



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 Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento

(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 127 del 2012, proposto da:
Costruzioni Comai S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Antonio Tita e Piero Costantini ed elettivamente domiciliata presso il loro studio in Trento, via Lunelli, n. 48

contro

Consorzio di Miglioramento Fondiario di Trebi Pozze - Cavedine, rappresentato e difeso dall'avv. Flavio Maria Bonazza e con domicilio eletto presso il suo studio in Trento, Piazza Mosna, n. 8

nei confronti di

- Renzo Travaglia, Presidente del Consorzio di Miglioramento Fondiario di Trebi Pozze, non costituito in giudizio;
- Costruzioni Dallapè S.r.l., non costituita in giudizio

per l'annullamento

- del provvedimento del Presidente del Consorzio di miglioramento fondiario di Trebi Pozze di data 2.4.2012, ricevuto in data 6.4.2012, avente ad oggetto l'esito della gara per l'appalto mediante cottimo fiduciario dei lavori di rifacimento, risanamento e costruzione di murature in zona agricola, con il quale è stato comunicato alla ricorrente che “nella gara per l'appalto in oggetto è risultata vincitrice l'impresa Costruzioni Dallapè S.r.l., con un ribasso unico percentuale pari al 17,80%”;
 - del verbale n. 1 di gara informale, relativo alla seduta di gara del 30.3.2012, nel corso della quale è stata proclamata vincitrice l'impresa Costruzioni Dallapè;
 - della lettera d'invito di data 1.3.2012 nella parte in cui è stata inviata all'impresa Costruzioni Dallapè sebbene la stessa sia sprovvista della qualificazione SOA per la categoria di lavori OG3;
 - di ogni altro provvedimento presupposto, successivo e comunque connesso e/o conseguente, nonché di eventuali atti ulteriori non noti, quali l'eventuale determinazione di aggiudicazione definitiva dell'appalto e del provvedimento, espresso o tacito, di diniego di autotutela ai sensi dell'art. 243 bis del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163;
- e per la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato con l'aggiudicataria Costruzioni Dallapè S.r.l., con espressa domanda di subentrare nello stesso ex art. 122 del c.p.a.;
- nonché per la condanna del Consorzio di miglioramento fondiario Trebi Pozze al risarcimento dei danni in forma specifica mediante l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione a favore

dell'impresa Costruzioni Dallapè e conseguente aggiudicazione dei lavori all'impresa ricorrente, seconda classificata, ovvero, laddove impossibile in tutto o in parte, per equivalente monetario.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Consorzio di Miglioramento Fondiario di Trebi Pozze – Cavedine;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 novembre 2012 il cons. Alma Chiettini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Visto il dispositivo di sentenza pubblicato, ai sensi dell'art. 120, comma 9, cod. proc. amm., in data 23 novembre 2012;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Al fine di affidare i lavori di risanamento e di costruzione di murature in zone agricole con il sistema del cottimo, ai sensi dell'art. 52 della l.p. 10.9.1993, n. 26, il Consorzio di miglioramento fondiario di Trebi Pozze ha indetto una gara ufficiosa con invito a presentare un'offerta.

Nella lettera d'invito datata 1.3.2012 era specificato:

- che i lavori di gara erano classificati nella categoria prevalente OG3 (strade), per la classifica I;
- che l'offerta vincitrice sarebbe stata quella che presentava il ribasso

percentuale più elevato rispetto all'importo delle lavorazioni soggette a ribasso, pari a 279.052,82 €;

- che i concorrenti dovevano possedere l'attestazione di qualificazione, rilasciata da una SOA, per categorie e classifiche adeguate ai lavori in appalto;

- che con l'offerta dovesse essere prodotta, a pena d'esclusione, l'attestazione di qualificazione SOA in corso di validità.

2. La lettera d'invito è stata recapitata a 6 imprese di cui 1 (Costruzioni Dallapè) non in possesso dell'attestazione SOA per la categoria OG3 richiesta.

Detta società ha comunque partecipato alla gara dichiarando di avvalersi del requisito SOA dell'impresa Transcavi F.lli Rosà, con cui aveva stipulato un'apposita scrittura privata che ha allegato all'offerta.

3. Nella seduta di gara del 30.3.2012 la menzionata ditta Costruzioni Dallapè ha conseguito l'aggiudicazione offrendo il miglior ribasso unico percentuale, pari al 17,80%, mentre l'impresa Costruzioni Comai si è graduata in seconda posizione presentando un ribasso pari al 16,33%.

