Sentenza del T.A.R. Sicilia n. 1364 del 18/05/2022

Massima: … *il prestito di un Direttore Tecnico, qualunque sia la sua competenza e relativo know how aziendale, non soddisfi ex se il requisito dell'adeguatezza del prestito dei requisiti, in quanto scisso dai fattori della produzione e da tutte le risorse, che, solo complessivamente (e non atomisticamente) considerate, hanno consentito all'ausiliaria di acquisire l'attestazione di interesse da mettere a disposizione dell'ausiliata.*
In altri termini, il prestito dell'attestazione carente deve coinvolgere l'intera organizzazione aziendale non potendosi limitare al conferimento di un direttore tecnico, che, ancorché "organo cui competono gli adempimenti di carattere tecnico-organizzativo necessari per la realizzazione dei lavori", non coincide con l'organizzazione aziendale né la esaurisce.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 644 del 2022, proposto da Geo.Mar. s.r.l. Ingegneria & Costruzioni, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Vincenzo Airò, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Santa Teresa di Riva, Commissione di Gara del Comune di Santa Teresa di Riva, Centrale Unica di Committenza - Consorzio Tirreno Ecosviluppo 2000 Soc. Cons. A R.L., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, non costituiti in giudizio;

nei confronti

El.Da. Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio; Soter s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, sia in proprio che quale capogruppo

mandataria del r.t.i. con PH3 Engineering s.r.l. rappresentata e difesa dall'avvocato Pietro De Luca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- della determina n. 361 del 01.04.2022 con la quale è stata disposta dal Comune di Santa Teresa di Riva, l'aggiudicazione in favore del RTI Soter s.r.l. della gara, espletata tramite procedura aperta, per l'affidamento dell'appalto dei lavori di "REALIZZAZIONE CANALE DI GRONDA A DIFESA DEL CENTRO ABITATO DI S. TERESA DI RIVA LOCALITÀ CANTIDATI (ME)" – Codice Caronte SI_1_24453 - Codice identificativo della procedura di gara (CIG): 9107730090 - Codice CUP F97B08000020006;

- della nota prot n. 6506 del 25.03.2022 recante la Comunicazione di esclusione ai sensi dell'art. 76 comma 5 lettera c), del D. Lgs. 50/2016 nei confronti dell'impresa ricorrente;

- della nota prot. 6934 del 01.04.2022 con la quale il Comune resistente ha confermato l'esclusione della ricorrente dalla gara di che trattasi;

- dei verbali di gara nn.1, 2 e 3 e della relativa proposta di aggiudicazione;

- degli atti afferenti le verifiche in ordine alla validità del contratto di avvalimento prodotto dall'impresa ricorrente al fine della dimostrazione del possesso dei requisiti tecnici per la partecipazione alla gara;

- ove occorra dell'avviso esito della gara del 01.04.2022;

-nonché di ogni altro atto e/o provvedimento presupposto e/o connesso.

nonchè

per la declaratoria di inefficacia del contratto ove stipulato con la controinteressata, del diritto della ricorrente al subentro nella esecuzione della parte residua del servizio e al risarcimento dei danni per equivalente ove il subentro non risulti consentito, o comunque, per la parte di servizio già eseguita.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Soter s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 11 maggio 2022 la dott.ssa Giuseppina Alessandra Sidoti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Oggetto della vicenda contenziosa sono i provvedimenti del Comune di Santa Teresa di Riva impugnati con il ricorso in epigrafe, con i quali è stata disposta l'esclusione della società ricorrente

dalla gara, espletata tramite procedura aperta, per l'affidamento dell'appalto dei lavori di "*Realizzazione canale di gronda a difesa del centro abitato di S. Teresa di Riva località Cantidati (ME)*", nonché l'aggiudicazione in favore della controinteressata.

