

Pubblicato il 13/02/2018

N. 00907/2018REG.PROV.COLL.

N. 03363/2017 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3363 del 2017, proposto da:
Bureau Veritas Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t. rappresentato e difeso dagli avvocati Lorenzo Lamberti, Pasquale Morra e Maurizio Corain, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, via Emilia, n. 86/90;

contro

Provincia autonoma di Bolzano, Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture - ACP, Strutture Trasporto Alto Adige S.p.A. - STA, in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t. rappresentati e difesi dagli avvocati Renate von Guggenberg, Stephan Beikircher, Alexandra Roilo, Patrizia Pignatta e Michele Costa, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, via Bassano del Grappa, n. 24;

nei confronti di

Tüv Süd Rail GmbH, in persona del legale rappresentante p.t. rappresentato e difeso dagli avvocati Anton von Walther e Wolfgang Burchia, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Massimo Colarizi in Roma, viale Bruno Buozzi, n. 87;

per la riforma

della sentenza del Tribunale regionale di giustizia amministrativa, Sezione autonoma di Bolzano, n. 99/2017, resa tra le parti e concernente: gara per l'affidamento dei servizi di verifica tecnica nell'ambito del progetto di elettrificazione della tratta ferroviaria della Val Venosta;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti appellate;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 18 gennaio 2018, il consigliere Bernhard Lageder e uditi, per le parti, gli avvocati Lamberti, Costa e Colarizi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La presente controversia inerisce alla gara d'appalto indetta dall'Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (ACP) per conto della stazione appaltante Strutture Trasporto Alto Adige S.p.A. (STA), con bando pubblicato il 17 giugno 2016 sulla Gazzetta ufficiale dell'UE e sul portale delle gare telematiche della Provincia autonoma di Bolzano, per l'affidamento dei servizi inerenti alla verifica del progetto per l'elettrificazione della ferrovia della val Venosta – segnatamente, dei servizi di verifica indipendente di sicurezza e di analisi di rischio (Assessor CSM), di verifica della conformità di sistemi ferroviari alle specifiche tecniche europee (Notified Body) e di verifica di progetto ai sensi del d.lgs. n. 50/2016 e del d.P.R. n. 207/2010 –, per la durata di quattro anni dalla data di sottoscrizione del contratto, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e al prezzo base d'asta di euro 932.775,28, sfociata nell'aggiudicazione in favore dell'originaria controinteressata ed odierna appellata Tüv Süd Rail GmbH, prima classificata con 94,54 punti, davanti all'odierna appellante Bureau Veritas Italia S.p.A., seconda classificata con 91,03 punti (di cui 47,9 punti per l'offerta tecnica e 30 punti per l'offerta economica).

2. Con la qui appellata sentenza, il T.r.g.a. - Sezione autonoma di Bolzano respingeva il ricorso n. 281 del 2016, proposto dalla seconda classificata avverso gli atti di gara e l'aggiudicazione disposta in favore della controinteressata, sulla base dei seguenti rilievi:

- sulle premesse che la *lex specialis* conteneva delle prescrizioni a pena di esclusione, da ritenersi nulle ai sensi dell'art. 83 d.lgs. n. 50/2016, e che l'Amministrazione poteva legittimamente avvalersi del soccorso istruttorio, rilevava che era pacifico tra le parti che la Tüv Süd Rail GmbH era priva del requisito del Notified Body, avendo la stessa dichiarato nella relazione prodotta in allegato all'offerta tecnica che i servizi per i quali era necessaria tale qualificazione sarebbero stati svolti dalla società olandese Tüv Süd Nederland B.V. (Tüv Süd NL), controllata dalla stessa al 100%, ed avendo la medesima indicato anche i nominativi dei rispettivi dipendenti dell'ausiliaria Tüv Süd NL e prodotto le prescritte dichiarazioni, con conseguente univoco ricorso all'istituto dell'avvalimento;

- destituita di fondamento era, al riguardo, la censura della ricorrente in ordine alla mancanza di un contratto di avvalimento, trattandosi di avvalimento infragruppo societario ai sensi dell'art. 89 d.lgs. (già art. 49 d.lgs. n. 163/2006), per il quale non era necessaria la stipula di un contratto, ma era sufficiente che la società capogruppo dimostrasse il legame societario intercorrente con l'impresa ausiliaria;

- infondata era anche la censura per cui l'aggiudicataria non avrebbe indicato le persone in possesso dell'accreditamento ISO 17020, le quali avrebbero svolto le attività di verificatore di progetto, avendo l'aggiudicataria dimostrato il proprio accreditamento secondo le norme tecniche DIN EN ISO/IEC 17020:2012, con certificazione del 9 dicembre 2014 valida fino all'8 dicembre 2019.

