



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6266 del 2012, proposto da:

Tekno Costruzioni S.r.l. in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Arturo Cancrini e Francesco Vagnucci, con domicilio eletto presso lo Studio Legale Cancrini Piselli in Roma, via Giuseppe Mercalli n. 13;

contro

Azienda Usl 3 Pistoia;

nei confronti di

Antonio Pompa S.r.l. in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Felice Laudadio e Alberto Saggiomo, con domicilio eletto presso Felice Laudadio in Roma, via Alessandro III, n.6;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. TOSCANA - FIRENZE: SEZIONE I n. 00986/2012

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Antonio Pompa Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 14 settembre 2012 il Cons. Roberto Capuzzi e uditi per le parti gli avvocati Giammaria su delega di Cancrini e Laudadio;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'Azienda U.S.L. 3 Pistoia aveva indetto una procedura aperta per l'affidamento di lavori di restauro dell'antico ospedale del Ceppo di Pistoia (progetto PIUSS)- Lotto 2a. All'esito della procedura di gara risultava vincitrice l'impresa Tekno Costruzioni s.r.l. la quale aveva partecipato alla gara in raggruppamento temporaneo mediante avvalimento con la società ausiliaria 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, risultava seconda classificata.

Con il ricorso al Tar Toscana tale impresa impugnava gli esiti della gara lamentando, con primo motivo, che il contratto di avvalimento stipulato dall'aggiudicataria non rispettava i requisiti previsti dall'art. 88 del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (Regolamento esecutivo ed attuativo del codice dei contratti pubblici), per la genericità del suo contenuto, con il secondo motivo, che l'impresa ausiliaria non aveva prodotto le dichiarazioni attestanti il possesso dei requisiti generali di partecipazione in capo ai propri direttori tecnici, con il terzo motivo che la polizza fideiussoria presentata dall'aggiudicataria non era intestata anche all'ausiliaria.

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

Si costituiva l'impresa Tekno Costruzioni s.r.l. eccependo la carenza di interesse alla prima censura formulata dalla società Pompa, di genericità del contratto dell'ausiliaria, atteso che in caso di accoglimento della censura, avrebbero dovuto essere esclusi anche gli altri concorrenti i quali avevano presentato contratti di avvalimento aventi le stesse caratteristiche di quello contestato, con l'effetto che avrebbe dovuto rideterminarsi la soglia di anomalia; ciò avrebbe portato all'esclusione della ricorrente dalla gara.

Nel merito, la società Tekno sosteneva che, poiché nell'ambito dei lavori pubblici esiste un sistema unico di qualificazione diverso da quello stabilito per i contratti pubblici di servizi e forniture e che le risorse ed i mezzi prestati dall'ausiliaria sarebbero inclusi nell'attestazione di qualificazione SOA dalla stessa posseduta e in tal modo individuabili.

2. Il Tar Toscana, dopo avere preliminarmente respinto la richiesta di integrazione del contraddittorio formulata dall'Azienda U.S.L. 3 Pistoia, respingeva anche l'eccezione formulata dalla soc. Tekno, di carenza di interesse alla prima censura formulata dall'impresa Pompa, atteso che la posizione delle imprese che avevano presentato un contratto di avvalimento simile a quello dell'aggiudicataria si era ormai consolidata non essendo stato il loro atto di ammissione gravato in alcun modo.

Nel merito, il Tar riteneva il ricorso della società Pompa fondato sotto il profilo dedotto con il primo motivo in quanto dal contratto di avvalimento prodotto dall'aggiudicataria non era possibile evincere in modo determinato e specifico quali erano le risorse e i mezzi che dalla stessa sarebbero stati prestati per l'esecuzione del contratto, con l'effetto che l'oggetto del contratto di avvalimento era indeterminato contravvenendosi in tale modo alla disposizione posta dall'art. 88, comma 1, lett. a) del Regolamento.

Nell'atto di appello la società Tekno sostiene la erroneità della sentenza del Tar in primo luogo reiterando l'argomento che la società Pompa non aveva interesse alla censura accolta dal primo giudice, di genericità del contratto di avvalimento, dovendosi rideterminare la soglia di anomalia e nel merito sostenendo la erroneità dell'accoglimento della censura relativa alla genericità del contratto di avvalimento stipulato con la ausiliaria.

Si è costituita la soc. Ing. Pompa per resistere all'appello depositando una ampia memoria difensiva facendo presente che a seguito della sentenza del Tar la stazione appaltante aveva riaperto la procedura di gara ai fini del ricalcolo della soglia di anomalia delle offerte tenendo conto della esclusione della sola appellante e che all'esito di tale procedura aveva aggiudicato in via provvisoria la gara alla Ati Pompa; per il resto la appellata insiste con ampie argomentazioni per il rigetto dell'appello e la conferma della sentenza di primo grado.

Alla camera di consiglio del 14 settembre 2012, fissata per la discussione della istanza cautelare, dopo la discussione orale, le parti sono state avvisate dal Presidente della Sezione per una possibile decisione in forma semplificata.

