



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 Lombardia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 2314 del 2013, proposto da: M.B.S. Group S.C.A.R.L., rappresentata e difesa dagli avv. Laura Pelizzo, Maurizio Zoppolato, con domicilio eletto presso Maurizio Zoppolato in Milano, via Dante, 16;

***contro***

Brianzacque S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Maria Cristina Colombo, con domicilio eletto presso Mattia Casati in Milano, via Durini, 24;

***nei confronti di***

Tnt Post Italia S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv. Stefano Vinti, Manuela Teoli, Dario Capotorto, con domicilio eletto presso Renato Ferola in Milano, via Vivaio, 22;

***per l'annullamento***

della determinazione n.17 del 10 settembre 2013, comunicata alla ricorrente a mezzo raccomandata prot. 13153 dell'11 settembre 2013, ricevuta il successivo 19 settembre 2013, di aggiudicazione definitiva all'ATI TNT Post. Italia S.p.a dell'appalto per il servizio di elaborazione grafica, stampa e spedizione delle fatture

e altri documenti e relativo servizio di consegna a data e ora certa per la Società Brianzacque s.r.l. del 1° luglio 2013 al 30 giugno 2015; nonché di tutti gli atti connessi;

nonché per l'annullamento, con ricorso incidentale

- dell'ammissione della M.B.S. GROUP S.c.a.r.l. alla procedura di gara;
- della graduatoria concorsuale e i verbali di gara nella parte in cui ammettono l'offerta del predetto concorrente e ne valutano il contenuto attribuendo il relativo, anziché escluderla e in particolare: verbali n. 1 del 22.03.2013, n. 2 del 22.03.2013, n. 3 25.03.2013, n. 4 del 27.03.2013, n. 5 del 21.05.2013;
- ogni altro atto preordinato, presupposto, consequenziale e/o comunque connesso, ivi compresa la /ex di gara in parte qua, qualora interpretata nel senso favorevole all'ammissione del predetto concorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Brianzacque S.r.l. e di Tnt Post Italia S.p.A.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Tnt Post Italia S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv. Stefano Vinti, Manuela Teoli, Dario Capotorto, Renato Ferola, con domicilio eletto presso Stefano Vinti in Milano, via Carlo Freguglia, 4; Brianzacque S.r.l., rappresentato e difeso dagli avv. Maria Cristina Colombo, Mattia Casati, con domicilio eletto presso Maria Cristina Colombo in Milano, via Durini, 24;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 marzo 2014 il dott. Alberto Di Mario e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. La ricorrente, in qualità di seconda classificata, impugna l'aggiudicazione del servizio di elaborazione grafica, stampa e spedizione delle fatture e altri documenti e relativo servizio di consegna a data e ora certa per la stazione appaltante per i seguenti motivi.

I) Violazione degli obblighi retributivi verso il personale.

II) Inammissibilità dell'avvalimento ed aggiudicazione ad un soggetto privo dei requisiti di ammissione e aggiudicazione.

III) Subaffidamento in favore di soggetti privi dei necessari requisiti per l'esecuzione dei servizi.

La stazione appaltante ha depositato un ricorso incidentale con il quale ha sollevato i seguenti motivi di ricorso.

A) Illegittimità dell'ammissione di MBS alla procedura di gara avvenuta in data 22 marzo 2013 e conseguente inammissibilità del ricorso per carenza di interesse in ragione del mancato rispetto da parte dell'art. 37 del D. Lgs. n. 163/2006 e dell'art. 275 del D.P.R. n. 207/2010 da parte di MBS.

La controinteressata ha presentato ricorso incidentale contro l'ammissione della ricorrente, sollevando i seguenti motivi di ricorso.

a1) Violazione e falsa applicazione della lex di gara- violazione dell'art. 37 e dell'art. 41 del d.lgs. n. 163/2006 dell'art. 275 del d.p.r. 207/2010 - mancanza dei requisiti di capacità economica finanziaria- violazione dei principi di par condicio, trasparenza e concorrenzialità. Infatti le referenze bancarie prodotte dall'odierna controinteressata si riferiscono esclusivamente

alla società M.B.S. Group S.c.a.r.l. e non all'impresa esecutrice Hybripost S.r.l.

b1) Violazione e falsa applicazione della lex di gara- violazione dell'art. 37 del d.lgs. n. 163/2006 dell'art. 275 del d.p.r. 207/2010- violazione art. 36 del d.lgs n.

163/2006 –insanabile irregolarità della domanda di partecipazione. Violazione dei principi di par condicio, trasparenza e concorrenzialità.

c1) Violazione e falsa applicazione della lex di gara – violazione dell'art. 37 del d.lgs. n. 163/2006 dell'art. 275 del d.p.r. 207/2010- violazione art. 36 del d.lgs n. 163/2006- insanabile irregolarità della domanda di partecipazione. Violazione dei principi di par condicio, trasparenza e concorrenzialità.

d1) Violazione e falsa applicazione della lex di gara- violazione dell'art. 37 del d.lgs. n. 163/2006 dell'art. 275 del d.p.r. 207/2010- violazione art. 75 del d.lgs n. 163/2006- insanabile irregolarità della polizza fideiussoria- violazione dei principi di par condicio, trasparenza e concorrenzialità.

