



**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia**

**Lecce - Sezione Seconda**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 448 del 2013, proposto da:

Nikante Costruzioni Srl, rappresentato e difeso dall'avv. Giuliano Di Pardo, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Carlo Inguscio in Lecce, via Campania 42;

***contro***

Consorzio di Bonifica Ugento e Li Foggi, rappresentato e difeso dall'avv. Silvestro Lazzari, con domicilio eletto presso il suo studio in Lecce, via Taranto, n.92;

***nei confronti di***

Costruzioni Infrastrutture Generali Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Giovanni Pellegrino, con domicilio eletto presso il suo studio in Lecce, via Augusto Imperatore, 16;

Impresa S.J.L.E.S. Srl, Impresa Co.Ge.Ci.S. Srl, non costituite;

***per l'annullamento***

- della determina con la quale la S.A. ha stabilito di indire una procedura di gara per l'affidamento dei lavori di rinaturalizzazione del canale di bonifica Fontanelle e la messa in sicurezza del complesso carsico denominato "Vora Spedicaturo" negli agri di Surano e Nociglia. Attuazione del Programma Operativo Puglia FESR 2007/2013 Asse II
- Linea di intervento 2.1 Azione 2.1.2 D.G.R. n. 2637 del 30.11.2010 e n. 1774 del 2.8.2011 Regione Puglia, di data e contenuto non conosciuti;
- del bando di gara, del disciplinare, del Capitolato Speciale di appalto e schema di contratto e dei relativi allegati;
- della determina di nomina della Commissione giudicatrice, di contenuto ed estremi non conosciuti;
- dei verbali di gara e dei rispettivi allegati, tutti di contenuto ed estremi non conosciuti;
- della determina recante aggiudicazione provvisoria dell'appalto, di data e contenuto non conosciuti;
- della nota prot. n. 427 del 7.2.2013, trasmessa alla Nikante Costruzioni in data 8 febbraio 2013, recante comunicazione dell'intervenuta aggiudicazione dell'appalto alla Costruzioni Infrastrutture Generali Srl;
- del provvedimento commissariale n. 11 del 22.1.2013;
- dell'eventuale diniego, tacito e/o espresso, opposto dalla stazione appaltante al preavviso di ricorso presentato dalla Nikante Srl;
- della nota prot. n. 626 del 19 febbraio 2013, recante diniego opposto dal Consorzio all'istanza di accesso agli atti di gara avanzata dalla Nikante;
- della nota prot. n. 627 del 19 febbraio 2013;

dell'eventuale contratto di appalto qualora già stipulato;

- di ogni atto connesso, presupposto e/o sconosciuto;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consorzio di Bonifica Ugento e Li Foggia e di Costruzioni Infrastrutture Generali Srl;

Visto il ricorso incidentale proposto da Costruzioni Infrastrutture Generali Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 giugno 2013 il dott. Carlo Dibello e uditi l'avv. C. Inguscio, in sostituzione dell'avv. G. Di Pardo, per la ricorrente, l'avv. G. Pellegrino per la controinteressata e, nei preliminari, avv. S. Lazzari per la P.A.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

La società Nikante Costruzioni s.r.l. contesta la legittimità degli atti di gara e, in particolare, dell'aggiudicazione definitiva dell'appalto dei lavori di rinaturalizzazione del canale di bonifica Fontanelle e della messa in sicurezza del complesso carsico denominato "Vora Spedicaturo", cui ha proceduto il Consorzio di Bonifica resistente.

Secondo la società ricorrente l'appalto in questione è stato illegittimamente aggiudicato alla Costruzioni Generali s.r.l. la quale avrebbe dovuto essere esclusa dalla partecipazione alla gara per difetto dei requisiti di qualificazione.

Sono state sviluppate le seguenti censure:

I- violazione e falsa applicazione d.lgs 163/2006; violazione e falsa applicazione d.p.r.207/2010; violazione e falsa applicazione d.p.r. 34/2000; violazione e falsa applicazione lex specialis di gara; violazione e falsa applicazione principio parità di trattamento, trasparenza, imparzialità dell'azione amministrativa; eccesso di potere per difetto di istruttoria; carenza di motivazione;

II- violazione e falsa applicazione d.lgs 163/2006; violazione e falsa applicazione d.p.r.207/2010; violazione e falsa applicazione lex specialis di gara; violazione e falsa applicazione principio parità di trattamento, trasparenza, imparzialità dell'azione amministrativa;

III- violazione e falsa applicazione d.lgs 163/2006; violazione e falsa applicazione d.p.r.207/2010; violazione e falsa applicazione lex specialis di gara; eccesso di potere per difetto di istruttoria; carenza di motivazione; violazione del principio di parità tra i concorrenti;

IV- violazione e falsa applicazione d.lgs 163/2006; violazione e falsa applicazione lex specialis di gara; eccesso di potere per difetto di istruttoria; carenza di motivazione; violazione del principio di parità tra i concorrenti;

E' stata anche formulata istanza risarcitoria mediante reintegrazione in forma specifica e conseguente aggiudicazione dell'appalto in favore della Nikante s.r.l. o per equivalente di danni subiti in ragione della mancata aggiudicazione dell'appalto.