3. Avverso tale sentenza interponeva appello l'originaria ricorrente, deducendo i motivi come di seguito rubricati:

a) «*Omessa decisione su una questione decisiva della controversia. Violazione di legge: artt. 80 e 89 del d.lgs. n. 50/2016. Violazione della lex specialis di gara: punti 24 (Requisiti di partecipazione), 25 (Avvalimento), 34 (Documenti da presentare in sede di presentazione dell'offerta) e 35 (Informazione sui documenti da presentare). Violazione dei principi comunitari a tutela dell'imparzialità, trasparenza, concorrenza nell'affidamento dei contratti pubblici*», per la mancata allegazione, in sede di gara, delle dichiarazioni di avvalimento di cui al combinato disposto degli artt. 89 e 80 d.lgs. n. 50/2016, con conseguente impossibilità

per la stazione appaltante di verificare l'eventuale sussistenza dei motivi di esclusione di cui all'art. 80 d.lgs. n. 50/2016 in capo all'ausiliaria;

b) *«Errore di diritto: violazione dell'art. 89 del d.lgs. n. 50/2016»*, non riproducendo il citato articolo del nuovo codice dei contratti pubblici il regime di facilitazione probatoria prevista per gli avvalimenti infragruppo dal previgente art. 49, lettera f), d.lgs. n. 163/2006, con conseguente necessità di stipulare, anche in tal caso un contratto di avvalimento, nella specie mancante;

c) *«Violazione di legge: artt. 94 e 95 del d.lgs. n. 50/2016. Violazione della lex specialis di gara: punti 34 (Documenti da presentare in sede di presentazione dell'offerta), 35 (Informazioni sui documenti da presentare) e 36 (Criteri di valutazione. Violazione dei principi comunitari a tutela della imparzialità, trasparenza, concorrenza nell'affidamento dei contratti pubblici. Sviamento, manifesta contraddittorietà, violazione dei principi di buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione)»*, con riferimento alla censura di erronea valutazione dell'offerta tecnica da parte della commissione di gara, avuto riguardo sia all'assoluta indeterminatezza nell'imputazione delle referenze relative alle attività di Notified Body e di CSM Assessore, sia all'oscurità del legame intercorrente tra la Tüv Süd Rail e gli operatori indicati come esecutori di dette attività, né coprendo l'accreditamento ISO 17020 dell'aggiudicataria l'attività di verifica di progetto, con conseguente erronea attribuzione dei punteggi, in sede di valutazione dell'offerta tecnica, riferiti alle modalità di esecuzione dell'incarico.

L'appellante chiedeva pertanto, previa sospensione della provvisoria esecutorietà dell'impugnata sentenza e in sua riforma, l'accoglimento del ricorso di primo grado.

4. Si costituivano in giudizio sia l'originaria controinteressata Tüv Süd Rail GmbH, sia l'ACP, la STA e la Provincia autonoma di Bolzano, contestando la fondatezza dell'appello e chiedendone la reiezione.

5. Questa Sezione, all'esito dell'udienza pubblica del 16 novembre 2017, pronunciava ordinanza collegiale istruttoria n. 5406/2017, con la quale – rilevato che, ad un attento esame della documentazione prodotta in giudizio, emergeva che una serie di documenti di provenienza della controinteressata Tüv Süd Rail GmbH (tra cui, ad es., le dichiarazioni di sussistenza dei requisiti generali di cui all'art. 80 d.lgs. n. 50/2016), apparivano formati e venuti ad esistenza solo dopo la prima seduta dell'autorità di gara, svoltasi il 27 luglio 2016 – riteneva necessario verificare:

- (i) l'esatta data di presentazione della domanda di partecipazione da parte della Tüv Süd Rail GmbH;
- (ii) quali documenti fossero stati prodotti da detta società in sede di gara, unitamente alla data presentazione della domanda di partecipazione ed, eventualmente, in via separata, entro la data del 27 luglio 2016, ore 12.00;
- (iii) quali documenti fossero stati prodotti da detta società nel periodo successivo alla prima seduta del 27 luglio 2016, ore 15, fino alla seconda seduta del 23 agosto 2016, nella quale era stata sciolta la riserva relativa all'esame della documentazione amministrativa;
- (iv) quale tipo di contatti (ad es., eventuali istanze o richieste *sub specie* di soccorso istruttorio; corrispondenza scritta a mezzo posta, telefax o e-mail; ecc.) fossero intercorsi tra l'autorità di gara e la Tüv Süd Rail GmbH nel periodo indicato *sub* (iii), e quali fossero state le modalità circostanziate di produzione dei singoli documenti in sede di gara, in tale periodo.

La Sezione disponeva pertanto, a chiarimento dei punti sopra evidenziati, l'acquisizione di una relazione del direttore in carica dell'ACP, da corredare della correlativa documentazione.

6. Depositata in data 27 dicembre 2017 la relazione istruttoria, la causa all'udienza pubblica del 18 gennaio 2018 è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

7. Manifestamente infondata è l'eccezione di nullità della notificazione del ricorso di primo grado nei confronti dell'originaria controinteressata – sollevata da quest'ultima sotto il profilo che lo stesso sarebbe «*stato notificato in Germania con una traduzione non asseverata e linguisticamente scorretta*» ed espressamente riproposta nella memoria di costituzione in appello del 25 maggio 2017 –, attesa, per un verso, l'inconsistenza del dedotto vizio di nullità, essendo la controinteressata stata in grado di dedurre tutte le proprie difese di merito, a dimostrazione della piena intelligibilità della copia notificata del ricorso introduttivo di primo grado, e considerata, per altro verso, comunque l'intervenuta sanatoria del dedotto vizio (da qualificare *sub specie* di nullità e non di inesistenza) per effetto della costituzione in giudizio della stessa controinteressata.

8. Nel merito, si osserva che i primi due motivi d'appello, tra di loro connessi e da esaminare congiuntamente, sono fondati.

8.1. In linea di fatto occorre premettere che, alla luce delle risultanze della relazione del direttore dell'ACP, acquisita in esecuzione dell'ordinanza istruttoria n. 5406/2017, è rimasto accertato che la prima seduta della commissione di gara si era svolta il 5 agosto 2016, ore 14.00, e non già il 27 luglio 2016, ore 15.00, per mero errore materiale risultante del verbale della prima seduta, e che il termine di presentazione delle domande di partecipazione era stato era stato prorogato al giorno 5 agosto 2016, ore 12.00. È, con ciò, rimasto chiarito che la domanda di partecipazione, la documentazione amministrativa e la documentazione inerente all'offerta tecnica e a quella economica (ossia, la documentazione analiticamente indicata *sub* lettere A. e B. della relazione del direttore dell'ACP del 12 dicembre 2017) erano state presentate dalla Tüv Süd Rail GmbH il 5 agosto 2016, alle ore 11.02, e dunque prima della scadenza del termine di presentazione della domanda e della prima seduta dell'autorità di gara, svoltasi il primo pomeriggio dello stesso giorno (5 agosto 2016), con conseguente rituale acquisizione di detta documentazione di gara in sede procedimentale.

8.2. Ciò posto, ritiene il Collegio che siano fondate le censure dedotte con i primi due motivi d'appello, con cui si lamenta la violazione della disciplina della *lex specialis* e dell'art. 89 d.lgs. n. 50/2016 in tema di avvalimento, con riferimento alla dichiarazione dell'aggiudicataria Tüv Süd Rail GmbH di avvalersi, per l'esecuzione del servizio di Notified Body (verifica della conformità di sistemi ferroviari alle specifiche tecniche europee), per il quale la stessa pacificamente non possedeva la qualificazione tecnica, dell'ausiliaria Tüv Süd NL, società con sede in Olanda, interamente controllata dalla prima (v. relazione allegata alla offerta tecnica).