All'udienza del 11 marzo 2014 la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

2. Il ricorso incidentale presentato dalla stazione appaltante è inammissibile.

Infatti l'amministrazione resistente non è legittimata a presentare ricorso incidentale contro i propri atti in quanto avendo a sua disposizione i vari istituti di autotutela (Tar Calabria, Catanzaro, sez. II, 7 aprile 2010 n. 428) non ha alcun interesse che possa salvaguardare con una tale forma di impugnazione. A ciò si aggiunge che ammettendo in capo all'amministrazione resistente la possibilità di proposizione di un ricorso incidentale, essa diviene l'arbitra dei processi in quanto può estinguere l'azione privata traendo vantaggio dall'illegittimità che essa stessa ha provocato.

3.1 Venendo al primo motivo del ricorso incidentale presentato dalla controinteressata esso è infondato in quanto, trattandosi di consorzio stabile, i requisiti debbono essere posseduti dal Consorzio e non dalle singole consorziate.

La giurisprudenza ha chiarito che nel caso di partecipazione ad una gara di appalto di un consorzio stabile, non è necessario verificare il possesso dei requisiti di partecipazione, oltre che in capo al consorzio stesso, anche in testa all'impresa

consorziata indicata come esecutrice. La tesi, infatti, della necessità del possesso dei requisiti solo in capo ai consorzi stabili sembra la più coerente con la stessa individuazione di tali figure soggettive. Queste hanno una loro qualificazione, che consente ai medesimi di partecipare alle gare pubbliche, e pertanto sono gli stessi che assumono su di sé, e con le qualificazioni possedute, l'onere della esecuzione delle prestazioni contrattuali, a nulla rilevando che abbiano designato una consorziata non in possesso delle qualificazioni necessarie, essendo la prestazione "in toto" ricadente sul medesimo consorzio stabile, che potrà provvedervi o direttamente o per il tramite di un'altra impresa consorziata (Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 27.04.2011 n. 2454).

3.2 Il secondo motivo di ricorso incidentale è infondato in quanto, come riconosciuto dalla stessa ricorrente incidentale, il divieto di partecipazione alla gara solo per alcune delle imprese consorziate non si applica al consorzio stabile.

3.3 Il terzo motivo di ricorso incidentale è inammissibile in quanto non individua le ragioni per le quali la ricorrente principale non potrebbe essere un consorzio stabile.

3.4 Il quarto motivo di ricorso è infondato in quanto, trattandosi di consorzio stabile, cioè di soggetto giuridico distinto dai consorziati, non vi era obbligo di intestazione della polizza fideiussoria a tutte le imprese consorziate.

In definitiva quindi il ricorso incidentale della controinteressata va respinto.

4. Venendo all'esame del ricorso principale esso è fondato nel secondo motivo. Le dichiarazioni di avvalimento presentate si limitano ad affermare che l'ausiliaria si obbliga a fornire all'impresa concorrente i requisiti come richiesti dalla Stazione appaltante per l'esecuzione del contratto.

Ai sensi dell'art. 88 del DPR n. 207 del 2010 per la qualificazione in gara, il contratto di cui

all'articolo 49, comma 2, lettera f), del codice deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente: a) oggetto: le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico; b) durata; c) ogni altro utile elemento ai fini dell'avvalimento.

In merito occorre chiarire che l'art. 88 svolge una funzione integrativa rispetto a quanto prescritto dall'art. 49 del Codice e si applica a tutti i contratti soggetti alla disciplina del Codice. Tale norma svolge la funzione di distinguere l'avvalimento fittizio da quello reale, in quanto la dichiarazione generica è sintomo dell'inesistenza di un impegno effettivo a mettere a disposizione i requisiti necessari per lo svolgimento del servizio. La giurisprudenza ha infatti chiarito che «l'avvalimento, così come configurato dalla legge, deve essere reale e non formale, nel senso che non può considerarsi sufficiente 'prestare' la certificazione posseduta (Cons. Stato, III, 18.04.2011, n. 2343) assumendo impegni assolutamente generici, giacché in questo modo verrebbe meno la stessa essenza dell'istituto, finalizzato non già ad arricchire la capacità tecnica ed economica del concorrente, bensì a consentire a soggetti che ne siano sprovvisti di concorrere alla gara ricorrendo ai requisiti di altri soggetti (C.d.S., sez. V, 03.12.2009, n. 7592), garantendo l'affidabilità dei lavori, dei servizi o delle forniture appaltati»(Cons. Stato, Sez. V., 10.01.2013, n. 90). Ne consegue che i contratti di avvalimento presentati in sede di gara generico, che si limitino a ripetere la dizione generica contenuta nell'art. 49 del Codice dei contratti, sono inidonei a svolgere la loro funzione mancando del tutto l'autentica messa a disposizione di risorse, mezzi o di altro elemento necessario».

In definitiva quindi il ricorso va accolto con conseguente annullamento degli atti di gara.

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

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti, accoglie il

ricorso principale e per l'effetto annulla gli atti impugnati. Respinge il ricorso incidentale presentato dalla controinteressata e dichiara inammissibile il ricorso incidentale presentato dalla stazione appaltante.

Condanna la stazione appaltante al pagamento delle spese processuali alla ricorrente che liquida in euro 3.000,00 oltre IVA e CPA come per legge.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 11 marzo 2014 con l'intervento dei magistrati:

Adriano Leo, Presidente

Alberto Di Mario, Primo Referendario, Estensore

Valentina Santina Mameli, Referendario

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/04/2014

IL SEGRETARIO

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