



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

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 55 del 2012, proposto da:

Manelli Impresa S.r.l., in persona del legale rappresentate *pro tempore*,
rappresentata e difesa dagli avv.ti Vito Aurelio Pappalepore e
Michaela de Stasio e con domicilio eletto presso lo studio dell'avv.
Marco Dalla Fior in Trento, via Paradisi, n. 15/5

contro

- Provincia autonoma di Trento, in persona del Presidente *pro tempore*,
rappresentata e difesa dagli avv.ti Nicolò Pedrazzoli, Sabrina Azzolini
e Giuliana Fozzer ed elettivamente domiciliata presso l'Avvocatura
della Provincia in Trento, piazza Dante, n. 15;

- Agenzia per i Servizi della Provincia autonoma di Trento, non
costituita in giudizio

nei confronti di

Azienda Pubblica per i Servizi alla Persona Redenta Floriani di Strigno, non costituita in giudizio

per l'annullamento

- della nota prot. n. S153/2012/47563/3.5/977-11, di data 25.1.2012, e del verbale di gara n. 1026/2012, della seduta del 12 gennaio 2012, recante esclusione della ricorrente dalla gara d'appalto per l'affidamento dei "lavori di costruzione dell'edificio adibito a residenza assistenziale sulle pp. ff. 62/1, 62/2, 2129 e pp. ed. 468/1, 468/2, 468/4 e 1148, in C.C. Strigno, di proprietà della A.P.S.P. Redenta Floriani di Strigno";
- delle note della Stazione appaltante di data 2.2.2012 e 14.2.2012 recanti il rigetto dell'istanza di autotutela e di riammissione alla gara;
- di ogni atto presupposto, connesso e/o consequenziale, ancorché non conosciuto, ivi incluso, ove occorra, il bando ed il disciplinare di gara, in parte qua, laddove hanno escluso l'avvalimento parziale o frazionato dei requisiti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Provincia autonoma di Trento;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 8 marzo 2012 il cons. Alma Chiettini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Preavvertite e sentite le stesse parti, ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm., come da verbale di udienza camerale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO E DIRITTO

1. La Provincia di Trento - sulla base della convenzione stipulata con l'Azienda per i servizi alla persona Redenta Floriani di Strigno - ha indetto una procedura aperta per l'affidamento dei lavori di costruzione dell'edificio adibito a residenza assistenziale, con un importo totale a base d'asta pari ad 10.053.067,06 €. Per l'aggiudicazione era stato prescelto il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Il bando di gara datato 7.11.2011 aveva così classificato i lavori:

- categoria prevalente: “OG1 – edifici civili e industriali” per 3.078.402,36 €;

- categorie scorporabili ed interamente subappaltabili: OS3, OS6, OS7, OS8, OS24, OS28 e OS30.

Era stato altresì previsto che l'impresa singola potesse partecipare alla gara qualora in possesso dell'attestazione SOA in classifica VI riferita alla categoria prevalente OG1, nonché delle attestazioni SOA delle categorie scorporabili e subappaltabili nelle misure individuate (cfr., pag 8 del bando);

2. La ricorrente società Manelli Impresa ha partecipato alla gara presentando un'attestazione SOA OG1 in classifica V. Pertanto, per raggiungere l'importo richiesto e soddisfare il requisito di

partecipazione, ossia la classifica VI, ha dichiarato di avvalersi dell'impresa ausiliaria De Cicco S.a.s. in possesso di un'attestazione SOA OG1 in classifica II.

3. Nella seduta del 12 gennaio 2012 il Presidente del seggio di gara, rilevato che né l'ausiliata né l'ausiliaria possedevano singolarmente un'attestazione SOA in classifica VI per la categoria prevalente OG1, ha escluso l'impresa Manelli perché partecipante *“frazionando il requisito di qualificazione relativo alla categoria OG1 tra l'impresa ausiliata e ausiliaria in violazione di quanto disposto dall'art. 49, comma 6, del D.Lgs. 163/2006”*.

4. Il provvedimento di esclusione è stato comunicato all'impresa interessata con nota del 25.1.2012.

Con lettere datate 27 gennaio e 3 febbraio 2012 il procuratore della Società ricorrente ha inviato alla Stazione appaltante l'informativa prevista dall'art. 243 bis del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163. Tuttavia, la Stazione appaltante con note del 2 e del 14 febbraio 2012 ha risposto che non intendeva avvalersi della facoltà di esercitare l'autotutela ed ha confermato l'esclusione della richiedente dalla procedura di gara.

