

Pubblicato il 06/02/2023

**N. 00170/2023 REG.PROV.COLL.
N. 00601/2022 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 la Liguria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 601 del 2022, proposto da
Consorzio Stabile Viagest s.c. a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Zaccone e Francesco Mollica, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Anas s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Genova, v.le Brigate Partigiane, 2;

nei confronti

Cooperativa Alta Val D'Aveto, in proprio e in qualità di mandataria del R.T.I. aggiudicatario, Edil Tosi Lem s.r.l., impresa individuale Cuneo Marco e Autotrasporti Toni di Biggio Maurizio e C. s.n.c., in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avvocati Renato Mottola e Boris Lorenzo Beronio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

degli atti della procedura aperta indetta da Anas s.p.a. per l'affidamento dei servizi invernali di sgombero neve e trattamenti antigelo per le stagioni 2022/23-2023/24-2024/25, lotto n. 3, e, segnatamente, della determina prot. n. 423724 del 21.6.2022, recante l'aggiudicazione in favore del R.T.I. con capogruppo Cooperativa Alta Val D'Aveto, del verbale di gara del 15.6.2022, degli ulteriori atti relativi all'ammissione dei concorrenti, alla valutazione dei requisiti e delle offerte ed alle verifiche di cui agli artt. 32, 80, 81, 95 e 97 del d.lgs. n. 50/2016, nonché di ogni altro atto connesso, presupposto e conseguente;

e per la condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno in forma specifica, con subentro nel contratto eventualmente stipulato, previa dichiarazione di inefficacia dello stesso, o, in subordine, al ristoro per equivalente;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Anas s.p.a. e di Cooperativa Alta Val D'Aveto, Edil Tosi Lem s.r.l., impresa individuale Cuneo Marco e Autotrasporti Toni di Biggio Maurizio e C. s.n.c.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 27 gennaio 2023, la dott.ssa Liliana Felletti e uditi per le parti i difensori, come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato il 21 settembre 2022 e depositato il 3 ottobre 2022 Consorzio Stabile Viagest s.c. a r.l. (d'ora innanzi, anche Viagest) ha impugnato gli atti della procedura aperta indetta da Anas s.p.a. per l'affidamento dei servizi invernali di sgombero neve e trattamenti antigelo sulle strade statali del centro manutentorio "A" e, segnatamente, i verbali di gara e la determina prot. n. 423724 del 21 giugno 2022, recante l'aggiudicazione del lotto n. 3 al R.T.I. Cooperativa Alta Val D'Aveto / Edil

Tosi Lem s.r.l. / impresa individuale Cuneo Marco / Autotrasporti Toni s.n.c.
In particolare, premesso di essersi classificato secondo in graduatoria, il consorzio ricorrente ha chiesto l'annullamento degli atti ed il subentro nel contratto eventualmente stipulato, previa declaratoria di inefficacia dello stesso, o, in subordine, la condanna dell'ente intimato al risarcimento del danno per equivalente.

Ha articolato i seguenti motivi:

I) *Violazione e falsa applicazione del disciplinare di gara. Violazione del disciplinare di gara § 7.3 e § 7.4. Violazione delle linee guida Anac n. 1. Violazione dell'art. 83 del d.lgs. n. 50/2016. Difetto assoluto di istruttoria e violazione dei canoni di correttezza, trasparenza e buon andamento dell'azione amministrativa. Violazione della par condicio competitorum. Violazione dell'auto-vincolo assunto dalla S.A.* Il raggruppamento vincitore sarebbe privo del requisito di capacità tecnica e professionale prescritto dal punto 7.3 lett. d) del disciplinare, perché la mandataria non avrebbe svolto, nel triennio di riferimento, il servizio analogo di importo maggiore. In particolare, la capogruppo Cooperativa Alta Val D'Aveto avrebbe eseguito le due lavorazioni indicate unitamente ad altre società e pretenderebbe di frazionare illegittimamente il requisito "di punta". Inoltre e in ogni caso, la quota parte del primo contratto ascrivibile alla capofila, di valore maggiore rispetto al secondo negozio, non raggiungerebbe il 51% dell'importo minimo richiesto di € 133.540,00.