Con il provvedimento di esclusione, in particolare, la ricorrente è stata esclusa dalla procedura, all'esito delle sedute di gara ove si era graduata al primo posto (con un ribasso pari a 30,7941%). Ciò in quanto la società, carente della qualificazione SOA richiesta per la categoria OG8 (€ 644.641,53 categoria prevalente 72%), ha fatto ricorso a un contratto di avvalimento con altra impresa (Silvestro Costruzioni s.r.l.), ritenuto dalla commissione di gara indeterminato, in parte contraddittorio e comunque insufficiente (nei mezzi e nelle risorse indicate), in violazione dell'art. 89, co. 1, d. lgs. n. 50 del 2016.

Con verbale n. 3 del 1.04.2022 la commissione di gara ha respinto il reclamo proposto dalla ricorrente.

La commissione ha, quindi, collocato al primo posto in graduatoria il r.t.i. Soter, proponendo in suo favore l'aggiudicazione, la quale è avvenuta con determinazione della 2^ area del Comune di Santa Teresa di Riva n. 361 del 1.04.2022.

Parte ricorrente ha, quindi, impugnato i detti atti, deducendo il seguente unico motivo:

I) *Violazione e falsa applicazione degli art. 3 e 97 della Costituzione; Violazione e falsa applicazione del d.lgs 50/2016; Violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara; Eccesso di potere per carenza di motivazione; Difetto d'istruttoria.*

Ritiene la società ricorrente che, contrariamente all'interpretazione resa dalla stazione appaltante, il contratto di avvalimento sarebbe idoneo a garantire all'ausiliata l'avvalimento tecnico operativo per la partecipazione alla gara tramite la messa a disposizione della direzione tecnica dell'appalto, unitamente al personale e ai mezzi necessari.

La presunta inidoneità dei mezzi messi a disposizione da parte dell'impresa ausiliaria a eseguire l'appalto sarebbe affermazione apodittica, poiché il bando in questione, al di là dei requisiti di partecipazione, non prescriverebbe l'obbligo di avere la disponibilità di specifici mezzi, quanto piuttosto la capacita tecnica organizzativa di poter eseguire i lavori, provvedendo in ipotesi anche al noleggio dei mezzi necessari.

Quanto alle presunte contraddizioni in contratto in riferimento alle responsabilità assunte da ausiliaria e ausiliata, la giurisprudenza avrebbe chiarito che la responsabilità solidale derivi direttamente dall'art. 89, co. 5, d. lgs. n. 50/2016.

2. Si è costituita la controinteressata per resistere al giudizio.

3. In vista della camera di consiglio parte ricorrente ha prodotto memoria.

4. Alla camera di consiglio del giorno 11 maggio 2022, fissata per la trattazione dell'istanza cautelare, il Collegio ha dato avviso alle parti della possibile definizione della controversia con sentenza in forma semplificata ai sensi dell'art. 60 c.p.a. e, dopo la discussione dei difensori, il ricorso è stato posto in decisione.

5. Il ricorso è infondato.

6. La controversia all'esame del Collegio concerne la nullità, o meno, del contratto di avvalimento c.d. tecnico – operativo prodotto in gara dalla Geo.Mar. s.r.l. Ingegneria & Costruzioni ausiliata dall'impresa Silvestro Costruzioni s.r.l., per sopperire alla mancanza della qualificazione SOA richiesta per la categoria OG8.

Occorre al fine della delibazione dell'unico motivo dedotto prendere le mosse dall'art.89 del d.lgs. 50/2016, secondo cui "*il concorrente allega, altresì, alla domanda di partecipazione in originale o copia autentica il 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. A tal fine, il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria*".

Con tale norma il Codice dei contratti pubblici ha introdotto una forma di nullità di protezione dei requisiti di 'forma-contenuto' del contratto di avvalimento, che invece mancava nella disciplina precedente, la quale si limitava a presidiare il principio di determinabilità del contenuto del contratto di avvalimento, affermando che esso debba riportare "*in modo compiuto, esplicito ed esauriente (…) le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico*" (v. art. 88 del d.P.R. 207 del 2010).