5. Conseguentemente, con il ricorso in epigrafe la Società Manelli ha impugnato il provvedimento di esclusione denunciando:

I – “violazione dell'art. 49, comma 6, del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163, e dell'art. 58.27 della l.p. 10.9.1993, n. 26; degli artt. 47 e 48 della direttiva 2004/18/CE; dei principi che disciplinano le procedure di evidenza pubblica: libera circolazione, par condicio e massima partecipazione alla gara; eccesso di potere per illogicità manifesta, disparità di trattamento”, in quanto l'istituto dell'avvalimento

consentirebbe l'utilizzo frazionato e senza alcuna limitazione dei requisiti di capacità tecnica richiesti dal bando di gara. Il tal senso l'impresa Manelli, in possesso di SOA per la categoria prevalente OG1 ma insufficiente solo per la classifica (V anziché VI), si potrebbe avvalere della SOA per la categoria OG1 dell'ausiliaria De Cicco con classifica II, complementare alla propria onde raggiungere il requisito richiesto dal bando;

II – “violazione del comma 1 bis dell'art. 46 del Codice dei contratti pubblici”.

La ricorrente hanno altresì chiesto, in via cautelare, la sospensione del provvedimento di esclusione impugnato.

6. L'Amministrazione provinciale si è costituita in giudizio controdeducendo e concludendo per la reiezione del ricorso.

7. Alla camera di consiglio del giorno 8 marzo 2012, su richiesta dei procuratori delle parti, è stata verificata la sussistenza dei presupposti per la definizione immediata del giudizio con sentenza resa in forma semplificata, ai sensi dell'art. 60 del cod. proc. amm., accertata l'integrità del contraddittorio e l'eshaustività della trattazione della tematica oggetto di giudizio.

8. Il ricorso è infondato.

9. Anzitutto, il Collegio osserva che il bando di gara ha disciplinato l'avvalimento al paragrafo 4.6 ove è stato richiamato l'art. 58.27 della l.p. n 26 del 1993 in combinato disposto con l'art. 49 del D.Lgs. n. 163 del 2006.

La citata norma provinciale, al comma 6, dispone: “*Il concorrente può*

avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria di qualificazione. Il bando di gara può ammettere l'avvalimento di più imprese ausiliarie in ragione dell'importo dell'appalto o della peculiarità delle prestazioni, fermo restando il divieto di utilizzo frazionato per il concorrente dei singoli requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi, previsti dall'articolo 40, comma 3, lettera b), [requisiti di ordine generale nonché tecnico-organizzativi ed economico-finanziari conformi alle disposizioni comunitarie in materia di qualificazione] del decreto legislativo n. 163 del 2006, che hanno consentito il rilascio dell'attestazione in quella categoria.”

A sua volta, il comma 6 dell'art. 49 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163, recita: *“Per i lavori, il concorrente può avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria di qualificazione. Il bando di gara può ammettere l'avvalimento di più imprese ausiliarie in ragione dell'importo dell'appalto o della peculiarità delle prestazioni, fermo restando il divieto di utilizzo frazionato per il concorrente dei singoli requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi di cui all'articolo 40, comma 3, lettera b), che hanno consentito il rilascio dell'attestazione in quella categoria.”*

10. In termini generali il Collegio rammenta che i soggetti esecutori di lavori pubblici devono essere “*qualificati*” e che l'attestazione SOA è il documento obbligatorio unico, necessario e sufficiente a comprovare la capacità dell'impresa di eseguire opere pubbliche con importo a base d'asta superiore a 150.000,00 € e che qualifica le aziende suddividendole in otto classi, espresse in valori crescenti di euro, abilitandole così a partecipare agli appalti con importi pari alla relativa classe, incrementata di un quinto (cfr., art. 40 del Codice dei contratti

pubblici e artt. 60 e ss. del D.P.R. 5.10.2010, n. 207).

