

Pubblicato il 19/07/2017

N. 08704/2017 REG.PROV.COLL.
N. 05607/2017 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 5607 del 2017, proposto da:

Pricewaterhousecoopers S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Giovanni Stefanin, Guido Ajello, Francesco Stallone, con domicilio eletto presso lo studio Francesco Stallone in Roma, largo Fochetti, 29;

contro

Fondazione Cinema Per Roma, in persona del legale rappresentante p.t., costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonietta Majoli, Domenico Formichelli, Danilo Tassan Mazzocco, con domicilio eletto presso lo studio Antonietta Majoli in Roma, P. le delle Belle Arti, 2;

nei confronti di

Mazars Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dagli avvocati Diego Vaiano, Francesco Cataldo, Giorgia Marcaccini, con domicilio eletto presso lo studio Diego Vaiano in Roma, Lungotevere Marzio 3;

per l'annullamento, previa sospensione,

- *della Determina del Direttore Generale della Fondazione Cinema per Roma n. 8/2017, datata 24 maggio 2017, comunicata via PEC in data 25 maggio 2017, con cui è stata aggiudicato alla Società Mazars S.p.A. il servizio di revisione legale dei conti e del bilancio della Fondazione Cinema per Roma per il triennio 2016/2018;*
- *della nota prot. Us. 41/17/AFC/FV/cr del 13 marzo 2017, inviata a Mazars S.p.A. ed avente ad oggetto "Procedura riguardante l'affidamento del servizio di revisione legale dei conti e del bilancio della Fondazione Cinema per Roma per il triennio 2016/2018 – Integrazione documentale e sanzione pecuniaria conseguente ad irregolarità essenziale ai sensi dell'art. 83, comma 9 del D.Lgs. 50/2016";*
- *di ogni atto presupposto, connesso e consequenziale anche se allo stato non conosciuti dal ricorrente, nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato tra la Stazione Appaltante e Mazars nella cui esecuzione sin d'ora si manifesta la volontà di subentrare, nonché per la condanna della Stazione Appaltante al risarcimento del danno in forma specifica in favore della Ricorrente.*

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Mazars Italia S.p.A. e della Fondazione Cinema Per Roma;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 7 luglio 2017 il dott. Francesco Arzillo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Considerato in fatto e in diritto:

1. La ricorrente ha partecipato alla procedura di gara per l'affidamento del servizio di revisione legale dei conti e del bilancio della Fondazione Cinema

per Roma per il triennio 2016/2018 e per un importo complessivo a base d'asta pari a Euro 56.000,00, svoltasi in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, classificandosi al secondo posto della relativa graduatoria.

Essa impugna l'aggiudicazione della gara alla Mazars Italia s.p.a., contestando la legittimità sostanziale e procedimentale dell'avvalimento infragruppo effettuato da quest'ultima con riferimento ai requisiti relativi ai servizi svolti in ciascuno degli ultimi tre esercizi (almeno una prestazione di servizi analoghi a quello oggetto dell'appalto per un importo non inferiore a euro 15.000; fatturato specifico di almeno 40.000 euro per servizi di revisione legale dei conti) e chiedendo altresì di dichiarare inefficace il contratto eventualmente stipulato e di subentrare nella relativa posizione, con risarcimento del danno in forma specifica.

2. Si sono costituite in giudizio la Fondazione Cinema Per Roma nonché la controinteressata Mazars Italia Spa, formulando deduzioni in rito e in merito.

3. Il ricorso è stato chiamato per la discussione della domanda cautelare alla camera di consiglio del 7 luglio 2017 e quindi trattenuto in decisione.

4. Come preannunciato ai difensori delle parti presenti all'odierna camera di consiglio, sussistono i presupposti per la decisione della causa mediante sentenza in forma semplificata ai sensi del combinato disposto degli articoli 60 e 120, comma 6, c.p.a..

5. Va anzitutto esaminata l'eccezione di irricevibilità del ricorso per tardività e per violazione dell'art. 120, comma 2 – bis, c.p.a., formulata dalle difese della stazione appaltante e della controinteressata.

Esse sostengono:

- che il ricorso è volto in buona sostanza a contestare l'avvenuta ammissione della controinteressata alla gara;*
- che la ricorrente era a conoscenza di tutta la relativa documentazione già alla data della seduta pubblica nel corso della quale è stata aperta la busta A*

(20 giugno 2016), o comunque alla data della comunicazione dell'aggiudicazione provvisoria (7 dicembre 2016), o infine, a tutto voler concedere, al più tardi alla data del 28 febbraio 2017, nella quale la medesima, dopo aver preso visione della documentazione in sede di accesso in data 8 febbraio 2017, ha diffidato la stazione appaltante a procedere in autotutela provvedendo all'esclusione di Mazars Italia s.p.a. per il mancato inserimento in offerta del contratto di avvalimento;

- che il ricorso è stato proposto solamente a seguito dell'aggiudicazione definitiva disposta il 24 maggio 2017 e notificato il 15 giugno 2017;

- che quindi non risulta rispettato il meccanismo del cd. rito super-accelerato di cui all'art. 12, comma 2 - bis, c.p.a., che impone l'immediata impugnativa da parte dei concorrenti del provvedimento che determina le esclusioni o le ammissioni alla gara in esito alla valutazione dei requisiti.