8.2.1. In linea di fatto, rileva il Collegio che in sede di gara risulta essere stata prodotta unicamente la dichiarazione unilaterale della concorrente Tüv Süd Rail GmbH di avvalersi, quanto all'esecuzione del servizio di Notified Body e della relativa qualificazione tecnica, dell'impresa ausiliaria Tüv Süd NL, mentre non sono stati prodotti né il contratto di avvalimento, né una dichiarazione unilaterale (od altro titolo negoziale), provenienti dall'impresa ausiliaria Tüv Süd NL, con cui quest'ultima si fosse assunta l'obbligo di fornire alla prima il requisito in oggetto e di mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata del contratto. Né tali documenti risultano essere stati acquisiti in sede di soccorso istruttorio (nella specie, da ritenersi ammissibile con riferimento alla documentazione inerente all'avvalimento, attesa la correlativa espressa previsione a p. 28 del disciplinare di gara).

8.2.2. In linea di diritto, si osserva che l'art. 89 d.lgs. n. 50/2016 non riproduce più, per il c.d. avvalimento infragruppo, le facilitazioni probatorie previste nell'art. 49, comma 2, lettera g), dell'abrogato d.lgs. n. 163/2006, che, in luogo del contratto di avvalimento, prevedeva la possibilità di presentare una dichiarazione sostitutiva attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo.

Si precisa, a tale ultimo riguardo, che nel regime previgente, oltre alla dichiarazione dell'impresa concorrente avvalsa, doveva ritenersi necessario un richiamo, nella dichiarazione sostitutiva attestante il tipo di collegamento societario, di una dichiarazione unilaterale dell'impresa ausiliaria o di un altro titolo costitutivo di una obbligazione già precedentemente assunta dall'impresa ausiliaria nei confronti della concorrente, avente ad oggetto la messa a disposizione dei requisiti e delle risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto. Infatti, ai sensi dell'art. 49, comma 5, d.lgs. n. 163/2006 – cui oggi corrisponde l'art. 89, comma 5, d.lgs. n. 50/2016 –, l'impresa concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto, e la dichiarazione unilaterale della sola impresa concorrente non è *ex se* idonea a far sorgere obbligazioni in capo ad un soggetto terzo, sebbene facente parte dello stesso gruppo societario, ed in favore del dichiarante, né tanto meno, essa può produrre tale effetto nei confronti della pubblica Amministrazione (v. in tal senso, *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. IV, 16 febbraio 2012, n. 810). Invero, ciò che la dichiarazione unilaterale sostituisce (in luogo del contratto), e sempre che i precedenti collegamenti giuridico-economici lo consentano, è la documentazione della assunzione dell'obbligazione nei confronti del concorrente (non potendo essa costituirne la fonte), nel senso che essa documenta l'esistenza di una obbligazione già precedentemente assunta, proprio in virtù dei legami suddetti. Nella specie, la dichiarazione del 17 agosto 2016 – resa in sede di soccorso istruttorio, in risposta alla richiesta di chiarimenti dell'autorità di gara formulata con lettera 12 agosto 2016 –, nella quale la Tüv Süd Rail GmbH (a sua volta controllata dalla Tüv Süd Umwelt GmbH) ha dichiarato che l'ausiliaria Tüv Süd NL era società da essa controllata al 100%, nonché il prodotto estratto del registro delle imprese della Camera di commercio Netherland, attestante tale situazione di controllo, devono ritenersi insufficienti ai fini dell'avvalimento, a fronte della carenza di prova delle concrete modalità di svolgimento del potere direzionale sulla società controllata e della sua incidenza sulla concreta organizzazione dell'attività d'impresa, considerata la persistente autonomia soggettiva della società controllata rispetto alle altre società

del gruppo (ciò, specie in un caso quale quello in esame, in cui le società hanno sede in Stati diversi e l'esecuzione dell'appalto, di durata quadriennale, si svolge in uno Stato terzo).

8.2.3. Orbene, da quanto sopra consegue che, a fronte dell'assenza, in capo all'aggiudicataria, di un valido avalimento relativo ad un requisito tecnico-organizzativo essenziale per l'esecuzione delle prestazioni oggetto della gara d'appalto (ossia, per l'esecuzione del servizio di Notified Body), l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, e ciò per un duplice ordine di ragioni, di cui ciascuna autonomamente sufficiente a sorreggere tale conclusione:

(i) non risulta prodotto il contratto di avalimento che, ai sensi dell'art. 89 d.lgs. n. 80/2016, deve ritenersi necessario anche negli avalimenti infragruppo;

(ii) la dichiarazione di avalimento non è, comunque, conforme neppure alla disciplina previgente di cui all'art. 49 d.lgs. n. 163/2006 (richiamato – seppure impropriamente – al punto 25 del disciplinare di gara).

