

Pubblicato il 01/10/2019

N. 00121/2019 REG.PROV.COLL.

N. 00085/2019 REG.RIC.



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

nel giudizio introdotto con il ricorso numero di registro generale 85 del 2019,
proposto da:

Celegato s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo Pettinelli e Francesco Rodelli con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Trento, via Lunelli, n. 48, presso lo studio dell'avvocato Antonio Tita;

contro

Trentino Trasporti s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Mario Maccaferri, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Trento, via Grazioli n. 27, presso lo studio dell'anzidetto avvocato Maccaferri;

nei confronti

Da Dalt Andrea s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Lorenzo Botteon, Michele Steccanella e

Gianfranco de Bertolini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Trento, via Calepina n. 65, presso lo studio del predetto avvocato de Bertolini;

per l'annullamento

- della delibera del consiglio di amministrazione di data 29 aprile 2019 di Trentino Trasporti s.p.a., comunicata in data 30 aprile 2019, avente ad oggetto l'aggiudicazione definitiva del "LOTTO A) relativo all'appalto dei lavori di risanamento del ponte sul torrente Avisio - prog. km 7+415 alla Da Dalt Andrea S.r.l. di Vittorio Veneto (TV) per un totale complessivo contrattuale di Euro 471.776,35 di cui Euro 121.594,84 per oneri della sicurezza non soggetti a ribasso d'appalto";

- dei verbali di gara;

- di ogni atto preordinato, conseguente e comunque connesso o presupposto benché non conosciuto;

e per l'effetto, per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato tra la Amministrazione resistente e Da Dalt Andrea s.r.l., con richiesta di subentro ai sensi dell'art. 124 c.p.a. di CELEGATO s.r.l. nella posizione contrattuale dell'aggiudicatario, nonché per la condanna della Amministrazione resistente, Trentino Trasporti, al risarcimento dei danni in forma specifica mediante assegnazione della gara e/o per equivalente subiti dalla ricorrente in conseguenza della esecuzione dei provvedimenti impugnati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Trentino Trasporti s.p.a.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della controinteressata Da Dalt Andrea s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella udienza pubblica del giorno 26 settembre 2019 il consigliere Antonia Tassinari e uditi per la parte ricorrente l'avvocato Francesco Rodelli, per Trentino Trasporti s.p.a. l'avvocato Mario Maccaferri e per la controinteressata Da Dalt Andrea s.r.l. l'avvocato Lorenzo Botteon;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con la determinazione del 23 gennaio 2019 il consiglio di amministrazione di Trentino Trasporti s.p.a. ha indetto una procedura aperta ai sensi dell'art. 60 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 per l'affidamento dell'appalto dei lavori di *“Risanamento di tre ponti lungo la linea ferroviaria Trento - Malé - Mezzana: A) ponte sul torrente Avisio - prog. km 7+415; B) ponte sul fiume Adige - prog. km 14-630; C) ponte sul fiume Noce - prog. km 18+476”*, per i seguenti importi a base di gara: lotto A) ponte sul torrente Avisio € 545.646,07; lotto B) ponte sul fiume Adige € 492.803,98; lotto C) ponte sul fiume Noce € 355.950,55. Il bando di gara ha previsto quale criterio di aggiudicazione quello del minor prezzo determinato mediante massimo ribasso sull'elenco prezzi posto a base di gara con la esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentavano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia. In particolare con riferimento al lotto A, il bando (punto 7. Classificazione dei lavori) ha previsto lavorazioni in categoria prevalente OG3 (*Strade, autostrade, ponti, viadotti, ferrovie, metropolitane*) per Euro 471.381,87 e lavorazioni nella categoria scorporabile, a qualificazione non obbligatoria e subappaltabile, OS6 (*Finiture di opere generali in materiali lignei, plastici, metallici e vetrosi*) per Euro 74.264,20. Inoltre la *lex specialis*, quanto ai requisiti di qualificazione/partecipazione (punto 2.2, lett. B), ha stabilito che *“l'impresa singola può partecipare alla gara qualora sia in possesso di attestazione S.O.A. con riferimento alla categoria prevalente OG3 e alla categoria scorporabile e subappaltabile OS6”*. Le imprese Celegato s.r.l. (in seguito Celegato) e Da Dalt Andrea s.r.l. (da qui