II) *Invalidità del contratto di avvalimento. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 89 del d.lgs. n. 50/2016. Violazione delle previsioni di gara relative ai requisiti di partecipazione. Inammissibilità e/o invalidità dell'offerta. Eccesso di potere sotto i profili del difetto di adeguata istruttoria, della macroscopica illogicità, irragionevolezza, erroneità e contraddittorietà.*

I due contratti di avvalimento di garanzia sarebbero nulli, perché le ausiliarie non avrebbero espresso in modo serio l'impegno di prestare i requisiti economico-finanziari, ma si sarebbero limitate ad enunciare genericamente il

loro fatturato. Inoltre, entrambi i contratti dovrebbero ritenersi invalidi per mancanza di causa, non prevedendo un corrispettivo e non emergendo un interesse patrimoniale, né essendo ammesso un avvalimento a titolo di liberalità.

Si sono costituite in giudizio sia Anas s.p.a., sia le controinteressate Cooperativa Alta Val d'Aveto, Edil Tosi Lem s.r.l., impresa individuale Cuneo Marco e Autotrasporti Toni di Biggio Maurizio e C. s.n.c., difendendo la piena legittimità degli atti gravati e instando per la reiezione dell'impugnativa.

Con ordinanza n. 214 del 24 ottobre 2022 il Tribunale ha respinto la domanda cautelare accedente al ricorso, ritenendo insussistenti il *fumus boni iuris* e il *periculum in mora*.

Le parti hanno ribadito le proprie argomentazioni con memorie ai sensi dell'art. 73, comma 1, c.p.a., insistendo nelle rispettive conclusioni.

La causa è stata assunta in decisione nella pubblica udienza del 27 gennaio 2023.

DIRITTO

1. Con il I) motivo della narrativa in fatto il consorzio ricorrente contesta il possesso, in capo al raggruppamento vincitore, del requisito di capacità tecnica e professionale, consistente nell'esecuzione, nel triennio 2019-2020-2021, di due servizi analoghi di importo minimo complessivamente pari ad € 133.540,00 (20% della base d'asta).

La doglianza non merita condivisione.

Il disciplinare di gara contiene le seguenti prescrizioni in ordine al requisito esperienziale di capacità tecnica e professionale:

- *“Il Concorrente deve aver eseguito nello stesso triennio di riferimento indicato per il fatturato specifico (2019-2020-2021): 1 (uno) o al massimo 2 (due) contratti per la manutenzione invernale di strade ed autostrade svolti in favore di Amministrazioni od Enti Pubblici, organismi di diritto pubblico ed altri soggetti pubblici o privati, per servizi regolarmente eseguiti nel suddetto periodo, di importo minimo complessivamente pari al 20%*

dell'importo a base di gara” (art. 7.3 relativo ai requisiti di capacità tecnica e professionale, lett. d);

- “Il requisito di cui al precedente punto 7.3 lett. d) deve essere posseduto dal raggruppamento nel suo complesso ma, in ogni caso, la mandataria/capogruppo deve aver svolto il servizio di importo maggiore” (art. 7.4 relativo alle indicazioni per i raggruppamenti temporanei, consorzi ordinari, aggregazioni di imprese di rete e GEIE).

Il R.T.I. aggiudicatario – composto dalla capogruppo mandataria Cooperativa Alta Val d’Aveto e dalle mandanti Edil Tosi Lem s.r.l., impresa individuale Cuneo Marco e Autotrasporti Toni s.n.c. – ha indicato due contratti stipulati con Anas s.p.a. per servizi di sgombero neve e spargimento sale, per gli importi di € 119.355 e di € 112.054. In entrambe le commesse era affidatario un raggruppamento avente come capofila Cooperativa Alta Val d’Aveto, con la quota del 33,34%, e come mandanti Autotrasporti Toni s.n.c. e impresa Tosi Sandro (conferita nella società Edil Tosi Lem s.r.l.: v. doc. 43 resistente), ciascuna con la quota del 33,33% (v. doc. 14 ricorrente).

1.1. Ciò premesso, si rammenta che, ai sensi dell’art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016, per gli operatori economici che partecipano alla gara in forma aggregata (R.T.I. / R.T.P., consorzi ordinari, imprese aderenti a contratto di rete, GEIE), le stazioni appaltanti indicano le eventuali misure in cui i requisiti di capacità devono essere posseduti dai singoli membri della cordata, tenendo conto che, per effetto della decisione della Corte di Giustizia UE del 28 aprile 2022, C-642/20, *Caruter*, è caduta l’originaria previsione per cui l’impresa mandataria doveva possedere i requisiti di qualificazione (ed eseguire le prestazioni appaltate) in misura maggioritaria.

