



REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto  
(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 42 del 2013, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Due P s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Alberto Mischi e Andrea Corinaldesi, con domicilio eletto presso Eleonora Chielli in Venezia, Santa Croce n. 312/A;

***contro***

Comune di Treviso, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso per legge dagli avvocati Antonello Coniglione e Giampaolo De Piazzi, elettivamente domiciliato presso l'Avvocatura Civica del Comune di Venezia, in Venezia, S. Marco, 4091;

***nei confronti di***

Telia Costruzioni s.r.l., non costituita in giudizio; Li.Ta. Costruzioni s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Valeria Zambardi, Nicolò Marcello e Federico Romoli, con domicilio eletto presso lo studio della prima in Venezia, S. Croce, 205;

***per l'annullamento***

***previa sospensione dell'efficacia***

- del provvedimento di esclusione definitiva della ricorrente in data 28.11.2012 prot. n. 98703; del precedente provvedimento di esclusione provvisoria del 15.11.2012 prot. n. 32927; del provvedimento di aggiudicazione definitiva; di ogni atto annesso, connesso o presupposto; nonché per l'accertamento della ricorrente a conseguire l'aggiudicazione; per la declaratoria d'inefficacia del contratto ove *medio tempore* stipulato; per la condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno subito.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Treviso e di Li.Ta. Costruzioni s.p.a.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dalla ricorrente incidentale Li.Ta. Costruzioni s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Nicolò Marcello, Federico Romoli e Valeria Zambardi, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultima in Venezia, S. Croce, 205;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 luglio 2013 il dott. Enrico Mattei e uditi per le parti i difensori come

specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

Con atto di ricorso (n.r.g. 42/2013) notificato il 28.12.2012 e depositato il successivo 11.01.2013, Due P s.r.l. ha adito l'intestato Tribunale per chiedere l'annullamento degli atti, meglio in epigrafe specificati, con i quali è stata esclusa dalla procedura di evidenza pubblica indetta dal Comune di Treviso, con bando di gara del 1.10.2012, per l'affidamento dei lavori di ristrutturazione del museo civico intitolato a Luigi Bailo.

Esponde di aver partecipato alla suesposta procedura di gara, ma di esserne stata illegittimamente esclusa a causa della contestata indeterminatezza dell'oggetto contratto di avvalimento stipulato con l'ausiliaria Esposito Costruzioni sas di Conechia Aniello & C.

Avverso gli impugnati provvedimenti, la ricorrente ha proposto le seguenti censure:

### *I. Violazione della par condicio.*

Deduce, a tale riguardo, che il provvedimento di esclusione dalla gara sarebbe stato illegittimamente emanato dopo l'apertura delle buste contenenti le offerte economiche.

### *II. Eccesso di potere sotto il profilo del falso presupposto di fatto.*

Lamenta, in proposito, che la stazione appaltante avrebbe errato nel ritenere viziato per indeterminatezza dell'oggetto il contratto di avvalimento stipulato con la Esposito Costruzioni.

### *III. Eccesso di potere, sotto altro profilo, del falso presupposto di fatto.*

Deduce, nello specifico, che l'amministrazione appaltante avrebbe errato nel ritenere che il contratto di avvalimento "non dà la prova che grazie all'ausiliaria la Due P s.r.l. potrebbe immediatamente disporre al momento dell'esecuzione dei lavori, senza alcuna intermediazione dell'impresa ausiliaria, di tutte le risorse in concreto necessarie a supplire alla persona deficienza della SOA per la categoria OG2 classifica IV" (cfr., comunicazione del 15.11.2012, prot. n. 93927).

### *IV. Eccesso di potere, sotto altro profilo, del falso presupposto di fatto.*

Riferisce, al riguardo, che contrariamente a quanto rilevato dalla stazione appaltante il contratto di avvalimento stipulato con Esposito Costruzioni sas di Conechia Aniello & C., riporterebbe la specifica ed analitica indicazione delle risorse messe a disposizione.

### *V. Violazione dell'art. 46, comma 1, del d.lg.s. 163/2006.*

Lamenta, in particolare, che la stazione appaltante avrebbe disposto emanato l'impugnato provvedimento di esclusione senza aver prima attivato il potere di soccorso istruttorio di cui all'art. 46, comma 1, del d.lg.s. 163/2006.

### *VI. Violazione delle norme in materia di nullità del contratto. Violazione del principio di separazione dei poteri.*

Asserisce, a tale riguardo, che prima dell'emanazione il provvedimento di esclusione dalla gara, la stazione appaltante avrebbe dovuto accertarsi dell'eventuale nullità del contratto di avvalimento dinanzi al giudice ordinario.