Si è costituito in giudizio il Consorzio di Bonifica, il quale ha concluso per il rigetto del ricorso proposto dalla Nikante s.r.l.

Si è costituita in giudizio la società Costruzioni Generali s.r.l. la quale ha proposto ricorso incidentale contestando la legittimità della ammissione alla gara della Nikante, a motivo della indeterminatezza del contratto di avvalimento versato in gara e della omessa dichiarazione relativa alla insussistenza di cause di esclusione ex art.38 d.lgs163/2006; ha poi concluso per la infondatezza del ricorso principale.

La controversia è passata in decisione alla pubblica udienza del 13 giugno 2013.

## DIRITTO

Deve essere esaminato con priorità il ricorso incidentale proposto dalla Costruzioni Generali s.r.l.

Ed invero, le censure svolte dal ricorrente incidentale, una volta ritenute fondate, producono l'effetto estromissivo del venir meno in radice della legittimazione al ricorso della società Nikante s.r.l., con conseguente declaratoria di inammissibilità del ricorso principale (cfr. A.P. 7 aprile 2011 n. 4).

Con il primo motivo di ricorso incidentale, la Costruzioni Generali deduce la violazione, da parte della ricorrente principale, degli artt.49 del d.lgs 163/2006 e 88 D.P.R. 207/2010

La tesi posta a base della censura muove dalla indeterminatezza dell'oggetto del contratto di avvalimento prodotto in gara dalla Nikante s.r.l.

Quest'ultima, non essendo qualificata per l'esecuzione di lavori nella categoria OG8, ha partecipato alla gara dichiarando di avvalersi dei requisiti posseduti dall'impresa Costruzioni generali Cimorelli spa per la categoria OG8.

Il contratto di avvalimento reca la dicitura secondo la quale “ l'impresa Costruzioni generali Cimorelli spa, nella sua qualità di impresa ausiliaria, si impegna a mettere a disposizione dell'impresa Nikante la qualificazione per la categoria OG8 classifica V come da attestazione SOA, nonché tutte le risorse necessarie, nessuna esclusa, per consentire l'esecuzione delle opere oggetto delle predette categorie”.

Il motivo di censura è fondato.

L'art.49 del d.lgs 163/2006 stabilisce che il concorrente, singolo o consorziato o raggruppato ai sensi dell'articolo 34, in relazione ad una specifica gara di lavori, servizi, forniture può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto”

Per potersi giovare dell'istituto dell'avvalimento, il concorrente deve allegare, ai sensi della successiva disposizione normativa, una dichiarazione attestante l'avvalimento dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara, con *specifica indicazione dei requisiti stessi* e dell'impresa ausiliaria.

A sua volta, l'art 88 del D.P.R. 5 ottobre 2010, n.207 prevede che “ il contratto di avvalimento deve riportare in *modo compiuto, esplicito ed esauriente*: a) oggetto: le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico; ..”.

Dall'insieme delle su citate norme si desume che è ben possibile partecipare ad una gara usufruendo dei requisiti di altro soggetto giuridico avvinto al concorrente, in virtù di specifico atto di disposizione negoziale, da rapporto di avvalimento, a condizione che l'oggetto del supporto prestato sia sufficientemente specifico.

La normativa che disciplina la partecipazione alla gara in regime di avvalimento riproduce, del resto, per la parte in esame, le categorie civilistiche dei requisiti dell'oggetto del contratto stesso.

Appare chiaro, pertanto, il riferimento all'art.1346 del codice civile, a mente del quale” l'oggetto del contratto deve essere possibile, lecito, determinato o determinabile”.

Ed invero, indipendentemente dalla possibilità di rintracciare nella normativa sugli appalti le coordinate di riferimento per pervenire alla decisione circa la sufficiente determinatezza del contratto di avvalimento, occorre precisare che la controversia in questione chiama in causa, più in radice, la stessa possibilità, per la P.a., di fare uso di categorie proprie del diritto privato

A tal proposito si osserva che è ben vero che l'art. 1, comma 1 bis della legge 7 agosto 1990 n.241 stabilisce che “ la Pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato, salvo che la legge disponga diversamente”.