3. L'appellante preliminarmente censura la sentenza nella parte in cui il Tar ha respinto l'eccezione di carenza di interesse al ricorso in capo alla impresa Ing. Pompa.

L'appellante rilevava in primo grado che altri sei concorrenti avevano contratti di avvalimento identici a quello della ditta Tekno in quanto recanti solo la generica indicazione delle categorie e classifiche SOA messe a disposizione dall'ausiliaria e non invece l'analitico apparato delle risorse e dei mezzi dedicati all'espletamento dell'appalto, sicché la eventuale esclusione della Tekno Costruzioni, per asserita genericità dell'avvalimento prestato, avrebbe coinvolto, per effetto del vincolo conformativo al giudicato gravante sull'amministrazione in sede di esecuzione del giudicato, necessariamente anche i sei concorrenti indicati che andavano espunti dalla graduatoria. Di talché il doveroso ricalcolo della anomalia avrebbe determinato la aggiudicazione ad altra ditta mentre la ricorrente non avrebbe ottenuto la aggiudicazione cui aspirava.

Il Tar ha ritenuto che la posizione delle imprese che avevano presentato un contratto di avvalimento simile a quello dell'aggiudicataria era ormai consolidata, non essendo stato il loro atto di ammissione gravato in alcun modo e pertanto non potevano essere predicate a loro carico le conseguenze che ne traeva la soc. Tekno.

4. Le considerazioni del Tar meritano conferma.

Rileva infatti la Sezione che anche ad ammettere, in via di mera ipotesi, la identità dei contratti di avvalimento delle sei ditte indicate dall'appellante, circostanza peraltro non dimostrata dalla ricorrente e confutata dalla appellata, ciò non determinerebbe alcun effetto di esclusione automatica e necessaria nei confronti della posizione in graduatoria di tali ditte in quanto le stesse sono rimaste estranee al giudizio, con un irreversibile consolidamento della loro posizione in graduatoria.

E' principio di carattere generale, infatti, che la graduatoria finale di una procedura ad evidenza pubblica vada contestata a mezzo di una specifica impugnazione di talché, calando tale principio al caso che occupa, la omessa impugnazione della graduatoria relativamente alle ditte di cui sopra, per le quali non può escludersi un interesse a conservare la posizione acquisita, precluderebbe alla appellante di censurare l'operato della stazione appaltante nella rimodulazione della graduatoria finale, non potendosi ravvisare alcun obbligo giuridico per l'amministrazione di escludere dalla gara concorrenti non evocati in giudizio.

5. Nel secondo motivo, con il quale viene sollevata la questione centrale del giudizio, l'appellante sostiene la erroneità della sentenza di prime cure nella parte in cui ha accolto il primo motivo del ricorso proposto dalla impresa Pompa, concernente la inidoneità per genericità del contratto di avvalimento presentato dalla Tekno Costruzioni per violazione dell'art. 88 del d.P.R. n.207/2010.

Il contratto di avvalimento prodotto dall'aggiudicataria, all'art. 2 prevedeva, 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. Come rilevato dal Tar, si trattava 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 e i mezzi che sarebbero stati prestati per l'esecuzione del contratto.

E' evidente quindi la indeterminatezza dell'oggetto del contratto di avvalimento in violazione dell'art. 88, comma 1, lett. a) del Regolamento sopracitato, dettato proprio con riferimento ai contratti aventi ad oggetto lavori pubblici (cfr. Cons. Stato, Sez. III, n.2344 del 18.4.2011; Sez. III, n.6040 del 15 novembre 2011).

Né l'oggetto dell'avvalimento potrebbe essere determinato aliunde, assumendo a riferimento l'attestazione SOA 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.

Questo Consiglio peraltro ha stigmatizzato che la messa a disposizione di requisiti, svincolata da qualsivoglia

collegamento concreto con risorse materiali o immateriali, possa snaturare l'istituto dell' avvalimento per piegarlo ad una logica di elusione dei requisiti stabiliti nel bando di gara (Cons. Stato, Sez. III, n.2344 del 18.4.2011; cfr. anche V, n.4510 del 6 agosto 2012).

6. In conclusione la ammissione alla gara dalla appellante era illegittima atteso che la ausiliaria si era solo genericamente impegnata a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto e la dichiarazione così formulata non poteva ritenersi idonea ad integrare i requisiti minimi previsti dall'art. 88 del Regolamento sopracitato.

7. L'appello pertanto non merita accoglimento. Le spese del grado di appello seguono la soccombenza, non essendovi ragione per disporre diversamente, considerato che le doglianze dell'appellante avevano già ricevuto adeguata risposta in primo grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto,

lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese del grado in favore della controparte costituita, liquidandole in euro 4.000 oltre agli accessori dovuti per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 settembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere, Estensore

Alessandro Palanza, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/10/2012

IL SEGRETARIO

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