Da Dalt), tra le altre, hanno presentato offerta per il lotto A e la gara, dopo la verifica della documentazione amministrativa e l'esclusione delle offerte risultate anomale, si è conclusa con la redazione della graduatoria in cui l'impresa Da Dalt Andrea s.r.l. risulta collocata al primo posto e l'impresa Celegato s.r.l. in seconda posizione. Il consiglio di amministrazione di Trentino Trasporti s.p.a. con la delibera del 29 aprile 2019 ha, quindi, aggiudicato, salva verifica dei requisiti autodichiarati in sede di gara, il lotto A della gara alla impresa Da Dalt Andrea s.r.l. Peraltro l'aggiudicataria, in mancanza del possesso in proprio dell'attestazione SOA per la categoria prevalente OG3, ha fatto ricorso all'avvalimento del requisito di partecipazione, indicando come ausiliaria l'impresa De Nardi s.r.l. La società seconda graduata Celegato ritenendo nullo, ex art. 89, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016, il contratto di avvalimento prodotto in sede di gara dall'aggiudicataria in quanto generico e privo dell'elenco delle risorse messe a disposizione dall'ausiliaria ha, quindi, proposto il ricorso in esame affidandolo ai seguenti motivi:

1. Violazione di legge; Violazione dell'art. 89, 1° c. d.lgs. 50/2016, nullità per indeterminatezza e genericità del contratto di avvalimento; Violazione dell'art. 84 d.lgs. 50/2016; Necessaria esclusione per mancanza dei requisiti di partecipazione alla gara.

La società Da Dalt doveva essere esclusa dalla procedura di gara essendo priva dell'attestazione SOA richiesta ai fini della partecipazione e non avendo soddisfatto il requisito richiesto dalla *lex specialis* mediante un legittimo ricorso all'avvalimento. Infatti l'art. 89, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 ammette che l'operatore economico soddisfi la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'articolo 83, comma 1, lettere b) e c) avvalendosi delle capacità di altri soggetti, tuttavia il contratto, in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto deve contenere, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe

a disposizione dall'impresa ausiliaria stessa. Viceversa il contratto di avvalimento prodotto dall'impresa Da Dalt non contiene l'indicazione di specifiche attrezzature, macchinari, personale o più in generale delle risorse aziendali dell'ausiliaria ed utilizza formule del tutto generiche e meramente riproduttive del testo normativo, mentre avrebbe dovuto specificare quanto ha consentito all'impresa ausiliaria De Nardi di ottenere il riconoscimento dall'organismo di attestazione della qualificazione SOA. Nel caso di specie, quindi, l'avvalimento si è di fatto risolto in un prestito meramente cartolare e astratto del requisito; il contratto di avvalimento è conseguentemente nullo e da ciò discende l'impossibilità per la concorrente di avvalersi del requisito dell'altra impresa e in definitiva l'assenza del requisito relativo al possesso dell'attestazione SOA in categoria OG3 richiesto dalla *lex specialis*. D'altra parte la irregolarità del contratto di avvalimento non potrà neppure essere sanata mediante il ricorso all'istituto del soccorso istruttorio cosiddetto processuale dato che i contratti, necessari per consentire la partecipazione alla gara, devono essere validi fin dal principio, con conseguente impossibilità di apportarvi integrazioni postume.

2. Eccesso di potere; Carenza assoluta di istruttoria e difetto di motivazione del provvedimento di aggiudicazione; Violazione di legge: violazione degli artt. 89, 9° c., 83, 8° c. d.lgs. 50/2016

L'Amministrazione, non avendo rilevato il difetto delle risorse concretamente prestate dall'ausiliaria ai fini dell'assolvimento del requisito di partecipazione, non solo ha illegittimamente qualificato un concorrente ma non potrà in alcun modo controllare, come previsto dall'art. 89, comma 9, del d.lgs. 50/2016, che le risorse saranno effettivamente impiegate nella fase esecutiva del contratto. Infatti, non conoscendo quali risorse siano concretamente oggetto di avvalimento, tali verifiche previste *ex lege* risultano impossibili per la stazione appaltante e per il R.U.P., che non può nemmeno attivare il rimedio della risoluzione contrattuale in caso di violazione del precetto normativo. Inoltre avendo la stazione appaltante fissato come condizione di partecipazione il possesso dell'attestazione SOA in categoria e

classifica adeguata ai lavori da svolgere, è compito e responsabilità della stessa, alla stregua dell'art. 83, comma 8, del d.lgs. 50/2016 verificare l'effettiva sussistenza del requisito ma tale attività di verifica formale e sostanziale è stata svolta in maniera del tutto carente e inadeguata dall'Amministrazione.

