



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

sul ricorso numero di registro generale 3263 del 2012, proposto da:

Grasso Fomiture S.R.L., rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Mingiardi, con domicilio eletto presso Giuseppe Mingiardi in Catania, via G. D'Annunzio, 39/A;

contro

Provincia Regionale Di Siracusa, rappresentato e difeso dall'avv. Gianluca Rossitto, con domicilio eletto presso Gianluca Rossitto in Catania, via V.Giuffrida,37;

nei confronti di

Esse. Di Emme Costruzioni Srl, rappresentato e difeso dall'avv. Umberto Ilardo, con domicilio eletto presso Andrea Libranti in Catania, corso Italia, 172;

per l'annullamento

- dei verbali n. 17 del 8.11.2012 e 18 del 15.11.2012 della commissione di gara "appalto integrato per l'affidamento della progettazione esecutiva dei lavori, esecuzione dei lavori di ristrutturazione e fornitura di arredi per il completamento del contenitore culturale ex Cinema Verga di Siracusa", nelle parti in cui ha escluso l'impresa Grasso Fomiture s.r.l., già dichiarata provvisoriamente aggiudicataria nella seduta del 13.8.2012. ed hanno disposto l'aggiudicazione dell'appalto alla Esse di Emme Costruzioni s.r.l.;

- della nota prot. 49981 del 27/9/2011 del R.U.P. designato dalla provincia di Siracusa;

- nonchè dei provvedimenti presupposti, connessi e conseguenti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Provincia Regionale Di Siracusa e di Esse. Di Emme Costruzioni Srl;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Esse Di Emme Costruzioni S.R.L., rappresentato e difeso dall'avv. Umberto Ilardo, con domicilio eletto presso Andrea Libranti in Catania, corso Italia, 172;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 ottobre 2013 il dott. Biagio Campanella e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La Provincia Regionale di Siracusa ha indetto la procedura aperta per l'aggiudicazione dell'appalto integrato per l'affidamento della procedura esecutiva dei lavori, esecuzione dei lavori di ristrutturazione e fornitura di arredi per il completamento del contenitore culturale ex cinema Verga di Siracusa".

A tale procedura hanno partecipato, fra le altre, la "Grasso Forniture s.r.l." e la "Esse Di Emme Costruzioni s.r.l.":

Quest'ultima è stata collocata al 1° posto della graduatoria, con conseguente aggiudicazione dell'appalto, mentre la Grasso Forniture s.r.l. è stata esclusa.

Quest'ultima impugna sia tale provvedimento di aggiudicazione che quello relativo alla propria esclusione sottolineando che, in caso di riammissione, le spetterebbe l'aggiudicazione di tale appalto.

Si deducono i seguenti motivi di gravame:

-Carenza di motivazione;

-Violazione e falsa applicazione dell'art. 46 del decreto legislativo 12.4.2006, n. 163, del bando e del disciplinare di gara, in relazione ai principi generali in tema di gare pubbliche di appalto.

Si afferma, in proposito, che, a parte l'evidente scarsa chiarezza del bando di gara in proposito, l'aver accorpato l'offerta "economica" e quella "temporale" in un'unica busta (la C) anziché in due buste distinte, non comporterebbe alcuna sostanziale alterazione della procedura; si sottolinea, poi, il principio di *tassatività* delle cause di esclusione.

Si sono costituite in giudizio, chiedendo la reiezione del ricorso, sia la Provincia Regionale di Siracusa che l'impresa aggiudicataria, che ha pure proposto ricorso incidentale.

Con ordinanza cautelare n. 354/2013, questa Sezione ha accolto la domanda cautelare proposta dalla Grasso Forniture s.r.l.; il C.G.A, con ordinanza n. 598/13, ha riformato la menzionata ordinanza di accoglimento, ritenuto che "pur evidenziando che alcune censure dedotte nel ricorso incidentale meritano approfondimento, stante la fissazione, con l'ordinanza gravata, dell'udienza del 10 ottobre 2013, non si ravvisano in tali brevi more gli estremi del *periculum*":

DIRITTO

1) Preliminarmente, il Collegio deve darsi carico di esaminare il ricorso incidentale (articolato in ben otto motivi), atteso il suo carattere paralizzante e la sua preliminare funzione logica e processuale (fra le tante, cfr. la recente sentenza della Sezione 5^a del Consiglio di Stato n. 3397 del 21 giugno 2013).

