



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 Amministrativo Regionale per la Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2304 del 2011, proposto da:
Ing. Antonio Pompa s.r.l., in proprio e quale mandante del r.t.i. con
la ditta individuale Nastri Ciro, rappresentata e difesa dagli avvocati
Domenico Benussi e Felice Laudadio, con domicilio eletto presso il
primo in Firenze, piazza dell'Indipendenza 10;

contro

l'Azienda USL 3 - Pistoia in persona del Direttore Generale in carica,
rappresentata e difesa dall'avv. Andrea Ghelli, con domicilio eletto
presso il suo studio in Firenze, via XX Settembre 60 (Studio
Salimbeni);

nei confronti di

Tekno Costruzioni s.r.l. in persona del legale rappresentante in
carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Arturo Cancrini e

Francesco Vagnucci, con domicilio eletto presso l'avv. Orsola Cortesini in Firenze, via Lamarmora 14;

per l'annullamento

a) del provvedimento prot. 3038/MAN del 10/10/2011, mai trasmesso alla ricorrente e di cui la stessa è venuta a conoscenza con nota prot. 52723 dell'11.11.2011, con il quale l'Azienda USL 3 Pistoia ha aggiudicato definitivamente alla Tekno Costruzioni s.r.l. di Montorio al Vomano (TE) i lavori di restauro dell'Antico Ospedale del Ceppo presso il presidio ospedaliero di Pistoia - Progetto PIUSS - lotto 2° (CIG: 3211567 CEA);

b) di ogni altro atto preordinato, connesso e conseguente ove lesivo degli interessi giuridici della ricorrente, ivi compresi:

b.1) gli atti costituenti la *lex specialis* di gara (bando, disciplinare, capitolato, speciale di appalto e relativi allegati), ove da interpretare in senso sfavorevole agli interessi giuridici della ricorrente;

b.2) gli atti di indizione della gara *de qua*;

b.3) i verbali di gara tutti;

b.4) il provvedimento di aggiudicazione provvisoria che ha preceduto l'atto di aggiudicazione definitiva;

b.5) il contratto di appalto ove *medio tempore* stipulato tra l'Ente appaltante e l'aggiudicataria;

b.6) il rigetto opposto dall'Ente appaltante in ordine alla richiesta di riesame formulata con l'informativa ex art. 243 bis D.Lvo 163/06 del 2.12.2011, nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto di

appalto, ai sensi degli artt. 121 e ss. D.Lvo 104/10, ove *medio tempore* stipulato tra l'Amministrazione appaltante e l'aggiudicataria, con espressa richiesta di voler conseguire l'aggiudicazione della gara per essere in possesso dei requisiti tecnico/organizzativi e per essere subito disponibile all'immediata stipula del contratto, subentrando quindi in luogo dell'aggiudicataria, e all'immediato avvio dei lavori messi a gara.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda USL 3 - Pistoia e di Tekno Costruzioni s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 aprile 2012 il dott. Alessandro Cacciari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'Azienda U.S.L. 3 Pistoia ha indetto una procedura aperta per l'affidamento di lavori di restauro presso un presidio ospedaliero. All'esito della procedura è risultata vincitrice l'impresa Tekno Costruzioni s.r.l. la quale aveva partecipato mediante avvalimento della ditta D'Adiutorio Appalti e Costruzioni s.r.l. stipulando con la stessa apposito contratto. L'impresa ing. Antonio Pompa s.r.l.,

partecipante alla gara in raggruppamento temporaneo con la ditta individuale Nastri Ciro, è risultata seconda classificata. Con il presente ricorso, notificato il 9 dicembre 2011 e depositato il 20 dicembre 2011, essa ha impugnato gli esiti della gara lamentando, con primo motivo, che il contratto di avvalimento stipulato dall'aggiudicataria non rispetti i requisiti previsti dall'art. 88 del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 - Regolamento esecutivo ed attuativo del codice dei contratti pubblici (nel seguito: "Regolamento") per la genericità del suo contenuto; con secondo motivo, che l'impresa ausiliaria non abbia prodotto le dichiarazioni attestanti il possesso dei requisiti generali di partecipazione in capo ai propri direttori tecnici, e con terzo motivo che la polizza fideiussoria presentata dall'aggiudicataria non sia intestata anche all'ausiliaria.

Si è costituita la stazione appaltante chiedendo l'integrazione del contraddittorio con l'impresa ausiliaria dell'aggiudicataria, e replicando nel merito alle deduzioni della ricorrente.