Si sono costituite in giudizio Trentino trasporti s.p.a. e la controinteressata Da Dalt Andrea s.r.l., insistendo per l'infondatezza nel merito del ricorso.

Alla camera di consiglio del 20 giugno 2019, in relazione all'impegno della stazione appaltante a non sottoscrivere il contratto con l'aggiudicataria fino alla definizione del giudizio, l'istanza cautelare con l'accordo delle parti è stata riunita al merito.

All'udienza del 26 settembre 2019 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

I) Il ricorso è fondato e merita di essere accolto.

II) Vale in primo luogo evidenziare che il punto 2.2, lett. B) del bando di gara ha stabilito che *“l'impresa singola può partecipare alla gara qualora sia in possesso di attestazione S.O.A. con riferimento alla categoria prevalente OG3”*. La *lex specialis* (punto 4.6) ha, peraltro, ammesso il ricorso all'istituto dell'avvalimento ai sensi dell'art. 89 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 quanto ai requisiti di qualificazione di cui al paragrafo 2.2 lett. b) precisando che il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse/beni/mezzi/necessari deve contenere, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dalla stessa impresa ausiliaria. La richiamata disposizione del bando riproduce quanto disposto dall'art. 89, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 così come modificato dall'art. 56 del d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 (*“il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria”*). Risulta dagli atti di gara che la società Da Dalt, essendo priva del suddetto requisito quanto alla categoria prevalente OG3, ha prodotto il contratto di avvalimento dell'11 marzo 2019 sottoscritto con

l'impresa De Nardi s.r.l. Quest'ultima ha autorizzato la società Da Dalt “*ad utilizzare il requisito relativo alla categoria SOA - OG 3 [...] per la partecipazione alla gara e l'esecuzione delle prestazioni*” e si è impegnata a mettere a disposizione i requisiti “*relativi alla solidità finanziaria ed al suo patrimonio di esperienza*” e “*in caso di necessità, di mettere a disposizione dell'impresa avvalente, tutte le risorse, attrezzature, necessarie per consentire l'esecuzione, da parte dell'impresa avvalente delle prestazioni in oggetto di gara*”. E' pacifica dunque e incontrovertibile la mancata indicazione, espressa e specifica, di risorse/beni/mezzi messi a disposizione dall'impresa De Nardi; invero il contratto si limita al prestito del requisito dell'attestazione SOA per la categoria OG3.

III) Ciò premesso, il *thema decidendum* della controversia, focalizzato nel primo motivo, attiene essenzialmente al contenuto che deve assumere un contratto di avvalimento riguardante il possesso del requisito dell'attestazione S.O.A. In particolare la materia del contendere ha riguardo alla sussistenza di un obbligo legale di indicare espressamente, in modo determinato e specifico, le risorse e i mezzi oggetto di prestito in un contratto di avvalimento a mezzo del quale l'impresa ausiliaria mette a disposizione dell'impresa avvalente il requisito dell'attestazione S.O.A.

Nella fattispecie in esame non assume peraltro la rilevanza pretesa dall'amministrazione resistente e dall'aggiudicataria la distinzione, riconosciuta dalla giurisprudenza (ex multis: C.d.S., sez. V, n. 6693/2018; n. 1216/2018) tra avvalimento cosiddetto di garanzia, che ha ad oggetto i requisiti di carattere economico-finanziario e, in particolare, il fatturato globale o specifico e che ricorre nel caso in cui l'ausiliaria metta a disposizione dell'ausiliata la propria solidità economica e finanziaria, e avvalimento definito tecnico od operativo, che ha ad oggetto i requisiti di capacità tecnico-professionale e che ricorre nel caso in cui l'ausiliaria si impegni a mettere a disposizione dell'ausiliata le proprie risorse tecnico - organizzative indispensabili per l'esecuzione del contratto di appalto. E' ben vero