4. Quest'ultima ha impugnato gli atti del procedimento di gara indicati in epigrafe deducendo i seguenti motivi di diritto:

I - "mancata e/o erronea applicazione della lex specialis; degli artt. 52 e 58.27 della l.p. 10.9.1993, n. 26; degli artt. 29 e 31 del D.P.G.P. 30.9.1994, n. 12-10/Leg; dell'art. 125 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163; eccesso di potere per violazione dei principi di parità di trattamento, difetto di motivazione, illogicità, contraddittorietà e ingiustizia

manifeste”, in quanto la controinteressata non avrebbe avuto titolo per essere invitata alla gara in questione non essendo essa un’“impresa idonea” in quanto sprovvista della qualificazione SOA per la categoria dei lavori da eseguire;

II - in via subordinata, “mancata e/o erronea applicazione dell’art. 49 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163; dell’art. 88 del D.P.R. 5.10.2010, n. 207; dell’art. 58.27 della l.p. 10.9.1993, n. 26; eccesso di potere per difetto di istruttoria, illogicità e ingiustizia manifeste”, a causa dell’indeterminatezza del contenuto del contratto di avvalimento presentato in sede di gara.

Con l’atto introduttivo del giudizio la deducente ha anche chiesto, in via cautelare, la sospensione dei provvedimenti impugnati.

5. Con ordinanza n. 74, adottata nella camera di consiglio del 24 maggio 2012, la domanda incidentale di misura cautelare è stata accolta.

6. Il Consorzio di miglioramento fondiario di Trebi Pozze si è quindi costituito in giudizio, chiedendo la reiezione del ricorso nel merito perché infondato.

7. In vista dell’udienza di merito le parti hanno depositato memorie conclusionali.

8. Alla pubblica udienza del 22 novembre 2012 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

DIRITTO

1. Come già esposto in fatto, l’impresa Comai ha partecipato al confronto indetto dal Consorzio di miglioramento fondiario di Trebi

Pozze per l'affidamento - con il sistema del cottimo fiduciario - di lavori di risanamento e di costruzione di murature in zone agricole. Essa, che si è classificata al secondo posto della graduatoria, ha impugnato gli atti della procedura deducendo che l'impresa prima classificata, Costruzioni Dallapè, non avrebbe potuto essere inviata a partecipare al confronto non essendo qualificata all'esecuzione dei lavori di gara.

2a. Preliminarmente, giova precisare che nell'ordinamento provinciale il sistema del cottimo fiduciario è disciplinato dall'art. 52 (rubricato "*spese in economia*") della l.p. 10.9.1993, n. 26, che stabilisce sia i presupposti per ricorrervi (opere e lavori pubblici, compresa la fornitura dei materiali necessari, per un importo non eccedente per singolo contratto 500.000 euro), che la necessità del previo svolgimento "*di una gara ufficiosa o da sondaggio informale fra almeno cinque imprese*".

Il regolamento di attuazione della l.p. n. 26 del 1983, approvato con D.P.G.P. 30.9.1994, n. 12-10/Leg, nel testo vigente *ratione temporis*, ha ulteriormente precisato, per quanto qui di interesse, che: - le opere e i lavori possono essere eseguiti in economia mediante il sistema del cottimo fiduciario quando si rende necessario ovvero opportuno l'affidamento ad "*imprese ritenute idonee*" (art. 29); - l'invito a partecipare alla gare ufficioso deve essere rivolto ad "*almeno cinque ditte ritenute idonee*"; - le opere e i lavori da eseguirsi in economia sono affidati con il criterio del prezzo più basso (art. 31).

2b. In ambito nazionale, il sistema del cottimo fiduciario è

disciplinato dall'art. 125 del Codice dei contratti pubblici, di cui al D.Lgs. 12.4.2006, n. 163, che ammette l'acquisizione in economia di lavori per un valore massimo di 200.000 euro, specificando altresì che: - l'affidamento deve avvenire *“nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei, individuati sulla base di indagini di mercato ovvero tramite elenchi di operatori economici predisposti dalla stazione appaltante”* (comma 8); - gli elenchi degli operatori economici da invitare alla consultazione devono essere tenuti dalle stazioni appaltanti e aggiornati almeno annualmente; - ad essi possono essere iscritti i soggetti che ne fanno richiesta e che sono in possesso *“dei requisiti di idoneità morale, capacità tecnico - professionale ed economico - finanziaria prescritta per prestazioni di pari importo affidate con le procedure ordinarie di scelta del contraente”* (comma 12).