5.1 L'eccezione è infondata.

L'art. 120, comma 2-bis del c.p.a. così dispone:

“Il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici adottato in attuazione della legge 28 gennaio 2016, n. 11. L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale. E' altresì inammissibile l'impugnazione della proposta di aggiudicazione, ove disposta, e degli altri atti endoprocedimentali privi di immediata lesività”.

Questa previsione, che è derogatoria dei principi tradizionalmente ricevuti e prevede un meccanismo notevolmente oneroso per i potenziali ricorrenti, deve ritenersi di stretta interpretazione. Nel caso di specie essa non può trovare diretta e testuale applicazione per difetto del termine a quo, essendo

incontestato tra le parti il fatto della mancata pubblicazione delle ammissioni sul profilo del committente della stazione appaltante ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici. Ne consegue che essa va decisa alla stregua dei criteri generali classici, i quali fanno decorrere il termine di proposizione del ricorso dalla piena conoscenza dell'atto, purché l'atto sia immediatamente lesivo; ma detta lesività è propria dei provvedimenti di esclusione, mentre per quelli di ammissione dei controinteressati essa sorge con il provvedimento di aggiudicazione, e in particolare con l'aggiudicazione definitiva.

Questa soluzione trova riscontro, in termini di stretto diritto positivo, nella stessa formulazione dell'art. 120, comma 5, del c.p.a., che stabilisce, per i casi in cui non operi il rito "specialissimo" di cui ai commi 2 - bis e 6 - bis, la disciplina della decorrenza del termine per l'impugnazione degli atti secondo la tradizionale logica della lesività attuale ed effettiva, operando un rinvio mediato alle classiche ipotesi di atti che sono oggetto di comunicazione, non ricomprendendovi l'ammissione dei concorrenti (aggiudicazione; esclusione; decisione di non aggiudicare un appalto ovvero di non concludere un accordo quadro; data di avvenuta stipulazione del contratto con l'aggiudicatario; bandi o avvisi autonomamente lesivi); ipotesi la cui ratio va specularmente riferita anche al caso della piena conoscenza, che deve sempre riguardare un atto comunque lesivo.

Per mera completezza si fa presente che non viene in rilievo nella presente controversia la nuova disciplina ricavabile dall'ultima versione del testo dell'art. 29, comma 1, del D. Lgs. n. 50/2016, introdotta dal D.Lgs. 19/04/2017, n. 56, in vigore dal 20 maggio 2017 e chiaramente inapplicabile ratione temporis alla vicenda in esame, anche se l'aggiudicazione è stata disposta il 24 maggio 2017, in quanto gli obblighi di comunicazione ivi previsti ricadevano nel lasso temporale precedente la rispettiva entrata in vigore.

6. Nel merito, la ricorrente sostiene (in sintesi):

a) che l'avvalimento dei requisiti in questione andava dimostrato non solamente con le due dichiarazioni della concorrente e dell'amministratore dell'impresa ausiliaria MAZARS S.A., prodotte con la documentazione di gara, ma con l'allegazione del contratto 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, ai sensi dell'art. 89 del D. Lgs. n. 50/2016;

b) che l'avvenuta acquisizione del contratto in esito al "soccorso istruttorio" disposto a seguito dell'istanza di autotutela non è idonea a sanare l'originaria carenza di tale documento, non essendo consentita la formazione ex post di un requisito originariamente mancante;

c) che comunque il contratto acquisito è privo di luogo di sottoscrizione e reca una data non validata da una evidenza notarile;

d) che detto contratto è inoltre privo dei necessari riferimenti contenutistici in quanto non indica concretamente le risorse, i mezzi, il personale che consentono alla concorrente di svolgere il servizio richiesto, avuto riguardo, tra l'altro, all'art. 88, comma 1, del D.P.R. n. 207/2010, da ritenersi ancora in vigore nelle more dell'entrata in vigore degli atti attuativi del D.P.R. n. 50/2016.

6.1 Anzitutto, il Collegio ritiene che nella specie la produzione del contratto fosse dovuta.

Sul punto va infatti ribadita la posizione assunta da questo Tribunale con la sentenza n. 5545/2017, nei termini che di seguito si riportano:

"In proposito vanno in effetti valorizzati i seguenti profili normativi (anche con riferimento al passaggio dal vecchio al nuovo Codice) e sistematici:

a) ai sensi dell'art. 49, comma 2, lett. g) dell'abrogato d.lgs. n. 163 del 2006, era in effetti previsto che "nel caso di avvalimento nei confronti di un'impresa che appartiene al medesimo gruppo in luogo del contratto di cui alla lettera f) l'impresa concorrente può presentare una dichiarazione

sostitutiva attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo, dal quale discendono i medesimi obblighi previsti dal comma 5";

b) nessuna norma di analogo tenore trova oggi collocazione nel nuovo Codice degli Appalti Pubblici, il che deve indurre a ritenere che non abbia più spazio la deroga già prevista all'obbligo di produrre il contratto di avvalimento per il caso di sua conclusione tra soggetti societari appartenenti ad un medesimo gruppo (fattispecie nella quale il previgente art. 49 cit., considerava invece sufficiente "una dichiarazione sostitutiva attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo");

