrente.

Il venir meno dell'affidamento alla controinteressata, in vista di una nuova aggiudicazione, è soddisfacente in forma specifica dell'interesse vantato dal Consorzio ricorrente, per cui non vi è spazio per il riconoscimento di ulteriori pretese risarcitorie per equivalente.

3. Attese le peculiarità della vicenda e delle questioni trattate, si ravvisano giusti motivi per compensare tra le parti le spese del giudizio, fatto salvo il rimborso del contributo unificato a carico della Soprintendenza soccombente, come per legge.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), in accoglimento del ricorso in epigrafe, annulla gli atti impugnati per gli effetti di cui in motivazione.

Spese compensate, fermo restando il rimborso del contributo unificato a carico della Soprintendenza Speciale per i Beni Archeologici di Napoli e Pompei.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 23 ottobre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Cesare Mastrocola, Presidente

Fabio Donadono, Consigliere, Estensore

Carlo Dell'Olio, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/10/2013

IL SEGRETARIO

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