2c. Dalla lettura delle riportate disposizioni si evince dunque che per lavori di portata qualitativa e quantitativa (diversamente valutata nei due ordinamenti) comunque modesta non si richiede l'esperimento delle complesse procedure per la scelta del contraente affidatario; è infatti possibile che tali lavori li esegua l'Amministrazione: o direttamente (a mezzo di un proprio ufficio), o tramite un soggetto terzo di fiducia scelto con modalità di selezione alquanto semplificate ma che rispettano i canoni generali della contrattualistica pubblica in quanto si richiede comunque l'osservanza dei principi di trasparenza, rotazione e parità di trattamento.

Quanto agli operatori che assumono detti incarichi, essi devono

risultare iscritti negli appositi elenchi “*dei soggetti idonei*” tenuti dall’Amministrazione (la terminologia è identica nei due ordinamenti: cfr., artt. 29 e 31, comma 1, D.P.G.P. n. 12-10/Leg del 1994 e art. 125, comma 8, D.Lgs. n. 163 del 2006) e, secondo la disciplina statale, “*essere in possesso dei requisiti di idoneità morale, capacità tecnico - professionale ed economico - finanziaria prescritta per prestazioni di pari importo affidate con le procedure ordinarie di scelta del contraente*” (art. 125, comma 12, D.Lgs. n. 163 del 2006).

In definitiva, l’affidamento di lavori pubblici con il sistema del cottimo fiduciario non può essere considerata un’attività negoziale dell’Amministrazione priva di una rilevanza pubblicistica, perché le regole procedurali codificate, ancorché semplificate, che l’Amministrazione deve applicare per concludere validamente il relativo contratto conciliano le esigenze di celerità e di semplificazione con le altrettanto fondamentali garanzie di imparzialità e di correttezza poste a tutela della concorrenza (cfr., da ultimo, C.d.S., sez. V, 1.3.2012, n. 1195 e 29.2.2012, n. 1189).

3a. Così ricapitolati le disposizioni e i principi che regolano l’affidamento di lavori pubblici con il sistema del cottimo fiduciario, il Collegio può passare all’esame del merito del ricorso.

Con il primo motivo introdotto l’impresa ricorrente denuncia il fatto che l’impresa Costruzioni Dallapè (poi risultata aggiudicataria), sia stata invitata, e successivamente abbia partecipato, al confronto di causa: essa, infatti, non possiede l’attestazione di qualificazione SOA per la categoria richiesta dalla lex specialis di gara. Per questo aspetto,

si ricorda che la lettera di invito aveva specificato sia che i lavori da eseguirsi rientravano nella categoria prevalente OG3, per la classifica I, sia che i concorrenti avrebbero dovuto possedere l'attestazione di qualificazione per categoria e classifica adeguate.

Invero, come già esposto in fatto, l'impresa Costruzioni Dallapè ha partecipato al confronto di causa "*avvalendosi*" del requisito SOA posseduto dall'impresa ausiliaria Transcavi F.lli Rosà e la Stazione appaltante ha ritenuto regolare la sua offerta.

3b. In opposizione alle di parte ricorrente la Stazione appaltante invoca l'applicazione dei principi di fonte comunitaria che disciplinano l'istituto dell'avvalimento. In particolare, essa ricorda che l'art. 121 del Codice dei contratti pubblici espressamente estende anche ai contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria "*le disposizioni della parte II*" dello stesso Codice, fra cui rientra l'art. 49 sull'avvalimento, istituto che, secondo la giurisprudenza amministrativa, ha portata generale perché soddisfa l'esigenza della massima partecipazione alle gare consentendo a concorrenti che siano privi dei requisiti richiesti dal bando di concorrere ugualmente ricorrendo ai requisiti di altri soggetti.

4a. La argomentazione difensive della Stazione appaltante non sono convincenti e non possono pertanto essere apprezzate favorevolmente.

