



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**

sul ricorso numero di registro generale 320 del 2012, proposto da:  
Consorzio Emiliano Romagnolo Fra Le Cooperative di Produzione e Lavoro, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Fiorenzo Bertuzzi, Silvano Venturi e Gianpaolo Sina e con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Giorgio Pedinelli in Trento, via Grazioli, n. 7

***contro***

Comune di Condino, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Antonio Tita e Piero Costantini e con domicilio eletto presso il loro studio in Trento, via Lunelli, n. 48

***nei confronti di***

Green Scavi S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Maria Cristina Osele e con domicilio eletto presso il suo studio in Trento, via Calepina, n. 75

*per l'annullamento*

- della deliberazione della Giunta comunale di Condino n. 62, del 23 ottobre 2012, recante ad oggetto "Appalto del servizio di progettazione esecutiva, realizzazione di una rete di teleriscaldamento a servizio delle utenze di proprietà comunale. Approvazione dei verbali di gara e aggiudicazione definitiva", conosciuta a seguito della comunicazione effettuata dal Comune in data 24 ottobre 2012;
- di ogni altro atto presupposto e susseguente, ivi compreso il verbale della Commissione di gara del 6 settembre 2012 nella parte in cui non è stata esclusa la concorrente Green Scavi S.r.l. e, a suo favore, è stata disposta l'aggiudicazione provvisoria;
- nonché per il risarcimento del danno in forma specifica previa, ove occorra, declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Condino;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Green Scavi S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 maggio 2013 il cons. Alma Chietтини e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando di gara datato 20 luglio 2012 il Comune di Condino ha

indetto una procedura aperta, disciplinata dalla l.p. 10.9.1993, n. 26, per l'appalto del servizio di progettazione esecutiva e realizzazione di una rete di teleriscaldamento a servizio delle utenze di proprietà comunale. L'importo complessivo a base d'asta era pari a 2.538.095,80 €, mentre per l'aggiudicazione era stato prescelto il criterio del prezzo più basso determinato mediante offerta a prezzi unitari.

Alla gara hanno partecipato 19 concorrenti.

2. Con deliberazione della Giunta comunale n. 62, del 23 ottobre 2012, sono stati approvati gli atti della procedura di gara e aggiudicato il servizio alla Società Green Scavi, che ha offerto un ribasso del 19,997%, risultato il più vicino alla soglia di anomalia senza raggiungerla.

3. Il Consorzio Emiliano Romagnolo ricorrente si è invece graduato in seconda posizione, con un ribasso del 19,985%.

Esso ha inoltrato alla Stazione appaltante l'informativa prevista dall'art. 243 bis del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163. Tuttavia l'Amministrazione con nota datata 15 novembre 2012 ha risposto che non intendeva avvalersi della facoltà di esercitare l'autotutela.

4. Il Consorzio ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione al fine di chiedere l'esclusione dalla gara della Società aggiudicataria, in proposito deducendo le seguenti censure:

I - violazione dell'art. 75, comma 7, del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163, dell'art. 23, comma 6, della l.p. 10.9.1993, n. 26, dell'art. 46 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163, del punto 4.2 del bando di gara;

la ricorrente asserisce che l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara perché, non possedendo la certificazione di sistema di qualità conforme alla normativa europea indicata, avrebbe presentato un deposito cauzionale dimezzato senza averne quindi titolo; oltretutto, nel corso della procedura di gara, la Stazione appaltante avrebbe chiesto e consentito l'integrazione della cauzione fino all'importo richiesto, pari al due per cento del valore complessivo dell'appalto;

II - ancora violazione, sotto altro profilo, della normativa sopra richiamata, asserendo che l'aggiudicataria avrebbe dovuto comunque essere esclusa dalla gara in ragione della mancata indicazione, nella cauzione provvisoria da essa presentata, della partecipazione in avvalimento con l'impresa ausiliaria Girardi Termosanitari.

