

N. 02521/2014 REG.PROV.COLL.

N. 00079/2014 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 79 del 2014, proposto da:
Profas Costruzioni S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Natale Bonfiglio, con domicilio eletto presso avv. Alessandro Carrubba, in Catania, via Umberto, 303;

contro

Comune di Falcone, non costituito in giudizio;
Assessorato Regionale delle Infrastrutture e della Mobilità - Servizio Provinciale UREGA di Messina, rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, domiciliata in Catania, via Vecchia Ognina, 149;

nei confronti di

Sicil Tecno Plus S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Benedetta Caruso, Agata Gabriella Caudullo, con domicilio eletto presso avv. Gabriella Caudullo, in Catania, viale Raffaello Sanzio 60;
Ecoedist S.r.l., Amata S.r.l., non costituite in giudizio;

per l'annullamento

- della determinazione del Comune di Falcone n. 447 del 29 ottobre 2013 con la quale è stata aggiudicata la gara per lavori urgenti ed indifferibili alla rete idrica e fognaria alla Sicil Tecno Plus s.r.l.;

- del verbale di aggiudicazione provvisoria e dei verbali di gara presupposti, adottati dall'UREGA sez. prov. di Messina;

di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale, inclusi:

- il provvedimento silenzioso di rigetto del reclamo-informativa di ricorso ex art. 243 bis del Codice dei Contratti;

- la nota prot. n° 11605 del 18-12-2013 del Responsabile del Procedimento del Comune di Falcone.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Sicil Tecno Plus S.r.l. e dell'Assessorato Regionale delle Infrastrutture e della Mobilità - Servizio Provinciale UREGA di Messina;

Visto il ricorso incidentale proposto dalla Sicil Tecno Plus S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 giugno 2014 il dott. Francesco Bruno e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La Profas Costruzioni s.r.l. espone di aver partecipato alla gara d'appalto indetta dal Comune di Falcone per l'affidamento dei lavori urgenti ed indifferibili della rete idrica e fognaria, che è stata poi aggiudicata all'impresa Sicil Tecno Plus s.r.l. con determinazione dirigenziale n. 447 del 29 ottobre 2013.

Con il ricorso in epigrafe la Profas Costruzioni s.r.l. denuncia che sarebbe stata illegittimamente ammessa alla gara l'impresa Ecoedist s.r.l., nonostante questa avesse prodotto un contratto di avvalimento con la Amata s.r.l. assolutamente generico, e dunque contrastante con le prescrizioni degli articoli 49 del *Codice dei contratti pubblici* ed 88 del Regolamento attuativo.

In conseguenza della postulata esclusione della ditta Ecoedist s.r.l. – si prosegue in ricorso - si dovrebbe procedere al ricalcolo della soglia di anomalia, e la Profas s.r.l. diverrebbe aggiudicataria della gara, avendo offerto il ribasso che più si avvicina per difetto alla suddetta nuova soglia.

In aggiunta, la ricorrente deduce l'illegittimità della nota del 19 dicembre 2013 con la quale il R.U.P. - in risposta al preavviso di ricorso formulato ai sensi dell'art. 243 bis del *Codice* - si è dichiarato incompetente ad adottare determinazioni in merito, ritenendo tale compito di esclusiva competenza dell'UREGA di Messina, quale ente che ha curato le operazioni di gara. In dettaglio, la ricorrente denuncia che la suddetta nota del R.U.P. risulti in netto contrasto con l'art. 9, co. 7, della L.R. 12/2011 laddove riserva alla competenza dell'amministrazione appaltante anche la decisione su eventuali informative proposte ai sensi dell'art. 243 bis.

In conclusione, la ricorrente ha chiesto l'annullamento degli atti impugnati e la declaratoria del diritto alla stipulazione del contratto di appalto, o al subentro in quello eventualmente già stipulato con l'impresa aggiudicataria.

Si è costituita in giudizio la controinteressata Sicil Tecno Plus s.r.l., che ha dedotto l'infondatezza nel merito del ricorso principale, oltre alla sua inammissibilità per carenza di interesse processuale quale effetto dell'accoglimento del ricorso incidentale contestualmente proposto.