2) Con il primo motivo di ricorso incidentale viene affermato che la Grasso Forniture s.r.l. avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in questione per mancanza del possesso dei requisiti nella categoria prevalente OG1, classifica 3^a bis (€ 1.098.558,22).

Il ricorso, da parte della menzionata impresa, all'istituto dell'avvalimento non sarebbe, nel caso di specie, legittimo, atteso che violerebbe l'art. 49, comma 6, del codice dei contratti, che fissa il divieto di *utilizzo frazionato* per il concorrente dei singoli requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi.

Si cita, in proposito, la determinazione n. 2 del 1° agosto 2011 dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici che, in relazione all'appena richiamato art. 49, afferma quanto segue: "Sulla base di tale disposizione, si ritiene che il divieto di utilizzo frazionato dei requisiti debba essere interpretato sia come divieto di avvalersi di più imprese ausiliarie per ciascuna categoria di qualificazione *sia come divieto di frazionamento fra impresa ausiliata ed ausiliaria*. Ne consegue non soltanto che non possono essere utilizzate più imprese ausiliarie per acquisire cumulativamente una categoria (salvo l'eccezione prevista dalla legge), *ma anche che il concorrente in possesso*

dell'attestazione SOA per una classifica inferiore a quella richiesta dal bando di gara non può sommarla a quella possesuta da un'altra impresa, in modo da raggiungere la classifica prescritta".

La confutazione di tali asserzioni, da parte dell'impresa ricorrente principale, non appare sufficiente.

Ed invero, afferma la Grasso Forniture s.r.l. che la non frazionabilità del requisito avrebbe comportato l'efficacia dell'avvalimento per l'intera classifica della categoria di qualificazione dell'impresa ausiliaria.

A parte ogni altra considerazione, anche se la dichiarazione resa in sede di richiesta di partecipazione all'appalto in questione dovesse essere interpretata come esposto dalla ricorrente principale, resta incontestato che nessuna delle due imprese (avvalente ed ausiliaria) possiede in proprio i requisiti (la classifica III bis) richiesti dal bando di gara.

Al fine di aggirare, quindi, un tale ostacolo normativo, l'impresa Grasso Forniture s.r.l. ha preteso di poter raggiungere il requisito prescritto, sommando la propria attestazione SOA a quella dell'impresa ausiliaria.

Per casi analoghi a quello in trattazione, il Consiglio di Stato ha affermato:

"La massima concorrenza deve dispiegarsi entro il limite (e al fine) della garanzia per la stazione appaltante di ricevere la migliore prestazione, che non è a sua volta assicurata se nessuno dei soggetti concorrenti possiede i requisiti preventivamente identificati in relazione all'oggetto ed agli importi di gara, essendo questi richiesti come presupposto della capacità del partecipante di formulare una offerta congrua e valutabile e di fornire, quindi, se aggiudicatario, la migliore prestazione..."

"La finalità dell'avvalimento non è quella di arricchire la capacità (tecnica o economica che sia) del concorrente, ma quella di consentire a soggetti che ne siano privi di concorrere alla gara ricorrendo ai requisiti di altri soggetti, se ed in quanto da questi integralmente ed autonomamente posseduti..." (Consiglio di Stato-Sezione 5^a, nn. 1589 del 12 marzo 2009 e 1054 del 23 febbraio 2010).

Recentemente, la medesima 5^a Sezione ha ribadito che *"nell'ordinamento vigente non ha cittadinanza la possibilità di cumulare con l'avvalimento due attestazioni SOA al fine di raggiungere, mediante sommatoria delle stesse, la più elevata classifica richiesta dal bando"* (n. 439 del 24 gennaio 2013).

Il primo motivo di ricorso incidentale va, pertanto, accolto.

3) Con un secondo motivo di ricorso incidentale, si deduce che il disciplinare di gara prevedeva che, in caso di ricorso all'avvalimento, ove le imprese ausiliata ed ausiliaria non avessero fatto parte del medesimo gruppo, il concorrente avrebbe dovuto produrre, oltre alle dichiarazioni previste dall'art. 49 del codice dei contratti, l'apposito contratto di avvalimento previsto dal 2° comma, lettera f) dell'art. 49 menzionato.