Secondo la *communis opinio*, l’amministrazione può richiedere un requisito c.d. “di punta”, ossia che deve necessariamente essere posseduto per intero da una singola impresa, senza poter essere frazionato fra i componenti del raggruppamento, né soddisfatto tramite il ricorso all’avvalimento frazionato (è, peraltro, pacificamente ammessa la possibilità per il R.T.I. di soddisfare i

requisiti speciali di partecipazione, anche infrazionabili, attraverso una sola associata, se la stazione appaltante non impone una quota minima per ciascun membro della compagine: v. T.A.R. Puglia, Bari, sez. un., 1° ottobre 2018, n. 1250; T.A.R. Liguria, sez. II, 28 febbraio 2017, n. 144).

Come precisato in via pretoria, il requisito “di punta” costituisce espressione della necessità di una qualifica funzionale indivisibile in capo all’operatore affidatario dell’appalto, attestante un’esperienza di particolare pregnanza nello specifico settore oggetto della gara (cfr., *ex aliis*, Cons. St., sez. III, 24 agosto 2020, n. 5186; Cons. St., sez. V, 2 febbraio 2018, n. 678; Cons. St., sez. III, 9 maggio 2012, n. 2679)

Tuttavia, sia la giurisprudenza europea che quella nazionale hanno limitato la facoltà degli enti di introdurre requisiti “di punta” non frazionabili, in quanto restrittivi della concorrenza. Segnatamente, sono stati sanciti i seguenti principi:

- il diritto dell’Unione consente il cumulo delle capacità di più operatori economici per soddisfare i requisiti minimi imposti dall’amministrazione aggiudicatrice, in conformità all’obiettivo dell’apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile. È vero che non può escludersi *a priori* l’esistenza di lavori che presentino peculiarità tali da richiedere una determinata capacità, che non si ottiene associando capacità inferiori di più operatori, per cui l’amministrazione aggiudicatrice potrebbe legittimamente esigere che il livello minimo della capacità in questione sia raggiunto da un’unica impresa, laddove siffatta esigenza sia connessa e proporzionata all’oggetto dell’appalto; tuttavia, tale ipotesi costituisce una situazione eccezionale, che non può assurgere a regola generale (Corte di Giustizia UE, 10 ottobre 2013, C-94/12, *Swm Costruzioni 2*, che ha giudicato incompatibile con il diritto comunitario la previgente disciplina interna, recante il divieto di avvalimento plurimo frazionato per le attestazioni SOA relative alla stessa categoria di lavori);

- la stazione appaltante, pur godendo di massima discrezionalità nella scelta dei requisiti di capacità dei concorrenti che intende selezionare, non può eccedere dall'oggetto dell'appalto per tipologia e caratteristiche e, qualora prescriva un requisito "di punta", deve motivare la scelta di escludere la possibilità di cumulare le capacità tecnico-professionale dei componenti del raggruppamento (Cons. St., sez. V, 6 settembre 2022, n. 7749);
- è illegittima la clausola della *lex specialis* che, sulla base di una motivazione non ragionevole circa l'essenzialità della prestazione, imponga quale requisito insuscettibile di frazionamento e di avvalimento lo svolgimento di un pregresso servizio analogo, sortendo un inammissibile effetto anticoncorrenziale (Cons. St., sez. V, 23 luglio 2018, n. 4440, che ha confermato T.A.R. Piemonte, sez. I, 2 gennaio 2018, n. 1, stigmatizzando la limitazione disposta dal disciplinare per un compito di lettura dati effettuato da operai privi di qualificazione e di competenze professionali specifiche);
- tutte le disposizioni di gara che possano incidere in maniera restrittiva sulla concorrenza, come nel caso dei c.d. requisiti "di punta", devono essere individuabili senza incertezza dai *competitors*, essendo prevalente il *favor* per la massima partecipazione ed essendo, quindi, necessario consentire agli operatori economici di determinare le proprie strategie organizzative ed imprenditoriali entro una cornice chiara, affidabile, prevedibile e certa (T.A.R. Lazio, Roma, sez. II-bis, 27 dicembre 2022, n. 17544).

In applicazione delle tracciate coordinate ermeneutiche, ritiene il Collegio che il requisito tecnico dei due servizi analoghi nella specie prescritto dalla *lex specialis* non abbia carattere "di punta", sia perché manca un'espressa qualificazione in tal senso, sia in quanto le prestazioni di sgombero neve e trattamento antigelo non richiedono competenze professionali tali da giustificare l'infrazionabilità del requisito stesso.

Ne discende che la capacità tecnico-professionale può essere senz'altro dimostrata sommando i requisiti esperienziali parzialmente posseduti dai componenti del raggruppamento, mentre l'opposta tesi patrocinata dal

ricorrente restringerebbe immotivatamente la concorrenza, violando il fondamentale principio di massima partecipazione (cfr. Cons. St., sez. V, 6 settembre 2022, n. 7749, cit., concernente un caso in cui il disciplinare conteneva clausole di tenore pressoché identico a quelle di cui si discute nel presente giudizio).