Il sistema di qualificazione certifica dunque la capacità tecnico-finanziaria di un'impresa per categoria di lavori "*eseguibili*" sulla base di quelli effettivamente "*eseguiti*". In tal senso, la procedura per ottenere la qualificazione richiede la dimostrazione di requisiti di ordine sia generale che speciale, oltre che di capacità economica e finanziaria, tra cui sono comprese le referenze bancarie, la capacità organizzativa, la dotazione di attrezzature tecniche, l'organico medio annuo, la presenza di idonea direzione tecnica, l'esecuzione di lavori già realizzati nelle categorie oggetto di richiesta di importo non inferiore ad un'individuata percentuale della classifica domandata (cfr. artt. 76 e ss. del D.P.R. n. 207 del 2010).

In tale sistema di qualificazione, pertanto, la capacità tecnica di un'impresa certificata dal possesso di un'attestazione SOA per una classificazione elevata è dalla stessa acquisita - e quindi dimostrata - tramite una documentata progressione di requisiti, basati anche sulle verifiche dei lavori eseguiti, e non tramite la semplice somma algebrica di classi inferiori appartenenti a soggetti diversi.

Detto sistema, di conseguenza, richiede che il requisito di partecipazione stabilito da un bando di gara attinente alla capacità tecnica minima - quindi, il possesso di una precisa classifica per la categoria dei lavori realizzandi - debba essere posseduto per l'intero da almeno un partecipante.

Diversamente opinando, si consentirebbe a chi non ha i requisiti minimi di partecipazione di presentare offerte e di impegnarsi ad

eeguire lavori per i quali non ha i presupposti o, quanto meno, non ne è stata verificata la sussistenza da parte di un organismo di attestazione appositamente autorizzato, così eludendo il sistema di qualificazione per l'esecuzione dei lavori pubblici.

11. In questo senso, il Collegio condivide la lettura del comma 6 dell'art. 49 del Codice dei contratti pubblici effettuata dalla VI Sezione del Consiglio di Stato con la pronuncia n. 3565, del 13.6.2011, la quale, con riferimento al cosiddetto "*utilizzo frazionato dell'avvalimento*", ha precisato:

- che "*il divieto di utilizzo frazionato dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi di cui all'articolo 40, comma 3, lettera b)*", sancito al comma 6 dell'invocato art. 49, è riferito anche al caso in cui il concorrente si avvalga di una sola impresa ausiliaria, di cui al primo periodo del comma;

- che la garanzia per la Stazione appaltante di ricevere la migliore prestazione non è assicurata se nessuno dei soggetti concorrenti possiede i requisiti minimi preventivamente identificati in relazione all'oggetto e 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*";

- che non si comprende, altrimenti, "*la ratio della preordinazione di un sistema di requisiti di qualificazione per categorie di lavori e classifica (per importi nel loro ambito) se nessuno dei concorrenti o dei soggetti ausiliari fosse poi, in concreto, vincolato a possederli*";

- che, sempre diversamente opinando, il "*candidato/offerente non potrebbe*

<dimostrare all'amministrazione che disporrà dei mezzi necessari> a provare le capacità richieste per l'esecuzione dell'appalto".

In definitiva, il Giudice d'appello ha chiarito che la finalità dell'istituto dell'avvalimento non è quella *"di arricchire la capacità (tecnica o economica che sia) del concorrente"*, bensì quella *"di consentire a soggetti che ne siano privi di concorrere alla gara ricorrendo ai requisiti di altri soggetti"* se e in quanto *"da questi integralmente e autonomamente posseduti"*. Ciò in applicazione dei principi dell'istituto dell'avvalimento di cui alle direttive CE in materia di appalti pubblici n.18 (articoli 47 e 48) e n. 17 (articolo 54), del 2004, disciplina *"volta a far sì che la massima concorrenza sia anche condizione per la più efficiente e sicura esecuzione degli appalti"*.

In proposito, è sufficiente aggiungere che nei procedimenti di aggiudicazione ad evidenza pubblica coesistono due diverse posizioni, pubbliche e private: da un lato l'interesse al massimo allargamento della platea degli offerenti che consente di acquisire l'offerta migliore e più vantaggiosa per l'Amministrazione secondo la logica concorrenziale di mercato; da altro lato, l'esigenza che alle gare partecipino soggetti qualificati, in quanto idonei - secondo la procedura di qualificazione - ad eseguire lavori non solo nella categoria ma anche nella classificazione indicata dal bando.