Tale norma viene quindi a definire in modo specifico l'oggetto del contratto di avvalimento che consiste nei requisiti forniti e nelle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria.

La giurisprudenza (cfr. da ultimo Cons., Stato, sez. V, 13 aprile 2022, n. 2784) ha chiarito che:

a) l'indagine in ordine agli elementi essenziali di detto avvalimento deve essere svolta sulla base delle generali regole sull'ermeneutica contrattuale e in particolare secondo i canoni enunciati dal codice civile di interpretazione complessiva e secondo buona fede delle clausole contrattuali (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 20.07.2021, n. 5464; III, 4.01.2021, n. 68).

b) il contratto non deve quindi necessariamente spingersi sino alla rigida quantificazione dei mezzi d'opera o all'esatta indicazione delle qualifiche del personale messo a disposizione; tuttavia, l'assetto negoziale deve consentire quantomeno "*l'individuazione delle esatte funzioni che l'impresa ausiliaria andrà a svolgere, direttamente o in ausilio all'impresa ausiliata, e i parametri cui rapportare le risorse messe a disposizione*" (in termini: Cons. Stato, Sez. IV, 26.07.2017, n. 3682); esso deve cioè prevedere, da un lato, la messa a disposizione di personale qualificato, specificando se (ciò avvenga) per la diretta esecuzione del servizio o per la formazione del personale dipendente dell'impresa ausiliata, dall'altro i criteri per la quantificazione delle risorse e/o dei mezzi forniti (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 30.06.2021, n. 4935);

c) ammissibile è l'avvalimento che abbia ad oggetto l'attestazione S.O.A., purché la messa a disposizione del requisito mancante non si risolva nel prestito di un valore puramente cartolare e astratto (ossia l'astratta attestazione), essendo invece necessario che dal contratto risulti chiaramente l'impegno dell'impresa ausiliaria a prestare le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità a seconda dei casi: mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 21.12.2021, n. 8486); ma perché ciò avvenga realmente è necessaria l'effettiva integrazione dei complessi aziendali dell'avvalente e dell'ausiliaria, diversamente il contratto di avvalimento si risolverebbe in una scatola vuota ossia in un trasferimento documentale cui non corrisponde alcun reale intervento dell'ausiliaria nell'esecuzione dell'appalto e, in definitiva, ove non si disponga diversamente, nell'affidamento dell'opera a un concorrente che si è dichiarato incapace di eseguirla nella sua interezza e che solo "formalmente" si è avvalso dell'attestazione richiesta;

d) va esclusa la validità del contratto di avvalimento che applichi formule contrattuali generiche, ovvero meramente riproduttive del dato normativo o contenenti parafrasi della clausola della lex specialis descrittiva del requisito oggetto dell'avvalimento stesso (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 14.06.2019 n. 4024).

7. Applicando i superiori principi al contratto in questione, depongono nel senso della sua genericità e contraddittorietà i seguenti risolutivi elementi:

a) nelle premesse viene dato atto che "*il concorrente stesso dispone di tutti i mezzi finanziari, operativi, tecnici e organizzativi per dare piena e compiuta esecuzione dell'opera oggetto dell'appalto*", lasciando intendere che si tratterebbe del mero prestito cartolare e astratto dell'attestazione S.O.A., avendo per l'appunto il concorrente tutti i mezzi operativi che gli consentirebbero di eseguire in proprio tutta l'opera, in contrasto con la ratio sottesa all'istituto dell'avvalimento;

b) l'art. 2 prevede "*che l'impresa ausiliaria si obbliga verso l'Avvalente, che a sua volta accetta, a fornire i seguenti requisiti e mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto stesso (salvo che il bando di gara non preveda particolari limiti all'avvalimento dei requisiti)*", in tal modo obliterando quel carattere di specificità necessario per un contratto di avvalimento operativo, dato che le parti, con la detta clausola, non forniscono dimostrazione di piena cognizione del bando;