1.2. Sotto altro profilo, non è revocabile in dubbio la facoltà dell'operatore economico di spendere *pro quota* il servizio analogo espletato nell'ambito di un raggruppamento temporaneo.

In proposito, le linee guida Anac n. 1 citate dal deducente, peraltro relative ai servizi di architettura e ingegneria, non solo non pongono un divieto in tal senso, ma, al contrario, al § 2.2.3.3. confermano che il concorrente può far valere l'esperienza pregressa per i servizi prestati come associato in R.T.P., nei limiti, ovviamente, della quota eseguita. Anche i precedenti citati in proposito da Viagest si rivelano inconferenti, perché riguardano casi in cui l'impresa ricorrente pretendeva di imputare interamente a sé una precedente commessa ottenuta dall'A.T.I., alla quale aveva concorso solo per la sua parte (Cons. St., sez. IV, 22 novembre 2016, n. 4889; Cons. St., sez. V, 5 dicembre 2012, n. 6243).

1.3. Infine, la prescrizione dell'esecuzione del servizio di maggior importo da parte della mandataria va chiaramente intesa nel senso che l'impresa capocordata deve avere svolto la quota maggioritaria delle lavorazioni rispetto a ciascuna delle altre componenti della compagine. Per contro, non sussiste alcun elemento, né letterale né logico-sistematico, che offra un appiglio a sostegno della tesi ricorsuale secondo cui la capofila dovrebbe soddisfare, con il solo servizio di valore maggiore fra i due indicati, il 51% dell'importo minimo di € 133.540.

In ogni caso, la clausola in parola e, viepiù, la forzata esegesi propugnata dall'esponente si pongono in frontale contrasto con il diritto unionale, che, come si è detto (*supra*, § 1.1), non ammette l'imposizione di un obbligo di

possesso dei requisiti di qualificazione in misura maggiore in capo alla mandataria.

1.4. Alla luce di quanto sin qui esposto, è evidente che il R.T.I. vincitore possiede il requisito di capacità tecnica e professionale in contestazione, giacché:

- Cooperativa Alta Val d'Aveto, Autotrasporti Toni s.n.c. e impresa individuale Tosi Sandro hanno eseguito, ciascuna per la rispettiva parte, due interventi manutentivi di € 119.355 e di € 112.054;

- in particolare, Cooperativa Alta Val d'Aveto, capogruppo mandataria, ha svolto la quota di € 77.151 (33,34% di € 119.355 + 33,34% di € 112.054), mentre le due mandanti hanno lavorato ciascuna per la quota di € 77.129 (33,33% di € 119.355 + 33,33% di € 112.054);

- pertanto, cumulando le capacità maturate dalle tre imprese, il raggruppamento può spendere un'esperienza per servizi analoghi di importo complessivo pari ad € 231.409, addirittura superiore a quello di € 133.540 richiesto come minimo.

2. Con il II) mezzo Viagest lamenta l'omesso rilievo della nullità dei contratti di avvalimento stipulati tra Cooperativa Alta Val d'Aveto e Edil Tosi Lem s.r.l., nonché tra impresa individuale Tosi Sandro e Autotrasporti Toni s.n.c.

La censura è infondata.

2.1. Secondo consolidato indirizzo giurisprudenziale, nel caso di avvalimento c.d. tecnico-operativo i contraenti sono tenuti ad indicare con precisione i mezzi aziendali e il personale che l'impresa ausiliaria fornisce all'ausiliata per eseguire l'appalto; diversamente, nell'ipotesi di avvalimento c.d. di garanzia l'ausiliaria si limita a mettere a disposizione il suo valore aggiunto in termini di capacità economico-finanziaria, onde è sufficiente l'impegno contrattuale a "prestare" all'ausiliata la sua solidità economica, garantendo una maggiore affidabilità e un concreto supplemento di responsabilità (cfr., *ex plurimis*, Cons. St., sez. V, 14 gennaio 2022, n. 257; Cons. St., sez. IV, 11 novembre

2020, n. 6932; Cons. St., sez. V, 21 febbraio 2020, n. 1330; Cons. St., sez. V, 2 settembre 2019, n. 6066).