In particolare, l'impresa aggiudicataria ha contestato in via incidentale l'ammissione alla gara delle imprese F.lli Destro s.r.l. e Cogesi s.r.l.: la prima, in quanto avrebbe prodotto un'offerta incerta, avendo indicato la percentuale di ribasso con riferimento ad un prezzo a base d'asta diverso da quello indicato nel bando; la seconda, in quanto ha prodotto una cauzione provvisoria di importo pari all'1% dell'appalto ritenendo legittimamente di potersi avvalere del beneficio del dimezzamento della cauzione.

L'impresa ricorrente in via incidentale ha concluso che, in accoglimento di almeno una delle due censure rassegnate, l'esito della gara si confermerebbe con l'aggiudicazione in proprio favore.

Si è anche costituito in giudizio l'Assessorato Regionale delle Infrastrutture e della Mobilità - Servizio Provinciale Urega di Messina, che ha dedotto il proprio difetto di legittimazione passiva nell'odierno contenzioso, essendosi limitato a formulare semplicemente una proposta. Nel merito, ha difeso la legittimità dell'ammissione in gara della Ecoedist s.r.l. sottolineando il fatto che l'istituto dell'avvalimento al quale l'impresa ha fatto ricorso si è concretizzato nella sola fornitura dell'attestazione SOA per la categoria OG6, classifica IV, senza includere alcun supporto finanziario tecnico ed organizzativo, in ragione del fatto che l'impresa concorrente risultava dotata dei necessari supporti tecnici avendo stipulato (e prodotto agli atti di gara) un contratto di affitto di ramo d'azienda, con validità quinquennale, comprensivo di attrezzature.

Con ordinanza n. 84/2014 è stata respinta la domanda cautelare proposta dalla ricorrente principale, ritenendosi ad un primo esame fondato il ricorso incidentale.

All'udienza del 12 giugno 2014 la causa è stata introitata per la decisione.

DIRITTO

Tenuta presente la situazione di fatto sopra descritta, si analizza la prima censura sollevata dall'impresa Profas Costruzioni s.r.l. con la quale si denuncia la genericità contenutistica del rapporto intercorrente fra la Ecoedist s.r.l. e la Amata s.r.l., in quanto il contratto di avvalimento presentato ai fini della partecipazione alla gara dalla prima, nonché la dichiarazione di impegno di cui all'art. 49, lett. d, del D. Lgs. 163/2006 sottoscritta dalla seconda, risulterebbero generici in relazione ai mezzi da mettere a disposizione in concreto, avendo ad oggetto la fornitura della qualificazione nella categoria OG6, classifica IV, nonché di tutte le risorse, nessuna esclusa, per consentire l'esecuzione dell'opera oggetto della predetta categoria. A tale riguardo, la ricorrente richiama la giurisprudenza del Consiglio di Stato (sentenze nn. 5384/2013 e 3310/2013) che ha ritenuto invalidi i contratti di avvalimento dai quali non emerga un serio impegno dell'ausiliaria a mettere a disposizione dell'altra parte le proprie risorse per tutta la durata dell'appalto.

La censura di violazione degli artt. 49 del Codice ed 88 del regolamento attuativo non risulta fondata.

Va precisato in punto di fatto, come evidenzia la difesa dell'UREGA, e come si ricava dalla documentazione prodotta agli atti di gara (segnatamente, dalla "DICHIARAZIONE CONCORRENTE PER L'AVVALIMENTO") che l'impresa Ecoedist s.r.l. era priva soltanto della necessaria attestazione SOA richiesta ai fini della partecipazione alla gara, avendo – per il resto - la disponibilità delle attrezzature e beni strumentali necessari, acquisiti a seguito di un contratto di affitto di ramo d'azienda. L'impresa Ecoedist s.r.l. ha, quindi, colmato con l'istituto dell'avvalimento il solo deficit che le precludeva la partecipazione alla gara, rappresentato dal possesso dell'attestazione SOA per la categoria OG 6, classifica IV.

Di conseguenza, deve ritenersi che il contratto e le dichiarazioni unilaterali fornite alla stazione appaltante non siano generici od incompleti, in quanto hanno ad oggetto la fornitura dell'attestazione SOA, quale unico requisito mancante all'impresa concorrente, ancorchè vengano citate in aggiunta anche *"tutte le risorse, nessuna esclusa, per consentire l'esecuzione dell'opera oggetto della predetta categoria"*. E, pertanto, la censura in esame, imperniata esclusivamente sulla presunta genericità dell'impegno assunto col contratto di avvalimento, va disattesa.