Con successivo atto propositivo di motivi aggiunti, notificato il 5.03.2013 e depositato il successivo 8.03.2013, parte ricorrente ha proposto la seguente, ulteriore, doglianza:

### *VII. Violazione degli artt. 87 e 88 del d.lgs. 163/2006.*

Lamenta, in proposito, che la valutazione di congruità dell'offerta aggiudicataria sarebbe stata effettuata in maniera incompleta ed approssimativa.

Il Comune di Treviso si è costituito in giudizio per resistere al ricorso, eccependo in via preliminare l'inammissibilità del ricorso per motivi aggiunti e contestando tutte le censure *ex adverso* svolte.

Si è altresì, costituita in giudizio la controinteressata Li.Ta. Costruzioni s.p.a. la quale, oltre ad eccepire l'irricevibilità e l'inammissibilità del ricorso, ha proposto in via incidentale le seguenti doglianze:

*I. Violazione e falsa applicazione degli artt. 38 e 49 del codice dei contratti pubblici e degli artt. 88 e 248 del relativo regolamento. Violazione e falsa applicazione dell'art. 46 del d.P.R. 445/2000. Illegittimità derivata.*

Asserisce, a tale riguardo, che la stazione appaltante avrebbe dovuto escludere la ricorrente principale dalla procedura di gara, posto che i sig.ri Aniello Conocchia e Salvatore Conocchia, rispettivamente legale rappresentante e direttore tecnico della impresa ausiliaria Esposito Costruzioni sas di Conechia Aniello & C., non avrebbero allegato alle autocertificazioni presentate la fotocopia dei propri documenti di identità.

*II. Violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del codice dei contratti pubblici. Illegittimità derivata.*

Lamenta, altresì, che la suddetta impresa ausiliaria avrebbe omesso di presentare le dichiarazioni previste dall'art. 38 del codice dei contratti pubblici relativamente a tutti i soggetti da essa indicati.

Con ordinanza emessa nella camera di consiglio del giorno 13 marzo 2013, il Collegio ha accolto l'istanza di sospensione dei provvedimenti impugnati in via principale, ravvisando sotto il profilo del *fumus boni iuris* i presupposti per il suo accoglimento.

Alla pubblica udienza del giorno 4 luglio 2013 la causa è stata trattenuta in decisione.

#### DIRITTO

Con il presente gravame viene in contestazione la legittimità, sotto vari profili, della procedura di evidenza pubblica indetta dal Comune di Treviso, con bando di gara del 1.10.2012, per l'affidamento dei lavori di ristrutturazione del museo civico intitolato a Luigi Bailo.

Ritiene anzitutto il Collegio di dover trattare con priorità ricorso incidentale essendo le censure ivi esposte finalizzate ad escludere le condizioni dell'azione di cui al gravame principale.

Nel merito il ricorso incidentale è infondato e va respinto, atteso che tutta la documentazione di gara di cui si è asserita la mancanza, ed in relazione alla quale la società controinteressata ha rilevato avverso la ricorrente principale la violazione e falsa applicazione degli artt. 38 e 49 del d.lgs. 163/2006, 88 e 248 del d.P.R. 207/2010 e 46 del d.P.R. 445/2000, risulta dimessa agli atti di causa e regolarmente consegnata in sede di gara alla stazione appaltante prima che quest'ultima emanasse l'impugnato provvedimento di esclusione.

Si possono, dunque, passare in esame le eccezioni di tardività ed inammissibilità proposte avverso il gravame principale.

Deve anzitutto essere rigettata l'eccezione di tardività per intervenuta decorrenza del termine breve d'impugnazione di cui all'art. 120, comma 5, del cod. proc. amm., posto che, contrariamente a quanto dedotto dalla controinteressata, appare indimostrato, dalla lettura del verbale della commissione esaminatrice in data 15.11.2011, che l'amministratore della ricorrente principale abbia effettivamente avuto conoscenza dell'esclusione dalla gara da tale momento.

Deve, altresì, essere rigettata l'eccezione d'inammissibilità per mancata notificazione dell'atto introduttivo del gravame alla controinteressata LI.TA. Costruzioni s.p.a., atteso che al momento della notifica del ricorso avverso l'atto di esclusione dalla gara, la ricorrente principale si trovava nella oggettiva impossibilità di procedere alla notificazione nei confronti dell'impresa aggiudicataria dei lavori, avendo quest'ultima assunto la qualifica di controinteressata in senso tecnico e sostanziale solo successivamente, e cioè in seguito all'emanazione da parte della stazione appaltante dei provvedimenti di aggiudicazione provvisoria e definitiva.