Una disposizione del genere, però, pur restringendo apparentemente l'impiego di norme di diritto privato all'area degli atti non autoritativi della P.a., non autorizza l'interprete ad espungere dalla sfera di azione del diritto privato l'agire della P.a. connotato da autoritatività.

Ciò deve valere, ad avviso del Collegio, quanto meno sotto il profilo della esegesi di taluni requisiti o istituti che la P.a. è chiamata a utilizzare anche nel contesto della attività finalisticamente orientata al perseguimento dell'interesse pubblico.

In altri termini, ammessa la possibilità di partecipare ad una gara in regime di avvalimento e qualificato l'avvalimento stesso quale contratto intercorrente tra impresa ausiliaria e ausiliante sembra logico trarre la conseguenza di dover interpretare le relative clausole alla luce dei criteri messi a disposizione da un ramo specifico dell'ordinamento giuridico, qual è il diritto privato.

Per questa ragione, l'oggetto del contratto di avvalimento deve risultare conforme ai requisiti indicati dall'art.1346 del codice civile, a pena di nullità del contratto stesso.

Ed è chiaro che la Stazione appaltante chiamata ad operare una verifica circa la conformità del contratto di avvalimento agli standards normativamente previsti dispone senza dubbio di parametri di sicuro riferimento proprio nella norma civilistica su ricordata, ben oltre quanto è stabilito dalle stesse disposizioni evocate dal ricorrente incidentale.

Infatti, esigere che l'oggetto del contratto di avvalimento risulti indicato in modo determinato e specifico con riguardo alle risorse e ai mezzi prestati significa semplicemente pretendere che il contratto di avvalimento abbia un oggetto determinato o, quantomeno, determinabile secondo la stessa dizione dell'art.1346 del c.c.

Confermata, pertanto, l'idea di fondo della legittimità di una interpretazione eclettica del contratto di avvalimento e della più radicale concezione di intercomunicabilità tra diritto amministrativo e diritto privato, non si può non concludere per la indeterminatezza del contratto speso in gara dalla Nikante s.r.l.

Invero, l'affermazione di mettere a disposizione dell'ausiliante le risorse necessarie, nessuna esclusa, per consentire l'esecuzione delle opere oggetto delle predette categorie non soddisfa affatto il requisito della specificità dell'oggetto del contratto.

Una dichiarazione del genere non permette il monitoraggio immediato circa il possesso, nel concorrente, dei requisiti di qualificazione richiesti per fini di interesse generale e si risolve in una generica disponibilità dell'impresa ausiliante a offrire il proprio patrimonio umano e materiale, con sostanziale aggiramento della normativa dedicata.

Superiori finalità di pubblico interesse militano, invece, per la indicazione chiara ed inequivoca delle risorse umane e materiali che formano oggetto dell'avvalimento, a pena di esclusione.

Né può accogliersi sul punto la tesi del ricorrente principale che ha sostenuto non potersi trarre, dalla mancanza di specificità del contratto di avvalimento, la conseguenza della esclusione dalla gara a motivo della tassatività delle relative cause, ai sensi dell'articolo 46 del codice appalti.

Il comma 2 della disposizione sopra richiamata prevede la comminatoria dell'esclusione anche in caso di “..difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ...”

Non c'è dubbio che, nel caso, la mancanza di specificità del contratto di avvalimento, ossia di un elemento essenziale dell'offerta, inficia la regolarità della medesima offerta.

Una volta accertato che la Nikante non poteva proseguire la gara a motivo della indeterminatezza del contratto di avvalimento, e doveva esserne esclusa per quanto argomentato, consegue la inammissibilità dell'impugnativa principale proposta, atteso che difetta, nel caso, la legittimazione al ricorso.

E' dunque fondato il ricorso incidentale ed è inammissibile il ricorso principale.

Le spese processuali possono essere compensate per la natura della controversia.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Seconda definitivamente pronunciando sul ricorso principale e su quello incidentale, come in epigrafe proposti, così provvede:

accoglie il ricorso incidentale per come proposto dalla Costruzioni generali s.r.l. ;

dichiara inammissibile il ricorso principale

Spese compensate.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 13 giugno 2013 con l'intervento dei magistrati:

Rosaria Trizzino, Presidente

Ettore Manca, Consigliere

Carlo Dibello, Primo Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/09/2013

IL SEGRETARIO

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