Invero, l'oggetto del contratto di avvalimento stipulato fra le due imprese in esame è sufficientemente chiaro e determinato, e si concretizza nell'attestazione SOA intesa come unico requisito fornito in via negoziale (e come unico requisito mancante in capo alla Ecoedist s.r.l. ai fini della partecipazione alla gara *de qua*). Non risulta, dunque, utile per l'impresa ricorrente il richiamo alla giurisprudenza del Consiglio di Stato che mette giustamente l'accento sulla serietà dell'impegno assunto dalle parti per mezzo del contratto di avvalimento, posto che nella vicenda in esame non emergono elementi che possano fare sorgere dubbi sulla sussistenza di tale carattere.

Diversa questione – comunque non sollevata dall'odierna ricorrente, e dunque estranea al *thema decidendum* - è quella attinente alla giuridica possibilità che l'avvalimento si sostanzi unicamente nella fornitura dell'attestazione SOA, ovvero che sia necessaria anche la messa a disposizione di elementi "materiali" a supporto, quali mezzi, strumenti, risorse umane, etc.

La questione si risolve alla stregua dell'art. 49 del D. Lgs. 163/2006, secondo cui *"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"*. L'uso del disgiuntivo "o" rende evidente che oggetto del contratto di avvalimento possa anche essere la mera attestazione SOA posseduta dall'ausiliaria.

Tale conclusione, peraltro, è avvalorata dal fatto che la norma predetta, nei successivi commi, specificando il contenuto del contratto di avvalimento e delle collaterali dichiarazioni unilaterali fornite dall'ausiliaria, individua distintamente i "requisiti" (tecnici o finanziari) e le "risorse" (necessarie) oggetto dell'avvalimento; con ciò avvalorando la tesi che l'attestazione SOA possa farsi rientrare tra quelle "risorse" (prive di carattere materiale) che possono essere senz'altro fornite da terzi. Ad ulteriore conferma di ciò va ricordato che la giurisprudenza ha ammesso la possibilità per le imprese di ottenere attraverso l'avvalimento persino un requisito totalmente astratto e collegato all'intera organizzazione dell'impresa quale la "certificazione di qualità aziendale" (Cons. Stato, sez. III, 2344/2011; sez. V, 5496/2011, 5408/2012).

Si deve, comunque, evidenziare, a prescindere dalla configurazione giuridica e dall'ambito di applicazione del contratto in questione, che la ricorrente non ha messo in dubbio nella fattispecie la possibilità di fornire l'attestazione SOA attraverso l'avvalimento, ma ha solo contestato – in modo

non condivisibile, come si è detto – la determinatezza del contenuto del relativo contratto concretamente utilizzato nella gara in esame.

In definitiva, il motivo in esame non risulta fondato.

1.2- La seconda censura articolata nel ricorso principale, seppur fondata, non soddisfa alcun interesse della società ricorrente, dal momento che l'eventuale annullamento del provvedimento col quale il RUP si è dichiarato incompetente ad assumere determinazioni a seguito del preavviso di ricorso ex art. 243 bis del *Codice dei contratti pubblici* non arreherebbe alla stessa alcun vantaggio, essendo stata “traslata” in sede giurisdizionale l'analisi della questione relativa all'esclusione di una concorrente, ed essendo stata in quest'ultima sede dichiarata infondata la relativa censura. Ne consegue, l'improcedibilità per carenza di interesse processuale del secondo motivo di ricorso.

2.- Ricorso incidentale

L'acclarata infondatezza del ricorso principale esime il collegio dall'analisi del ricorso incidentale, che è divenuto improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse processuale.

3.- Le spese processuali possono essere compensate fra le parti in causa tenuto conto della particolarità della questione giuridica esaminata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso principale, come in epigrafe proposto, lo rigetta. Dichiarà improcedibile il ricorso incidentale.

Compensa le spese del giudizio.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 12 giugno 2014 con l'intervento dei magistrati:

Cosimo Di Paola, Presidente

Pancrazio Maria Savasta, Consigliere

Francesco Bruno, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/09/2014

IL SEGRETARIO

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