Si è costituita anche l'impresa Tekno Costruzioni s.r.l. eccependo che in caso di accoglimento del ricorso, dovrebbero essere esclusi anche gli altri concorrenti i quali hanno presentato contratti di avvalimento aventi le stesse caratteristiche di quello contestato. Conseguentemente dovrebbe rideterminarsi la soglia di anomalia e ciò porterebbe all'esclusione della ricorrente dalla gara, sicché essa non avrebbe interesse alla coltivazione del gravame. Nel merito, replica puntualmente alle deduzioni della ricorrente sostenendo che,

poiché nell'ambito dei lavori pubblici esiste un sistema unico di qualificazione diversamente da quanto stabilito per i contratti pubblici di servizi e forniture, le risorse ed i mezzi prestatati dall'ausiliaria sarebbero inclusi nell'attestazione di qualificazione dalla stessa posseduta e in tal modo individuabili.

Con ordinanza di questo Tribunale 19 gennaio 2012, n. 63, è stata accolta la domanda cautelare.

All'udienza del 18 aprile 2012 la causa è stata trattenuta in decisione.

2. In via preliminare deve essere respinta la richiesta di integrazione del contraddittorio formulata dall'Azienda U.S.L. 3 Pistoia, poiché l'impresa ausiliaria dell'aggiudicataria non può ritenersi quale controinteressata. La sua posizione giuridica è infatti derivata dal contratto di avvilimento stipulato con la Tekno Costruzioni s.r.l. e non subirebbe quindi una lesione diretta dall'accoglimento del gravame. L'interesse che essa può far valere ha carattere derivato e di secondo grado ed appartiene pertanto all'area del mero fatto, ed esso, se legittima l'intervento di detta impresa nella controversia, non la qualifica però come necessario contraddittore.

Deve essere respinta anche l'eccezione di carenza di interesse formulata dall'impresa controinteressata poiché, come correttamente replica la ricorrente, la posizione delle imprese che hanno presentato un contratto di avvalimento asseritamente simile a quello dell'aggiudicataria è ormai consolidata, non essendo il loro atto di ammissione stato gravato in alcun modo e pertanto non possono

essere predicate a loro carico le conseguenze che ne trae la controinteressata stessa.

Nel merito il ricorso è fondato sotto il profilo dedotto con il primo motivo. Il contratto di avvalimento prodotto dall'aggiudicataria all'art. 2 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 controversa. Trattasi di una dizione generica che non viene specificata in alcun altro punto né del contratto, né della dichiarazione di obbligo prodotta dalla stessa ausiliaria. Da tali atti non è possibile evincere in modo determinato e specifico quali siano le risorse e i mezzi che dalla stessa saranno prestati per l'esecuzione del contratto *de quo*. In tal modo l'oggetto del contratto di avvalimento diventa indeterminato, contravvenendosi alla disposizione di cui all'art. 88, comma 1, lett. a) del Regolamento. Tale disposizione è dettata con riferimento ai contratti aventi ad oggetto lavori, e nel caso di specie l'oggetto dell'avvalimento non potrebbe essere determinato assumendo a riferimento l'attestazione di qualificazione dell'ausiliaria poiché ciò non si evince né dalla volontà contrattuale delle parti, le quali fanno genericamente riferimento alle risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto senza specificarle, né dall'art. 88 del Regolamento il quale non contempla la determinazione *per relationem* delle risorse e dei mezzi prestati dall'ausiliaria.

Il richiamo contenuto nelle repliche della controinteressata al

principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare per pubblici appalti é inconferente poiché, nel caso di specie, si tratta di valutare la sussistenza di una causa di esclusione prevista da una norma del Regolamento, conformemente all'art. 46, comma 2, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

Deve quindi essere accolto il primo motivo di ricorso, con annullamento dei provvedimenti impugnati ed assorbimento delle ulteriori censure. Non può però essere accolta la domanda di subentro nell'aggiudicazione del contratto pubblico in questione poiché, conseguentemente alla pronuncia della presente sentenza, la stazione appaltante dovrà ricalcolare la soglia di anomalia e procedere di conseguenza. Alla stessa rimane quindi intestato un tratto di azione amministrativa che impedisce, allo stato, di predicare la titolarità della ricorrente all'aggiudicazione del contratto pubblico in gara.

Le spese processuali vengono compensate in ragione della novità della questione affrontata.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati. Respinge la domanda di conseguire l'aggiudicazione.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità

amministrativa.

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 18 aprile
2012 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Buonvino, Presidente

Carlo Testori, Consigliere

Alessandro Cacciari, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/05/2012

IL SEGRETARIO

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