Innanzitutto, osserva il Collegio che la tematica in esame non riguarda l'applicazione o meno dell'istituto dell'avvalimento alle gare di importo inferiore alla soglia comunitaria: la questione, infatti, a livello

statale è positivamente definita con il già richiamato art. 121 del Codice dei contratti pubblici nonché dalla giurisprudenza che ha più volte sottolineato che l'istituto in esame, perseguendo finalità di tutela della concorrenza, può essere utilizzato anche in relazione ai contratti aventi per oggetto lavori, servizi e forniture di importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria. Inoltre, per quanto riguarda la disciplina regionale / provinciale, si ricorda che la Corte costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittima una disposizione di legge regionale che stabiliva che nei contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria era esclusa la possibilità di ricorrere all'istituto dell'avvalimento. Nell'occasione, ha precisato che:

- la finalità perseguita dal Legislatore statale, in linea con le prescrizioni comunitarie, è consentire a soggetti, che non posseggono determinati requisiti di partecipazione, di concorrere egualmente mediante l'ausilio di un'altra impresa, che sia in possesso dei necessari requisiti, purché ricorrano le condizioni indicate dal citato art. 49;
- che l'avvalimento rientra *“nell'ambito della tutela della concorrenza”*, perché *“amplia potenzialmente la partecipazione delle imprese alle procedure concorsuali, assicurando così una maggiore tutela delle libertà comunitarie e degli stessi principi di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa”*, salvo alcuni aspetti del contratto che, comunque, sono *“di natura essenzialmente privatistica”*;
- che ciò, in definitiva, *“esclude che la Regione possa adottare una disciplina diversa da quella prevista a livello nazionale”*.

4b. La questione da esaminare è, invece, se è possibile ricorrere all'istituto dell'avvalimento nella particolarissima procedura semplificata preventiva alla stipulazione di un contratto con il sistema del cottimo fiduciario, caratterizzata da importi contrattuali di importo contenuto e per la quale la Stazione appaltante non deve predisporre un bando pubblico di gara ma una semplice lettera d'invito da inviare ad *“almeno cinque ditte ritenute idonee”*.

4c. A tale quesito il Collegio ritiene che si debba rispondere negativamente perché *“l'idoneità”* del soggetto da invitare al confronto deve sussistere al momento della spedizione degli inviti e non integrarsi successivamente al momento della sua eventuale partecipazione al confronto.

L'idoneità di un'impresa ad essere dapprima iscritta negli elenchi tenuti dalla Amministrazione delle ditte da invitare e, quindi ad essere invitata al confronto, consiste infatti nel possesso non solo dei requisiti generali di idoneità morale ma anche dei requisiti di idoneità professionale quali *“la capacità tecnico - professionale ed economico - finanziaria prescritta per prestazioni di pari importo affidate con le procedure ordinarie di scelta del contraente”* (art. 125, comma 12, D.Lgs. 163/2006) e, quindi, anche dell'eventuale attestazione SOA, ossia il documento obbligatorio unico, necessario e sufficiente a comprovare la capacità dell'impresa di eseguire opere pubbliche con importo a base d'asta superiore a € 150.000,00.

Di conseguenza, l'*“idoneità”* di un'impresa deve essere valutata dall'Amministrazione al momento della predisposizione dell'elenco

degli operatori, o, al più tardi, al momento dell'invio della lettera d'invito: i presupposti morali e tecnici in capo ai potenziali concorrenti devono quindi sussistere anteriormente allo svolgimento del confronto. In diversi termini, l'“*idoneità*” deve essere concreta e non ipotetica (potendo allora divenire effettiva solo nel caso l'impresa ricorra al supporto di un soggetto estraneo all'elenco dei selezionati). Tale conclusione non solo rispecchia il dato letterale delle disposizioni legislative sia provinciali che statali riportate, ma è anche suffragata dall'argomento della coerenza orizzontale: il confronto concorrenziale preliminare al contratto di cottimo è previsto che si svolga in termini semplificati e in tempi rapidi garantendo parità di trattamento a imprese che devono però presentare uguali requisiti minimi richiesti: solo così, visto il ridotto numero di soggetti da invitare, si assicura, almeno teoricamente, la loro effettiva partecipazione. A ciò si aggiunga un argomento a contrario: se fosse ammessa la possibilità di mandare l'invito a imprese non idonee dal punto di vista tecnico ciò eluderebbe i principi che governano il confronto perché contribuirebbe ad aumentare il grado di ipoteticità dell'effettiva partecipazione degli invitati diminuendo, al contempo, il numero dei concorrenti effettivi, atteso che il ricorso all'avvalimento costituisce un indubbio aggravio procedimentale per il concorrente che deve ricorrervi.

