

N. 02105/2013REG.PROV.COLL.

N. 02128/2007 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2128 del 2007, proposto da:
Teleimpianti S.p.A., rappresentata e difesa dall'avv. Marzio Dallari, con domicilio
eletto presso Gian Marco Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 18;

contro

Comune di Bologna, rappresentato e difeso dagli avv. Giorgio Stella Richter,
Annamaria Cupello Castagna e Giulia Carestia, con domicilio eletto presso Giorgio
Stella Richter in Roma, via Orti della Farnesina 126;

nei confronti di

Soc. Dab Sistemi Integrati S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Francesco Lilli e
Andrea Musenga, con domicilio eletto presso Francesco Lilli in Roma, via di Val
Fiorita 90;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, Sez. I, n. 2872/2006, resa tra le parti, concernente gara per affidamento servizio gestione e manutenzione impianti speciali di teleallarme.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le costituzioni in giudizio della Soc. Dab Sistemi Integrati S.r.l. e del Comune di Bologna;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 marzo 2013 il Cons. Raffaele Prospero e uditi per le parti gli avvocati Marzio Dallari, Giorgio Stella Richter e Francesco Lilli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando di gara pubblicato nella G.U.R.I. del 4 ottobre 2005 il Comune di Bologna aveva indetto una gara a licitazione privata per l'affidamento, secondo il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, del servizio quinquennale di gestione e manutenzione degli impianti speciali installati nei fabbricati comunali (antintrusione, TV a circuito chiuso, rilevazione incendi) per l'importo a base d'asta di €. 2.292.000,00 oltre i.v.a..

La procedura si concludeva con l'affidamento del servizio alla società DAB, mentre la Teleimpianti s.p.a. veniva classificata al secondo posto.

Questa ultima proponeva allora ricorso al TAR dell'Emilia Romagna, presentando in seguito anche motivi aggiunti e deducendo in sintesi l'illegittimità dell'affidamento, vista la presenza di subappalto, per il servizio di gestione delle chiamate e di reperibilità, vietato dalla legge di gara, per l'illogicità dell'attribuzione

del punteggio e per la mancata adozione (ed esplicazione a verbale) delle misure di conservazione dei plichi contenenti le offerte tecniche.

Il TAR di Bologna, con sentenza n. 2872 del 3 novembre 2006, respingeva il ricorso ed i motivi aggiunti.

Con appello al Consiglio di Stato notificato il 1 marzo 2007, la Teleimpianti s.p.a. impugnato la sentenza di primo grado sulla base delle seguenti censure:

1.Violazione e falsa applicazione della disciplina sui gruppi di società. Errore sui presupposti e vizio di motivazione. La sentenza del TAR ha considerato l'affidataria Dab s.r.l. e la Tevis s.r.l. entrambe controllate dalla Dab s.p.a. come un soggetto unitario, escludendo quindi la presenza del rapporto di subappalto. In realtà si tratta di due soggetti giuridici distinti, la Dab s.p.a. non ha presentato alcuna offerta e l'ordinamento non considera i gruppi in modo unitario se non in casi limitati e al fine di tutelare i terzi.

2.Violazione e falsa applicazione dei principi relativi al subappalto. Errore sui presupposti e vizio di motivazione. La sentenza impugnata ha erroneamente qualificato la fattispecie come avvalimento, anziché come subappalto. L'avvalimento è istituto che consente agli operatori economici di servirsi dei requisiti e dei mezzi di altri soggetti ed opera in fase di qualificazione, mentre il subappalto consiste nell'affidamento ad un terzo di una prestazione ed opera nella fase dell'esecuzione del contratto.

3.Violazione e falsa applicazione dell'art. 12 del capitolato. Con il divieto di subappalto di una parte di prestazione non si poteva affidare a soggetto formalmente diverso quella specifica parte.

4.Violazione del principio di immodificabilità delle offerte e di *par condicio* dei concorrenti. E' evidente che l'offerta di Dab s.r.l. venisse incidere sull'offerta, poiché il ruolo di Tevis non era la mera prestazione del proprio *know-how*.

5. Violazione e falsa applicazione dell'art. 47 direttiva 2004/18/CE. La sussistenza di un collegamento societario non costituisce prova adeguata della disponibilità dei mezzi dell'impresa ausiliaria ed era quindi necessario un atto di impegno della società ausiliaria, ove si ritenesse l'ipotesi dell'avvalimento.