che l'avvalimento di garanzia non comporta che il relativo contratto si riferisca *“alla messa a disposizione di beni da descrivere ed individuare con precisione, ma è sufficiente che dalla ridetta dichiarazione emerga l'impegno contrattuale a prestare ed a mettere a disposizione dell'ausiliata la complessiva solidità finanziaria ed il patrimonio esperienziale”* diversamente dall'avvalimento tecnico od operativo rispetto al quale *“sussiste sempre l'esigenza di una messa a disposizione in modo specifico di risorse determinate: onde è imposto alle parti di indicare con precisione i mezzi aziendali messi a disposizione dell'ausiliata per eseguire l'appalto”*. Tuttavia l'attestazione S.O.A., richiesta dal punto 2.2, lett. B) del bando di gara e il cui possesso è ammesso possa anche integrarsi *per relationem* ricorrendo all'istituto dell'avvalimento, non si connota (solo) quale requisito di ordine economico-finanziario. Ai sensi dell'art. 84, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016 le attestazioni rilasciate dagli appositi organismi autorizzati dall'ANAC, infatti, non provano unicamente il possesso dei requisiti di qualificazione di cui al comma 1, lettera b) (capacità economica e finanziaria) dell'art. 83 del d.lgs. n. 50/2016, ma si riferiscono anche alle capacità tecniche e professionali della lettera c) del comma 1 del medesimo articolo. Va, quindi, confutata la ricostruzione, proposta dall'amministrazione resistente e dalla controinteressata, tendente a sostenere che, nel caso di specie, in ragione delle caratteristiche delle lavorazioni oggetto dell'appalto e delle risorse in concreto possedute dall'aggiudicataria, si tratterebbe in realtà soltanto di un avvalimento di (mera) garanzia, che come tale non implica la specificazione delle risorse messe a disposizione. Il ragionamento finisce per cozzare irrimediabilmente con il sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici, che non tollera deroghe in relazione ai singoli casi concreti, stabilito dal citato art. 84 secondo cui i requisiti di qualificazione per la partecipazione ad una gara sono provati dalle attestazioni SOA le quali, come si è detto, riguardano sia la capacità economica e finanziaria sia le capacità tecniche e professionali. La stessa *lex specialis*, del resto, quanto ai requisiti di qualificazione/partecipazione, ha prescritto, nella fattispecie in

esame, il possesso, anche *per relationem*, dell'attestazione SOA in categoria OG3 senza ammettere modalità alternative né con riferimento al profilo economico e finanziario, né a quello tecnico e professionale. Se da un lato la qualificazione dell'avvalimento in questione come di mera garanzia, quindi non comportante l'obbligo di specificazione nel relativo contratto delle risorse messe a disposizione, deve essere esclusa, dall'altro va in ogni caso rilevato che l'indicazione dei mezzi aziendali messi a disposizione per l'esecuzione dell'appalto è necessaria a pena di esclusione anche se l'avvalimento riguarda l'attestazione SOA, che pure viene rilasciata previa verifica della complessiva capacità tecnico – organizzativa ed economico – finanziaria dell'impresa (C.d.S., V, n. 4973/2017; n. 2316/2017; n. 2226/2017; n. 852/2017; n. 2384/2016; n. 264/2016). In sostanza, il possesso da parte dell'impresa ausiliaria dell'attestazione SOA non accompagnato da un contratto che indichi specificamente quali mezzi e risorse vengono messi a disposizione dell'ausiliata non consente che la stazione appaltante possa confidare su un impegno contrattuale certo e vincolante per le proprie aspettative di buona esecuzione del servizio. In altre parole, l'avvalimento di attestazione in questione non può risolversi in un prestito meramente cartolare e astratto del requisito di partecipazione, ma deve essere soddisfatto concretamente e con specificazioni controllabili dalla stazione appaltante. Questa conclusione si pone in coerente continuità con il criterio direttivo che ha ispirato la previsione dell'ultimo periodo dell'art. 89, comma 1 del d.lgs. n. 50/2016, enunciato quanto all'istituto dell'avvalimento dalla direttiva europea n. 2014/24/UE sulle procedure di affidamento degli appalti nei settori ordinari (art. 1, comma 1, lett. zz) secondo cui l'istituto in questione deve essere disciplinato *“nel rispetto dei principi dell'Unione europea e di quelli desumibili dalla giurisprudenza amministrativa in materia, imponendo che il contratto di avvalimento indichi nel dettaglio le risorse e i mezzi prestati, con particolare riguardo ai casi in cui l'oggetto di avvalimento sia costituito da certificazioni di qualità o certificati attestanti il possesso*

di adeguata organizzazione imprenditoriale ai fini della partecipazione alla gara, e rafforzando gli strumenti di verifica circa l'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto di avvalimento da parte dell'impresa ausiliaria nonché circa l'effettivo impiego delle risorse medesime nell'esecuzione dell'appalto (...)”.