4d. L'applicazione dei suddetti principi al caso in esame conduce alla conclusione che la Società Costruzioni Dallapè non doveva essere inviata al confronto propedeutico alla stipulazione del contratto a

cottimo fiduciario per i lavori della categoria prevalente OG3, classifica I, non essendo essa in possesso dell'attestazione di qualificazione SOA necessaria.

A ciò consegue che il primo motivo deve essere accolto con conseguente annullamento, in parte qua, della lettera d'invito di data 1.3.2012 nella parte in cui è stata inviata all'impresa Costruzioni Dallapè.

5. A seguito dell'accoglimento del motivo precedente, avente natura assorbente, ha trovato piena soddisfazione la pretesa principale della Società ricorrente.

Tuttavia, per esigenze di completezza del richiesto esame e tenuto anche conto delle indicazioni del Giudice d'appello, il Collegio non reputa di assorbire l'ulteriore mezzo dedotto in via subordinata, che è ugualmente fondato.

Con esso, la ricorrente Comai asserisce che il contratto di avvalimento stipulato tra l'ausiliata Costruzioni Dallapè e l'ausiliaria Transcavi F.lli Rosà avrebbe contenuto indeterminato, violando così sia l'art. 49 del Codice dei contratti pubblici sia l'art. 88 del regolamento di esecuzione, ove è prescritto che il contratto di avvalimento *“deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente ... le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico”*.

In punto di fatto, si osserva che con il contratto di avvalimento di causa l'ausiliaria Transcavi si è impegnata a mettere a disposizione dell'ausiliata *“la disponibilità della propria attestazione SOA nonché delle risorse necessarie al fine di consentire la partecipazione alla gara e l'esecuzione*

dell'appalto, che si individueranno nel corso delle specifiche lavorazioni ed in relazione alle eventuali evenienze che si presenteranno in cantiere nell'esecuzione della commessa. In particolare: macchinari ed attrezzature occorrenti per l'esecuzione della commessa che verranno individuati nel corso delle specifiche lavorazioni; nella prestazione dei lavori inerenti le opere di scavi e movimenti terra, che verranno affidati in forma di subappalto, all'impresa ausiliaria subappaltatrice con le modalità e i limiti di legge'.

6. Ora, ricorda innanzitutto il Collegio che la facoltà di avvalersi dell'attestazione della certificazione SOA è espressamente prevista dall'art. 49, comma 1, del Codice dei contratti pubblici.

Vale poi rammentare che l'attestazione SOA è il documento obbligatorio unico, necessario e sufficiente a comprovare la capacità dell'impresa di eseguire opere pubbliche con importo a base d'asta superiore a 150.000,00 € e che qualifica le aziende suddividendole in otto classi, espresse in valori crescenti di euro, abilitandole così a partecipare agli appalti con importi pari alla relativa classe, incrementata di un quinto (cfr., art. 40 del Codice dei contratti pubblici e artt. 60 e ss. del D.P.R. 5.10.2010, n. 207).

Il sistema di qualificazione certifica dunque la capacità tecnico-finanziaria di un'impresa per categoria di lavori "eseguibili" sulla base di quelli effettivamente "eseguiti". In tal senso, la procedura per ottenere la qualificazione richiede la dimostrazione di requisiti di ordine sia generale che speciale, oltre che di capacità economica e finanziaria, tra cui sono comprese le referenze bancarie, la capacità organizzativa, la dotazione di attrezzature tecniche, l'organico medio annuo, la

presenza di idonea direzione tecnica, l'esecuzione di lavori già realizzati nelle categorie oggetto di richiesta di importo non inferiore ad un'individuata percentuale della classifica domandata (cfr. artt. 76 e ss. del D.P.R. n. 207 del 2010) (cfr., T.R.G.A. Trento 28.10.2011, n. 269).