A medesime conclusioni deve giungersi anche con riferimento alla rilevata improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza d'interesse, posto che, contrariamente a quanto asserito dalla società controinteressata, l'attestazione SOA categoria OG 11, classifica III, in possesso della ricorrente è conforme al d.P.R. 34/2000, recante

la disciplina normativa in tema di certificazioni SOA vigente al momento di pubblicazione del bando di gara.

Deve, infine, essere rigettata l'eccezione preliminare con cui la controinteressata ha rilevato, sotto altro profilo, l'improcedibilità del ricorso per carenza di interesse, sostenendo che la società ricorrente sarebbe onerata da un debito fiscale rateizzato che avrebbe dovuto condurre la stazione appaltante a deliberarne l'esclusione dalla procedura di gara, non rientrando, invero, tale posizione debitoria con il fisco, in una delle cause di esclusione di cui all'art. 38, comma 1, lett. g), del d.lgs. 163/2006.

Sgombrato il campo dalle eccezioni in rito formulate dalla controinteressata, si può procedere all'esame delle censure esposte nel ricorso principale.

Nel merito detto ricorso appare suscettibile di essere accolto con riferimento ai mezzi di gravame (secondo terzo e quarto) con i quali si contesta la legittimità dell'impugnato provvedimento di esclusione dalla gara, nella parte in cui la stazione appaltante ha rilevato l'indeterminatezza del contratto di avvalimento stipulato dalla società ricorrente e la società ausiliaria Esposito Costruzioni sas di Conechia Aniello & C.

Ed invero, contrariamente a quanto dedotto dall'amministrazione resistente, tale contratto riporta l'analitica e specifica indicazione delle risorse e dei mezzi messi a disposizione dell'impresa ausiliaria per l'intera durata dell'appalto, nonché l'impegno di quest'ultima a rendersi responsabile in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle attrezzature e alla attestazione SOA categoria OG2, classifica V, riportate nel contratto medesimo.

Non può, pertanto, essere condiviso quanto riportato nell'impugnato provvedimento di esclusione, a tenore del quale il contratto di avvalimento sarebbe invalido perché non riporterebbe alcun riferimento alle risorse umane e al *know-how* da mettere a disposizione dell'impresa avvalente, posto che tali elementi risultano chiaramente dalle prestazioni dedotte nel contratto (cfr., in particolare la clausola di cui all'art. 2 del contratto nella parte in cui "*la Esposito Costruzioni sas di Conechia Aniello & C si obbliga nei confronti della Due P s.r.l. a fornire i propri requisiti e a mettere a disposizione tutte le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto*"), nonché dal certificato SOA prodotto dall'impresa ausiliaria il quale viene rilasciato dai competenti organismi di attestazione previa analisi dei requisiti specifici dell'azienda richiedente, in base al fatturato, al monte lavori, ai costi e alle spese per il personale, all'attrezzatura tecnica e alla presenza di un Sistema Qualità o di elementi significativi di quest'ultimo.

Deve, infine, ritenersi palesemente infondata l'affermazione contenuta nel provvedimento di esclusione in base alla quale il contratto di avvalimento in questione "*non dà la prova che grazie all'ausiliaria la Due P s.r.l. potrebbe immediatamente disporre al momento dell'esecuzione dei lavori (...) di tutte le risorse in concreto necessarie a supplire alla personale deficienza della SOA per la categoria OG2 classifica IV*", avendo in proposito l'impresa avvalente dimostrato, attraverso la produzione di tale contratto, di poter disporre delle risorse di cui alla superiore classifica V (riguardante lavori di importo superiore alla contestata classifica IV) e relativa alla medesima categoria di opere OG2, concernente lavori di "*restauro e manutenzione dei beni immobili sottoposti a tutela ai sensi delle disposizioni in materia di beni culturali e ambientali*".

Alla luce delle suesposte considerazioni il ricorso principale deve essere accolto, previo assorbimento delle ulteriori censure proposte.

Attesa la particolarità della fattispecie controversa, si rinviengono giustificati motivi per disporre, tra le parti in causa, l'integrale compensazione delle spese e degli onorari del processo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, accoglie il ricorso principale e respinge il ricorso incidentale.

Compensa integralmente, tra le parti in causa, le spese e gli onorari del giudizio.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 4 luglio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Bruno Amoroso, Presidente

Enrico Mattei, Referendario, Estensore

Roberto Vitanza, Referendario

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/10/2013

IL SEGRETARIO

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