Peraltro, la stessa Amministrazione, con i chiarimenti pubblicati il 28 luglio 2016 (v. doc. 15 del fascicolo di primo grado), dunque una settimana prima della scadenza del termine per la presentazione della domanda (prorogato al 5 agosto 2016, ore 12.00), ha precisato, per un verso, con riguardo al punto 25 del disciplinare, che *«per un refuso si fa riferimento all'art. 49 co. 2 del D.Lgs. 163/2006, mentre l'articolo corretto è l'art. 89 del D.Lgs. 50/2016»*, e, per altro verso, che *«nel caso in cui il soggetto ausiliario appartenga al medesimo gruppo societario del concorrente, si deve ugualmente produrre copia del contratto di avalimento stipulato tra concorrente e impresa ausiliaria»*, con ciò non lasciando adito a dubbio alcuno sugli adempimenti da assolvere in caso di ricorso all'istituto dell'avalimento.

8.2.4. A ciò si aggiunge – il relativo profilo di censura deve ritenersi devoluto al presente grado con il primo motivo d'appello – che non risulta acquisita alla documentazione di gara la dichiarazione circa la sussistenza dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 80 d.lgs. n. 50/2016 in capo al soggetto (o ai soggetti) muniti del potere di legale rappresentanza dell'ausiliaria Tüv Süd NL, risultando – per quanto qui interessa – prodotte in sede di gara solo le dichiarazioni relative ai signori Helge Schulz e Donato Passiatore, i quali, secondo la dichiarazione del 17 agosto 2016, sarebbero legati alla concorrente Tüv Süd Rail GmbH da un non meglio precisato rapporto contrattuale, oltre che una dichiarazione relativa al signor René van Blokland, indicato quale tecnico abilitato della Tüv Süd NL, con conseguente sussistenza anche della causa di esclusione

costituita dalla mancata dichiarazione ex art. 80 d.lgs. n. 50/2016 con riferimento al legale rappresentante dell'impresa ausiliaria.

8.3. Per le esposte considerazioni, in accoglimento dell'appello ed in riforma dell'appellata sentenza, s'impone l'annullamento dell'aggiudicazione disposta in favore della Tüv Süd Rail GmbH e il subentro dell'originaria ricorrente ed odierna appellante, quale seconda classificata, nella posizione dell'aggiudicataria e nello stipulando contratto, previa verifica dei prescritti requisiti (secondo le dichiarazioni rese dai difensori delle parti all'udienza pubblica del 18 gennaio 2018, il contratto non risulta essere stato ancora stipulato, talché non si pone la questione della dichiarazione della sua inefficacia).

Resta assorbita ogni altra questione, ormai irrilevante ai fini decisori, con la precisazione che, a fronte della pluralità delle ragioni, tra di loro autonome, idonee a sorreggere la presente statuizione di accoglimento, diviene irrilevante la questione di incompatibilità dell'art. 89 d.lgs. n. 50/2016 con l'art. 79 della direttiva 2014/25/UE, sollevata dalla difesa dell'appellata nella memoria del 30 ottobre 2017.

9. In applicazione del criterio della soccombenza, le parti appellate devono essere condannate a rifondere alla parte appellante le spese del doppio grado di giudizio, come liquidate nella parte dispositiva.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello come in epigrafe proposto (ricorso n. 3363 del 2017), lo accoglie e, per l'effetto, in riforma dell'appellata sentenza e in accoglimento dell'appello e del ricorso di primo grado, annulla l'impugnata aggiudicazione e dispone che l'appellante subentri nell'aggiudicazione e nello stipulando contratto (previa verifica del possesso dei prescritti requisiti); condanna le parti appellate a rifondere alla società appellante le spese del doppio grado di giudizio, che si liquidano nell'importo di euro 8.000,00 (ottomila/00) a carico dell'appellata parte privata e nell'importo di euro 8.000,00 (ottomila/00) a carico dell'appellata parte pubblica (intesa come unica parte collettiva), oltre agli accessori di legge e al contributo unificato di entrambi i gradi.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 18 gennaio 2018, con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Bernhard Lageder, Consigliere, Estensore

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Francesco Mele, Consigliere

Oreste Mario Caputo, Consigliere

L'ESTENSORE
Bernhard Lageder

IL PRESIDENTE
Luciano Barra Caracciolo

IL SEGRETARIO