Detto sistema, di conseguenza, richiede:

- per un profilo, che il requisito di partecipazione stabilito dal bando di gara attinente alla capacità tecnica minima - quindi, il possesso di una precisa classifica per la categoria dei lavori realizzandi - debba essere posseduto per l'intero da almeno un partecipante (cfr., T.R.G.A. Trento 21.3.2012, n. 90 e C.d.S., 13.6.2011, n. 3565);
- per altro ma correlato profilo, che l'impresa che possiede il requisito di partecipazione minimo stabilito dal bando di gara si impegni espressamente, nei confronti dell'impresa ausiliata e della Stazione appaltante, a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto tutte le risorse necessarie di cui è carente il concorrente indicandole precisamente, giacché *“l'avvalimento nei requisiti soggettivi di qualità”* (nel caso di specie una qualificazione SOA) *“deve essere reale e non formale, nel senso che non può considerarsi sufficiente < prestare > la certificazione posseduta (C.d.S., sez. III, 18.4.2011, n. 2343)”*, in quanto, in caso contrario, *“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, 3.12.2009, n. 7592), garantendo nondimeno l'affidabilità dei lavori, dei servizi o delle forniture appaltati”* (cfr., sez. V, 18.11.2011, n.

6079).

In altri termini, in caso di ricorso all'istituto dell'avvalimento per il requisito della qualificazione è esigenza ineludibile che l'utilizzo di essa sia reale, concreto ed esaustivo, destinato cioè ad arricchire pienamente le capacità dell'impresa concorrente in vista della corretta esecuzione delle opere. Viceversa, un avvalimento solo teorico, oppure non completo perché limitato a parte dei requisiti necessari per ottenere la qualificazione, pregiudica in radice lo scopo dell'istituto. Significativamente, il testo dell'art. 88 del D.P.R. n. 207 del 2010 ha prescritto che nel contratto d'avvalimento sia esplicitata compiutamente ed esaurientemente l'indicazione delle risorse e dei mezzi prestati.

7a. Ciò significa, più concretamente, che nella materia dei lavori l'avvalimento dell'attestazione SOA non può riguardare un singolo requisito necessario per il suo rilascio (ad esempio, il possesso di determinate attrezzature), ma deve invece comprendere l'intera organizzazione dell'impresa, ossia tutti i requisiti di ordine sia generale che speciale nonché tecnici la cui sussistenza ha determinato il rilascio di quell'attestazione di qualificazione SOA.

In diversi termini, con il contratto di avvalimento occorre che sia assunta l'obbligazione di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata, in relazione all'esecuzione di uno specifico contratto d'appalto, le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che hanno giustificato l'attribuzione della qualificazione richiesta dal bando. Il concorrente ha pertanto l'onere di dimostrare che l'impresa

ausiliaria si impegna non semplicemente a “prestargli” il requisito richiesto quale mera entità astratta, né a “prestargli” alcuni mezzi, ma che assume l'obbligazione di mettere a sua disposizione tutte le risorse e l'apparato organizzativo che hanno giustificato l'attribuzione di quella specifica qualificazione SOA.

7b. Tornando alla vicenda di causa, si deve osservare che:

- da un lato, la vista *“disponibilità della propria attestazione SOA nonché delle risorse necessarie al fine di consentire la partecipazione alla gara e l'esecuzione dell'appalto, che si individueranno nel corso delle specifiche lavorazioni ed in relazione alle eventuali evenienze che si presenteranno in cantiere nell'esecuzione della commessa”* rappresenta una dizione per un verso tautologica rispetto al disposto legislativo (e, come tale, indeterminata per definizione) e, al contempo, generica perché da essa non è possibile evincere in modo specifico quali siano le risorse e i mezzi che sarebbero stati messi a disposizione per l'esecuzione del contratto (cfr., in termini, C.d.S. sez. III, 29.10.2012, n. 5512);

- da altro lato, la successiva precisazione che, *“in particolare”*, sarebbero stati messi a disposizione *“macchinari ed attrezzature occorrenti per l'esecuzione della commessa che verranno individuati nel corso delle specifiche lavorazioni”* nonché *“prestazione di lavori inerenti le opere di scavi e movimenti terra”*, è del tutto insufficiente ad integrare il requisito minimo di partecipazione prescritto dal bando.

Più precisamente, l'impegno dell'impresa Transcavi di mettere a disposizione dell'ausiliata Dallapè la propria attestazione SOA nella categoria prevalente OG3 per la classifica I avrebbe dovuto riguardare

non solo l'utilizzo di macchinari e l'impegno ad effettuare lavori di scavo, bensì l'impiego di una congrua porzione delle risorse organizzative, personali, di mezzi e di know how maturate ed affinate dall'ausiliaria attraverso le proprie qualificate esperienze curriculari e presupposte alla qualificazione posseduta e concessa (cfr., in termini, C.d.S., sez. V, 6.8.2012, n. 4510).