c) in particolare, non si rinviene alcuna deroga per l'ipotesi di avvalimento infragruppo nell'art. 89 d.lgs. n. 50/2016 che oggi detta la disciplina fondamentale dell'avvalimento, prevedendo il generale obbligo di allegare il relativo contratto; né la deroga previgente può dirsi espressione di un particolare principio eurounitario di primaria rilevanza o cogente, trattandosi di disposizione (lett. g) del "vecchio" art. 49) che mirava semplicemente ad attenuare l'onere dimostrativo nelle situazioni in cui si poteva presumere una convergenza di interessi tra più soggetti, ai fini della messa a disposizione di un requisito dell'uno di cui l'altro fosse carente;

d) non può desumersi alcuna deroga neanche dal riferimento ai "settori speciali" di cui al comma 2 dell'art. 89 (vedi pag. 16 della prima memoria ADR) dove si legge "2. Nei settori speciali, se le norme e i criteri oggettivi per l'esclusione e la selezione degli operatori economici che richiedono di essere qualificati in un sistema di qualificazione comportano requisiti relativi alle capacità economiche e finanziarie dell'operatore economico o alle sue capacità tecniche e professionali, questi può avvalersi, se necessario, della capacità di altri soggetti, indipendentemente dalla natura giuridica dei legami con essi. Resta fermo quanto previsto dal comma 1, periodi secondo e terzo, da intendersi quest'ultimo riferito all'ambito temporale di validità del sistema di qualificazione"; la frase contenuta in quest'ultimo periodo ("Resta fermo...") non assume una chiara portata derogatoria o eccezionale rispetto a

quanto in generale statuito dal comma 1, in quanto con siffatta espressione si conferma, con valore di precisazione, la sicura applicazione, anche nei settori "de quibus", delle norme di cui ai periodi secondo e terzo ma da essa non è desumibile, in termini univoci, una deroga alle norme contenute nei restanti periodi del comma 1, non espressamente richiamati dal comma 2 (in particolare l'ultimo, relativo all'obbligo di stipulare e produrre in gara un contratto scritto di avvalimento);

e) siffatta deroga va invero negata se si pensa che, per coerenza ermeneutica, si dovrebbe anche escludere l'applicabilità del quarto periodo del comma 1, che impone necessariamente di depositare la dichiarazione dell'ausiliaria, adempimento certamente non derogabile, non essendo altrimenti ipotizzabile altro documento idoneo a comprovare il rapporto di avvalimento e costituendo la suddetta dichiarazione "da sempre" la prova principale del rapporto di avvalimento, anche nel regime previgente".

6.2 Delle tre rimanenti questioni, vanno esaminate congiuntamente quelle di cui al punto 6, lett. b) - c), che nella specie risultano assorbenti.

Infatti il Collegio ritiene, in accordo con un significativo filone giurisprudenziale, che in linea di principio il contratto di avvalimento possa essere acquisito con la procedura del soccorso istruttorio, rimane fermo che lo stesso, in ogni caso, sia già stato sottoscritto alla data di presentazione dell'offerta (TAR Toscana, sez. I, 15 luglio 2016, n. 1197; TAR Umbria, 2 gennaio 2017, n. 19).

L'onere della produzione di una copia del contratto idonea a dare certezza in ordine al decisivo requisito della data rimane naturalmente, secondo i principi generali, in capo alla parte ricorrente.

Nella specie, il Collegio ritiene fondato e assorbente il rilievo secondo cui la copia del contratto acquisita in sede di soccorso istruttorio (allegata con la produzione documentale della stazione appaltante) presenti una data (15 giugno 2016) che, pur essendo anteriore alla scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione alla gara, risulta nondimeno

priva di una certezza legale o comunque di un qualsivoglia elemento che consenta di documentarne l'autenticità.

Ne consegue che l'aggiudicataria, odierna controinteressata, andava esclusa dalla gara.

7. Il ricorso va conseguentemente accolto, con l'annullamento dell'impugnata aggiudicazione e - avuto riguardo al disposto dell'art. 122 c.p.a. - la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato tra la Stazione Appaltante e Mazars, ai fini del subentro dell'odierna ricorrente, che ha proposto apposita domanda, previo espletamento dei relativi adempimenti.

8. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Quater), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, con gli effetti indicati al punto 7 della motivazione.

Condanna la Fondazione Cinema Per Roma e Mazars Italia S.p.A., in solido tra loro, al pagamento, in favore della ricorrente Pricewaterhousecoopers S.p.A., delle spese e delle competenze di giudizio nella misura pari a € 5.000,00 (cinquemila/00), oltre IVA, CPA e importo del contributo unificato.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 luglio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Leonardo Pasanisi, Presidente

Francesco Arzillo, Consigliere, Estensore

Stefano Toschei, Consigliere

L'ESTENSORE
Francesco Arzillo

IL PRESIDENTE
Leonardo Pasanisi

IL SEGRETARIO