L'impresa Grasso Forniture s.r.l., che non fa parte del medesimo gruppo cui appartiene l'impresa ausiliaria Carmelo Messina s.r.l., ha prodotto un contratto di avvalimento insufficiente, secondo quanto prescrive l'art. 88 del D.P.R. n. 207/2010, il quale prevede che, al punto a), siano indicati le risorse ed i mezzi prestati *in modo determinato e specifico*.

Senonchè, il contratto di avvalimento stipulato fra l'impresa Grasso Forniture s.r.l. e l'impresa ausiliaria Carmelo Messina s.r.l., prodotto in sede di gara, non riporta affatto (e, quindi, tantomeno riporta *"...in modo compiuto, esplicito ed esauriente..."*) le risorse ed i mezzi prestati in modo determinato e specifico.

Tale contratto contiene un generico impegno dell'impresa ausiliaria ad obbligarsi nei confronti del concorrente e della Stazione appaltante a mettere a disposizione del concorrente, per tutta la durata dell'appalto, le risorse necessarie di cui è carente il concorrente medesimo senza, però, indicare in modo compiuto, esplicito ed esauriente, quali sono le risorse ed i mezzi concretamente prestati.

La giurisprudenza ritiene giustamente che l'assenza di tali indicazioni specifiche sia sufficiente a comportare l'esclusione dalla gara.

Proprio questa 1^a Sezione, con sentenza n. 1578 del 30 maggio 2013, ha affermato quanto segue:

“E’ invalido il contratto di avvalimento che prevede, quale proprio oggetto, l’impegno dell’ausiliaria a fornire i requisiti ed a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell’appalto oggetto della gara, in quanto si tratta di una dizione generica, non ulteriormente specificata in alcun altro punto, né del contratto, né della dichiarazione di obbligo prodotta dalla ausiliaria, in quanto da tali atti non era possibile evincere in modo determinato e specifico quali fossero le risorse ed i mezzi che sarebbero stati prestati per l’esecuzione del contratto. Inoltre, la messa a disposizione di requisiti, svincolata da qualsiasi collegamento concreto con risorse materiali o immateriali snatura l’istituto dell’avvalimento per piegarlo ad una logica di elusione dei requisiti stabiliti nel bando di gara”.

E tale principio è stato ribadito con la recentissima sentenza della 3^a Sezione del Consiglio di Stato n. 4386 del 3 settembre 2013: “Nelle gare di appalto la messa a disposizione pura e semplice, in sede di avvalimento, deve essere *reale* e non *formale*, nel senso che non può considerarsi sufficiente *prestare* la certificazione posseduta assumendo solo impegni generici se non tautologici o parafrasistici dell’art. 49 del D.Lgs. n. 163/2006”.

Il Collegio ribadisce ancora che, al di là di un generico impegno da parte dell’impresa Carmelo Messina s.r.l., di mettere a disposizione della Grasso Forniture s.r.l., le risorse necessarie in caso di aggiudicazione, non c’è alcuna indicazione dei mezzi, materiali ed immateriali, del personale, etc., da mettere a disposizione dell’impresa concorrente e, conseguentemente, della Stazione appaltante.

4) Il ricorso incidentale è, pertanto, fondato, indipendentemente dall’esame e dalla eventuale fondatezza degli altri motivi, che vanno “assorbiti”. Conseguentemente, lo stesso va accolto.

5) Un tale accoglimento comporta l’inammissibilità del ricorso principale.

6) La complessità delle questioni affrontate (come riconosciuto dallo stesso C.G.A. con la citata ordinanza n. 598/13) comporta che può disporsi la compensazione integrale delle spese giudiziali tra tutte le parti in causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso principale, come in epigrafe proposto, lo dichiara INAMMISSIBILE, attesa la fondatezza e l’accoglimento del ricorso incidentale.

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

Così deciso in Catania nelle camere di consiglio dei giorni 10 e 24 ottobre 2013 con l’intervento dei magistrati:

Biagio Campanella, Presidente, Estensore

Maria Stella Boscarino, Consigliere

Dauno Trebastoni, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/10/2013

IL SEGRETARIO

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