In caso di messa a disposizione del fatturato specifico ricorre di norma un avvalimento di garanzia, trattandosi di un requisito attinente alla capacità economico - finanziaria dell'operatore economico, salvo il caso in cui la stazione appaltante lo configuri quale requisito di capacità tecnica e professionale, intendendolo come dimostrativo dell'esistenza di un'organizzazione aziendale adeguata e della dotazione dei mezzi essenziali per espletare il servizio (v. *ex multis*, Cons. St., sez. V, 26 novembre 2020, n. 7436, secondo cui, affinché il fatturato specifico integri un requisito di capacità professionale, non è sufficiente la formale qualificazione operata dalla legge di gara, essendo altresì necessaria la richiesta di dimostrare il possesso di risorse umane e tecniche e, più in generale, dell'esperienza per eseguire l'appalto; C.G.A. Reg. Sic., sez. giur., 19 luglio 2021, n. 722).

Nel caso in esame l'art. 7.2 del disciplinare inserisce il fatturato specifico, unitamente a quello globale, fra i requisiti di capacità economico-finanziaria, specificando che si tratta di indicatori essenziali per "*la dimensione dell'appalto e la specificità dell'oggetto dello stesso*". I requisiti di capacità tecnica e professionale, invece, sono richiesti separatamente dall'art. 7.3 del medesimo disciplinare.

Ne discende che gli accordi in discorso hanno natura di avvalimento di garanzia e, quindi, non devono elencare risorse umane e materiali da somministrare, ma solo mettere a disposizione la solidità economica dell'ausiliaria e prevedere la responsabilità solidale di quest'ultima per le obbligazioni derivanti dal contratto di appalto, secondo lo schema invalso presso la giurisprudenza amministrativa. Donde l'insussistenza della dedotta nullità dei due contratti di avvalimento, che contemplano sia la messa a disposizione del fatturato specifico (art. 2), sia l'assunzione di responsabilità in solido da parte dell'ausiliaria in relazione alle prestazioni oggetto della commessa (art. 4) (v. docc. 15-16 ricorrente).

2.2. Da ultimo, è manifestamente infondata la tesi ricorsuale della mancanza di causa dei due avvalimenti.

Invero, le imprese ausiliarie (Edil Tosi Lem s.r.l. e Autotrasporti Toni s.n.c.) sono compagne di cordata delle ausiliate (Cooperativa Alta Val d'Aveto e impresa Tosi Sandro) e, come tali, nutrono un diretto interesse di carattere patrimoniale all'aggiudicazione della gara al R.T.I., oltretutto espressamente enunciato nel testo contrattuale (art. 7) (per un caso simile cfr. Cons. St., sez. V, 17 maggio 2018, n. 2953, che ha qualificato oneroso un negozio di avvalimento privo di corrispettivo, perché sorretto dall'interesse delle ausiliarie a vedersi attribuito il subappalto delle prestazioni affidate alle ausiliate).

Risulta invece fuori fuoco l'osservazione che l'art. 89 del d.lgs. n. 50/2016 non riproduce le facilitazioni probatorie previste dall'art. 49, comma 2, lett. g) dell'abrogato d.lgs. n. 163/2006 per il c.d. avvalimento infragruppo (per cui, in luogo del contratto di avvalimento, poteva essere presentata una dichiarazione sostitutiva attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo). Infatti, a prescindere dal fatto che la norma previgente riguardava le imprese appartenenti allo stesso gruppo societario (e non quelle temporaneamente riunite per gareggiare), le due ausiliate hanno prodotto regolari contratti di avvalimento, contenenti gli impegni assunti dalle ausiliarie associate nel R.T.I. (del resto, la mancanza di compenso è considerata irrilevante anche in caso di avvalimento tra società dello stesso gruppo imprenditoriale, atteso l'interesse patrimoniale sotteso all'operazione: v. T.A.R. Toscana, sez. II, 19 dicembre 2022, n. 1463).

3. In relazione a quanto precede, il ricorso si appalesa infondato e va, quindi, rigettato.

4. In considerazione della complessità di alcune delle questioni trattate, le spese di lite possono essere parzialmente compensate fra le parti, mentre, per il residuo, vanno poste a carico del ricorrente soccombente e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Compensa parzialmente le spese di lite fra le parti e condanna Consorzio Stabile Viagest s.c. a r.l. al pagamento del residuo, che liquida forfettariamente negli importi di € 1.800,00 (milleottocento//00), oltre accessori di legge, in favore della parte resistente e di € 1.800,00 (milleottocento//00), oltre accessori di legge, in favore della parte controinteressata nel suo complesso.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 27 gennaio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Caruso, Presidente

Angelo Vitali, Consigliere

Liliana Felletti, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Liliana Felletti

IL PRESIDENTE
Giuseppe Caruso

IL SEGRETARIO