c) nel contratto sono poi previsti i mezzi e le attrezzature prestate (nell'allegato elenco) e il personale messo a disposizione (una unità nella direzione tecnica e due unità lavorative), ma, contrariamente ai principi sopra esposti, non sono affatto indicate le funzioni a carico dell'impresa ausiliaria e le lavorazioni a cui sono destinate dette unità, né viene chiarito se le funzioni siano prestate direttamente dalla Silvestro Costruzioni s.r.l. o in ausilio dell'avvalente e per la diretta esecuzione dei lavori o per la formazione dei dipendenti della avvalente; né ancora sono minimamente individuati i parametri cui rapportare le risorse prestate.

Tali elementi sono ritenuti dal Collegio sufficienti a pervenire al giudizio di nullità del contratto e ciò esime dall'esame delle ulteriori contraddizioni/carenze evidenziate dall'amministrazione ai fini dell'esclusione.

Insomma, tale contratto non dà luogo ad alcuna "*necessaria effettiva integrazione dei complessi aziendali dell'avvalente e dell'ausiliaria*", risolvendosi, di fatto, in un trasferimento documentale (attestazione S.O.A.) e in un'elencazione generica e aspecifica di personale e di mezzi disancorati dalla funzione in relazione all'appalto in questione.

7.1. Non può, inoltre, giovare alla parte ricorrente il riferimento al prestito del direttore tecnico, ritenuto dalla società determinante ai fini della dimostrazione della natura sostanziale del "prestito" in questione.

Infatti, il Collegio, conformemente ad analoga giurisprudenza sul tema (cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 6 luglio 2020, n. 1288), ritiene che il prestito di un Direttore Tecnico, qualunque sia la sua competenza e relativo know how aziendale, non soddisfi *ex se* il requisito dell'adeguatezza del prestito dei requisiti, in quanto scisso dai fattori della produzione e da tutte le risorse, che, solo complessivamente (e non atomisticamente) considerate, hanno consentito all'ausiliaria di acquisire l'attestazione di interesse da mettere a disposizione dell'ausiliata.

In altri termini, il prestito dell'attestazione carente deve coinvolgere l'intera organizzazione aziendale non potendosi limitare al conferimento di un direttore tecnico, che, ancorché "*organo cui competono gli adempimenti di carattere tecnico-organizzativo necessari per la realizzazione dei lavori*", non coincide con l'organizzazione aziendale né la esaurisce.

7.2. Convincente è, infine, l'affermazione, propugnata dalla controinteressata, secondo cui la "*prova del nove*" che si sia innanzi a un generico contratto *pass-partout*, privo della necessaria specificità, è dato dal fatto che, cambiando il numero 8 della categoria opere generali - proprio dell'appalto in questione - con altro numero, il contratto ben potrebbe essere utilizzato per qualsiasi gara.

7.3. Ne consegue la genericità dei requisiti messi a disposizione dell'ausiliata, indicativa della indeterminatezza dell'oggetto del contratto di avvalimento e della non conformità dell'impegno negoziale assunto dalla concorrente allo schema normativo così come sopra delineato, con conseguente nullità dello stesso, ai sensi non solo dell'art. 89 comma 1 ultima parte d.lgs. 50/2016, ma anche dei principi civilistici e nello specifico del combinato disposto degli artt. 1418 comma 2 e 1325 c.c..

8. Conclusivamente il ricorso va rigettato.

9. Le spese possono essere compensate in ragione della peculiarità della fattispecie.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, sezione staccata di Catania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese compensate.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 11 maggio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Pancrazio Maria Savasta, Presidente

Agnese Anna Barone, Consigliere

Giuseppina Alessandra Sidoti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Giuseppina Alessandra Sidoti	**Pancrazio Maria Savasta**