Non giova alla amministrazione neppure il riferimento alla sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 23 del 4 novembre 2016, tra l'altro precedente all'introduzione dell'ultimo periodo dell'art. 89, comma 1 del d.lgs. n. 50/2016, secondo la quale non si configura la nullità del contratto di avvalimento nel caso in cui una parte dell'oggetto, pur non essendo puntualmente determinato sia *“agevolmente determinabile dal tenore complessivo del documento”*. Nella fattispecie in esame rileva che non solo una parte ma l'intero oggetto del contratto non sia *“agevolmente determinabile”*, visto che il *“documento”* non individua in alcun modo risorse e attrezzature messe a disposizione.

Il contratto di avvalimento stipulato dall'aggiudicataria è, quindi, irrimediabilmente inidoneo ad attribuirle il requisito dell'attestazione S.O.A. riferita alla categoria prevalente OG3 di cui è priva, non inducendo a diversa conclusione, come si è visto, neppure le argomentazioni difensive circa la capacità in proprio, in concreto asseritamente più che adeguata, posseduta per l'esecuzione del tipo di appalto in esame. Si tratta, infatti, di una mera circostanza di fatto che, dovendo il requisito di qualificazione essere provato dall'attestazione SOA, di per sé non vale ad escludere l'obbligo di determinare, ove oggetto di avvalimento, le risorse e i mezzi oggetto di prestito.

L'inadeguatezza del contratto di avvalimento prodotto in gara dalla società Da Dalt rispetto alle previsioni dell'art. 89, comma 1, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 neppure risulta sanabile mediante l'invocato soccorso istruttorio processuale. A tacere del fatto che, in realtà, diversamente da quanto ritenuto dall'amministrazione, la documentazione versata in sede processuale

dall'aggiudicataria non vale ad integrare quanto inadeguatamente prodotto in sede di gara, in ogni caso la limitazione del soccorso istruttorio nel corso della procedura di gara ai casi di mancata presentazione o sottoscrizione del contratto di avvalimento prevista dalla *lex specialis* impedisce di utilizzare il rimedio in sede processuale con riferimento ad un contratto di avvalimento carente.

IV) All'accertata invalidità del contratto di avvalimento consegue l'accoglimento del primo motivo del ricorso, con assorbimento dell'ulteriore motivo di doglianza sviluppato, sotto una diversa prospettiva, in relazione al medesimo contratto di avvalimento.

V) In conclusione l'aggiudicazione della gara in favore di Da Dalt Andrea s.r.l., di cui all'impugnata delibera del consiglio di amministrazione di data 29 aprile 2019 di Trentino Trasporti s.p.a., data l'assenza, da parte dell'aggiudicataria, del requisito relativo al possesso dell'attestazione SOA in categoria OG3 richiesto dalla *lex specialis*, è illegittima e deve pertanto essere annullata. Non può invece trovare accoglimento la domanda di condanna al risarcimento in forma specifica mediante attribuzione dell'aggiudicazione all'impresa ricorrente, spettando all'amministrazione determinarsi al riguardo nonché in ordine alle connesse verifiche prescritte dal bando di gara.

Le spese del giudizio seguono, come di norma, la soccombenza e sono poste a carico della amministrazione nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale regionale di giustizia amministrativa della Regione autonoma Trentino-Alto Adige/Südtirol, sede di Trento, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe indicato, lo accoglie e, per l'effetto, annulla l'aggiudicazione della gara in favore di Da Dalt Andrea s.r.l., salvi gli ulteriori adempimenti dell'amministrazione.

Condanna l'amministrazione resistente e la controinteressata al pagamento delle spese del giudizio a favore della ricorrente nella misura di euro 1.500,00 per ognuna di esse, oltre alla rifusione del contributo unificato e agli oneri di legge.

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

Così deciso in Trento nella camera di consiglio del giorno 26 settembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Roberta Vigotti, Presidente

Carlo Polidori, Consigliere

Antonia Tassinari, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Antonia Tassinari

IL PRESIDENTE
Roberta Vigotti

IL SEGRETARIO