6. Violazione e falsa applicazione dei principi relativi alla qualificazione delle imprese. Violazione degli artt. 12, 13 e 14 D. Lgs. 17.3.95 n. 157, nonché dell'art. 18 L. 19.3.90 n. 55. La sentenza impugnata ha erroneamente escluso che la normativa sulla qualificazione dei concorrenti e la disciplina antimafia fossero applicabili alla fattispecie; al contrario ciò doveva essere verificato anche per l'ipotesi dell'avvalimento.

7. Vizio di motivazione. Grave illogicità e violazione del principio di proporzionalità. Il rigetto del motivo di ricorso concernente la formula di valutazione dell'elemento prezzo non è realmente motivata.

8. Violazione e falsa applicazione del principio di pubblicità e di trasparenza. Non era sufficiente la verbalizzazione della prima seduta pubblica per garantire la tutela dell'integrità dei plichi contenenti le offerte tecniche.

L'appellante concludeva per l'accoglimento del ricorso con vittoria di spese.

Si sono costituiti in giudizio l'affidataria Dab s.r.l. ed il Comune di Bologna, sostenendo l'infondatezza dell'appello e chiedendone il rigetto; la sola società Dab ha dedotto l'improcedibilità del gravame.

Alla odierna udienza pubblica la causa è passata in decisione.

DIRITTO

Si può prescindere dall'eccezione di improcedibilità sollevata dalla controinteressata, in quanto l'appello è infondato nel merito.

L'appellante Teleimpianti s.p.a. impugna la sentenza n. 2872/2006 con la quale il TAR dell'Emilia Romagna, sede di Bologna, ha respinto il suo ricorso avverso l'affidamento alla Dab s.r.l. del servizio quinquennale di gestione e manutenzione

degli impianti speciali installati nei fabbricati comunali (antintrusione, TV a circuito chiuso, rilevazione incendi), rinnovando, in primo luogo, una serie di censure inerenti il rapporto tra l'affidataria e la Tevis s.r.l., società entrambe controllate dalla capogruppo Dab s.p.a.

Con i primi sei motivi Teleimpianti si duole in sintesi che l'affidataria abbia fatto ricorso al subappalto a favore di Tevis per una parte delle prestazioni poste in gara, il servizio di gestione delle chiamate e di reperibilità, nonostante il relativo divieto contenuto dall'art. 12 del capitolato speciale, e qualora invece si dovesse ritenere sussistente l'ipotesi di avvalimento, sarebbe stata da considerare l'avvenuta disapplicazione della normativa sulla qualificazione dei concorrenti e la disciplina antimafia ed inoltre la mancanza di un reale e formale impegno da parte di Tevis sulla messa a disposizione i propri mezzi in ausilio di Dab s.r.l.

Le censure sono complessivamente infondate.

Per una migliore comprensione del tema in esame, vale la relazione tecnica presentata dall'affidataria in cui si rimarca – pag. 7 - che *“Nell'ambito dei servizi previsti nel presente appalto, il cui progetto è illustrato nei capitoli seguenti, DAB utilizzerà, come vedremo, tutte le possibili sinergie con le aziende del Gruppo. Ciò consentirà di fornire al massimo livello di qualità dei servizi previsti, migliorandoli con una serie di prestazioni rese possibili dal know-how e dalle risorse condivise dal Gruppo DAB.*

Nello specifico affiancheranno la DAB Sistemi Integrali, che è assuntore e responsabile del Servizio:

TEVIS per la gestione della centrale operativa e del Call Center attivo 24 su 24”

Si deve dare rilievo all'impegno di Dab s.r.l. nel dichiararsi assuntore e responsabile del Servizio, quindi è evidente che l'affidataria svolgerà direttamente il servizio (si veda tra l'altro nella stessa pagina la riproduzione fotografica della propria centrale operativa a Roma a dimostrazione delle proprie possibilità) e che del medesimo sarà responsabile, quindi anche di ogni inadempimento.

Non si può ravvisare alcun indice che dimostri l'esistenza di un contratto di subappalto, ossia di quel contratto secondario o derivato, posto a valle del contratto di appalto ed attinente alla sua esecuzione (cfr. per tutto Cons. Stato, V, 26 marzo 2012 n. 1726).