8. Non supera tali rilievi il richiamo, evidenziato dalla difesa dell'Amministrazione intimata, alla responsabilità solidale con l'ausiliata che, con l'art. 2 del contratto in esame, l'impresa ausiliaria ha assunto nei confronti della committenza e in relazione ai lavori oggetto dell'appalto.

Si tratta, infatti, di un conseguenza che discende direttamente dalla legge (cfr., comma 4 dell'art. 49 del Codice dei contratti pubblici) che si giustifica proprio ed esclusivamente per la effettiva partecipazione dell'impresa ausiliaria all'esecuzione dell'appalto (cfr., in termini, C.d.S., sez. VI, 13.5.2010, n. 2956), effettiva partecipazione che, al contrario, non si rinviene nel caso di specie, mancando la dichiarazione di messa a disposizione di concrete risorse, di personale, di mezzi e di organizzazione complessiva, tutti necessari ai fini dell'avvalimento dell'attestazione di qualificazione SOA (cfr., C.d.S., sez. V, 18.11.2011, n. 6079).

Su questo punto è stato altresì precisato che, essendo l'avvalente Costruzioni Dallapè, per definizione, carente dei requisiti, *“si può affermare che, in presenza di un contratto di avvalimento che non sia in grado di garantire, per la sua indeterminatezza, l'effettività della messa a disposizione degli*

stessi requisiti da parte di chi ne disponga, neppure la regola della responsabilità solidale varrebbe ad assicurare l'esatta esecuzione della prestazione di appalto con gli standard pretesi" (cfr., C.d.S., sez. V, 6.8.2012, n. 4510).

A ciò si deve soggiungere che nel caso in esame, ove il bando aveva richiesto il possesso di una precisa attestazione di qualificazione SOA, trattandosi dunque di un avvalimento c.d. "*operativo*", consentire la partecipazione all'impresa Costruzioni Dallapè con l'avvalimento dell'impresa Transcavi avrebbe significato trasgredire la previsione della *lex specialis* consentendo la partecipazione di soggetti non qualificati: poiché la concorrente Costruzioni Dallapè non possiede l'attestazione di qualificazione prescritta e perché l'impresa ausiliaria, che invece la possiede, non ha messo a disposizione dell'ausiliata tutte le risorse organizzative, personali e tecniche che le hanno permesso di conseguire quell'attestazione SOA.

9. In conclusione, alla luce delle suesposte considerazioni, il ricorso deve essere accolto.

Per l'effetto, visto il disposto annullamento della lettera d'invito di data 1.3.2012 nella parte in cui è stata inviata all'impresa Costruzioni Dallapè, si deve rilevare che il relativo annullamento si estende, con effetto caducante, agli atti consequenziali, primo fra tutti l'aggiudicazione disposta a favore della nominata impresa.

A ciò consegue l'obbligo del Consorzio di Miglioramento Fondiario di Trebi Pozze - che, a quanto consta, dopo la sospensione cautelare della procedura non ha effettuato alcun altro atto dispositivo - di affidare alla ditta ricorrente i lavori di risanamento e di costruzione di

murature in zone agricole, di cui al cottimo fiduciario in questione. Corollario di quanto precede è, naturalmente, l'accoglimento della domanda di risarcimento del danno mediante reintegrazione in forma specifica, ai sensi dell'art. 124 c.p.a.

10. Le spese di lite seguono la soccombenza e devono essere poste a carico della parte resistente nella misura liquidata in dispositivo.

All'impresa ricorrente spetta, naturalmente, anche il rimborso del contributo unificato ai sensi dell'art. 13, comma 6 bis 1, del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento (Sezione Unica)

definitivamente pronunciando sul ricorso n. 127 del 2012

lo accoglie.

Condanna il Consorzio di Miglioramento Fondiario di Trebi Pozze – Cavedine al pagamento delle spese del giudizio a favore di Costruzioni Comai S.r.l. che liquida complessivamente in € 3.000,00 (tremila), oltre a I.V.A. e C.N.P.A.

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

Così deciso in Trento nella camera di consiglio del giorno 22 novembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Armando Pozzi, Presidente

Lorenzo Stevanato, Consigliere

Alma Chiettoni, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/12/2012

IL SEGRETARIO

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