12. Pertanto, nella fattispecie in esame, ove sia la partecipante Manelli, impresa ausiliata (con SOA per OG1 in classifica V) che l'ausiliaria De Cicco (con SOA per OG1 in classifica II) posseggono classifiche inferiori a quella richiesta dal bando (OG1 in classifica VI), emerge che entrambe le imprese dimostrano un'insufficiente capacità tecnica

rispetto ai lavori previsti dal bando di gara. La sommatoria delle loro classificazioni (per quanto sopra rilevato al punto 10. sul vigente sistema di qualificazione), non integra automaticamente una classificazione superiore.

Da ciò, l'obbligatoria adozione del provvedimento di esclusione della deducibile dalla procedura competitiva in oggetto.

Né giova alla ricorrente richiamare la differente disciplina legislativamente prevista per i raggruppamenti orizzontali di imprese (anche per il diverso spessore del legame che intercorre fra i componenti, come ha correttamente sottolineato la difesa dell'Amministrazione), per il sostanziale difetto di interesse alla coltivazione della censura atteso che essa ha partecipato alla gara come impresa singola.

13. Non vi è nemmeno ragione di ritenere rilevante e di sottoporre alla Corte di Giustizia CE la questione pregiudiziale sulla compatibilità di un divieto di utilizzo frazionato dell'avvalimento, per integrare un requisito di partecipazione posseduto parzialmente, con la disciplina comunitaria dell'istituto.

Anche questa questione è stata infatti affrontata dalla richiamata sentenza del Consiglio di Stato n. 3565 del 2011, che ha condivisibilmente concluso affermando che non può sussistere alcun *“ragionevole dubbio interpretativo sulla soluzione da dare alla questione sollevata”*.

Lo scopo della normativa comunitaria - e dell'art. 49 del Codice dei contratti, che ne è diretta attuazione - è, chiaramente, finalizzato a

consentire agli operatori economici di partecipare alle gare anche qualora non siano in diretto possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero dell'attestazione della certificazione SOA, avvalendosi "*dei requisiti di un altro soggetto*" (cfr., da ultimo, C.d.S., sez. V, 8.10.2011, n. 5496, con riferimento al capitale sociale minimo) ma anche "*dell'attestazione SOA di altro soggetto*" (cfr., comma 1 dell'art. 49), con il solo divieto dell'utilizzo frazionato dei requisiti di cui alla lettera b) del comma 3 dell'art. 40 (cfr., comma 6 dell'art. 49).

In diversi termini, l'obiettivo è far concorrere alle gare anche soggetti che non hanno i requisiti richiesti purché, anche solo per l'occasione, possano disporre di quelli di altri soggetti. Per quanto concerne la qualificazione all'esecuzione di lavori pubblici, l'attestato SOA deve essere posseduto, e allegato, dall'impresa ausiliaria nella misura minima prescritta dal bando in quanto il favor all'ampia partecipazione alla gara non può andare a svantaggio della garanzia che i lavori vengano eseguiti da un soggetto idoneo perché in pieno possesso di quel requisito di partecipazione.

Il che, come si è visto, non è accaduto nella fattispecie in esame.

14. Con il secondo motivo la ricorrente ha dedotto la violazione del comma 1 bis del novellato art. 46 del Codice dei contratti pubblici, atteso che le cause di esclusione delle gare pubbliche sono tassative e non potrebbero essere ampliate sulla base di orientamenti giurisprudenziali.

Il motivo è infondato.

È agevole rilevare, in proposito, che la prima parte del citato comma 1 bis prevede l'esclusione dei concorrenti *“in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti”* e, nella specie, come già precisato, il divieto di utilizzo frazionato dell'avvalimento è previsto dal combinato disposto dei commi 6 e 1 dell'art. 49 del Codice dei contratti pubblici e dal comma 6 dell'art. 58.27 della l.p. n. 26 del 1993.

15. In conclusione, sulla base delle argomentazione svolte, il ricorso deve essere respinto.

Le spese e gli onorari del giudizio possono essere compensati tra le parti, in ragione della particolarità giuridica della questione.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento (Sezione Unica)

definitivamente pronunciando sul ricorso n. 55 del 2012, lo respinge.

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Trento nella camera di consiglio del giorno 8 marzo 2012 con l'intervento dei magistrati:

Armando Pozzi, Presidente

Lorenzo Stevanato, Consigliere

Alma Chietтини, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/03/2012

IL SEGRETARIO

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