Né tanto meno si possono rinvenire nella fattispecie le caratteristiche dell'avvalimento, così come delineate dall'art. 49 D. Lgs. 163/2006, come utilizzo consensuale dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico ed organizzativo di altro soggetto di impresa, e del quale in ogni caso non può essere lamentata la violazione, in quanto entrato in vigore solamente il 1° luglio 2006, dunque inapplicabile *ratione temporis*.

Il Collegio ritiene corretta un'interpretazione letterale della relazione tecnica di Dab s.r.l., intendendo l'uso del *know-how* di Tevis come normale utilizzo di un complesso di abilità e conoscenze necessarie per l'utilizzo di impianti tecnologici o lo svolgimento di mansioni specialistiche; in breve l'impiego di tutte quelle sinergie in materia di conoscenze e capacità accumulate in un'impresa appartenente ad un gruppo più esteso e che dunque, in quanto tali, non sono oggetto di privative o di segreto industriale, ma sono un mezzo di scambio continuo per il miglioramento delle prestazioni delle singole imprese viste come un miglioramento dei risultati generali nel complesso del gruppo.

Non vi è chi non veda come la cessione di *know-how* sia oggi fondamentale nelle relazioni industriali ed imprenditoriali in genere e se essa può avere fini di lucro, ossia può essere oggetto di scambio economico, può invece essere il fondamento di un'ordinaria azione comune all'interno di una casa madre, senza dare luogo a particolari figure giuridiche nel corso delle cessioni.

Altresì destituito di fondamento è il settimo motivo, in cui l'appellante si duole del rigetto del secondo originario motivo di ricorso concernente l'illogicità della formula di valutazione dell'offerta economica.

A prescindere dal fatto che il motivo non risulta accompagnato da adeguata dimostrazione della pretesa illogicità della formula di valutazione, tanto da apparire una mera perorazione, si deve rilevare come il giudice di primo grado abbia correttamente dato conto della composizione delle offerte sia dell'appellante, sia dell'affidataria, risultando l'offerta di economica di Dab percentualmente migliore rispetto a quella di Teleimpianti, senza però differenze macroscopiche, mentre i rispettivi punteggi numerici appaiono rispettare pienamente le stesse proporzioni, ammontando a 32,41 e 4,83 il punteggio di Dab e a 30,36 e 4,76 il punteggio di Teleimpianti, a fronte di 52 punti a Dab e 43 a Teleimpianti per l'offerta tecnica.

Quindi negli 89,24 punti di Dab, di cui 52 per l'offerta tecnica e 37,24 per l'offerta economica e dai 78,12 punti di Teleimpianti, di cui 43 per l'offerta tecnica e 35,12 per l'offerta economica, non si ravvisa alcuna illogicità.

Sul punto, in diritto, è sufficiente concludere evidenziando l'inammissibilità delle censure che si appuntano sulla composizione economica dell'offerta in quanto impingono il merito di valutazioni rimesse alla discrezionalità dell'amministrazione (cfr. da ultimo Cons. St., sez. V, n. 978 del 2013 cui si rinvia a mente degli artt. 74 e 120 c.p.a.).

Per concludere è da respingere anche l'ottavo ed ultimo motivo, circa la mancata verbalizzazione della conservazione dei plichi contenenti le offerte tecniche successivamente alla prima seduta.

La verbalizzazione dell'integrità dei plichi nella prima seduta pubblica ha permesso ai concorrenti di verificarne l'integrale conservazione sino a quel momento; successivamente le modalità di conservazione sono state verbalizzate con l'indicazione precisa del luogo di conservazione e nei verbali delle sedute riservate successive non vi è stata traccia di menomazioni o irregolarità, né, soprattutto, Teleimpianti ha mai fatto rilevare il minimo sospetto di irregolarità o contestato carenza di cautele nella conservazione e nemmeno in sede di ricorso la stessa

interessata ha provato o insinuato episodi di manomissione (cfr. sul punto Cons. Stato, V, 18 febbraio 2013 n. 978 cit.).

Per le suesposte considerazioni l'appello deve essere respinto con la conseguente conferma della sentenza impugnata.

Spese come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese di giudizio liquidandole in complessivi €. 4.000,00 (quattromila/00), oltre accessori come per legge, in favore di ciascuna delle parti costituite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 marzo 2013 con l'intervento dei magistrati:

Vito Poli, Presidente FF

Francesco Caringella, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Raffaele Prospero, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/04/2013

IL SEGRETARIO

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