5. Con il ricorso è stata presentata l'istanza di sospensione, in via cautelare, dei provvedimenti impugnati e la domanda di risarcimento in forma specifica previa, ove occorra, declaratoria di inefficacia del contratto.

6. Il Comune intimato si è costituito in giudizio, chiedendo, con ampia argomentazione, la reiezione nel merito del ricorso perché infondato.

7. Nei termini di rito si è costituita in giudizio anche la controinteressata Green Scavi S.r.l., anch'essa concludendo per la reiezione del ricorso dopo aver sollevato eccezioni in rito.

8. Con ordinanza n. 162, adottata nella camera di consiglio del 20 dicembre 2012, la domanda incidentale di misura cautelare è stata

respinta.

9. In prossimità dell'udienza di discussione le parti hanno depositato documentazione e presentato memorie illustrative e riepilogative delle rispettive posizioni. È stato anche depositato il contratto d'appalto stipulato tra l'Amministrazione e la controinteressata in data 14 marzo 2013.

10. Alla pubblica udienza del 9 maggio 2013 il ricorso è stato chiamato e quindi trattenuto per la decisione.

#### DIRITTO

1. Il ricorso è infondato per cui il Collegio si ritiene esonerato dall'esaminare le plurime eccezioni in rito sollevate dalla difesa della Società controinteressata.

2. Quanto al primo motivo introdotto, occorre innanzitutto puntualizzare, in fatto, che – a differenza di quanto un po' ambiguamente adombrato in ricorso - la concorrente Green Scavi era ed è in possesso della certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI CEI ISO 9000. È infatti documentato in atti che in sede di gara essa aveva prodotto la dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà dichiarando di allegare copie degli originali dell'attestazione di qualificazione SOA e del certificato ISO 9001:2008 n. 4648, rilasciato da World Certification Services con data di scadenza 11.11.2013 (cfr., doc. n. 3 in atti della controinteressata).

Di conseguenza, essa aveva titolo al momento di presentazione dell'offerta per fruire del beneficio della riduzione del cinquanta per

cento dell'importo della cauzione provvisoria, come disposto dall'art. 23, comma 6, della l.p. 10.9.1993, n. 26 (che si riferisce all'“*operatore economicoofferente*”) e dal punto 4.2. del bando di gara (parimenti riferito all'impresa offerente, singola o in raggruppamento temporaneo). Negli stessi termini, invero, dispone anche l'art. 75, comma 7, del Codice dei contratti pubblici, anch'esso riferito esclusivamente agli “*operatori economici offerenti*”, ossia a tutti i soggetti che partecipano alla gara, compresi mandanti e mandatari nel caso di raggruppamenti non costituiti perché individualmente responsabili delle dichiarazioni rese (cfr., C.d.S., sez. V, 2.11.2011, n. 5841).

3. Green Scavi, pertanto, ha partecipato alla gara de qua come impresa singola, solo avvalendosi dell'ausiliaria Girardi Termosanitari S.n.c. per integrare il requisito relativo al possesso della categoria scorporabile e subappaltabile OS28 (impianti termici e di condizionamento). Perciò, essa ha prodotto il contratto di avvalimento con cui l'ausiliaria metteva a disposizione la propria attestazione SOA nella categoria OS28, oltre ad individuate unità di personale e di mezzi tecnici (cfr., doc. n. 14 in atti della controinteressata).

Il seggio di gara, nella seduta pubblica dei giorni 21 e 22 agosto 2012, a fronte di un concorrente in possesso della certificazione di qualità che dichiarava di avvalersi di un'impresa ausiliaria priva del certificato di qualità, solo per meticolosità istruttoria (come riconosciuto anche dalla difesa della stessa Amministrazione) ha chiesto alla concorrente Green Scavi il deposito del certificato di qualità anche dell'impresa

Girardi, oppure che fosse integrato il deposito cauzionale a garanzia. A sua volta, la concorrente ha ritenuto di prestare accondiscenza alla richiesta e, nei termini prefissati, ha integrato l'importo della cauzione provvisoria.

4. Dal che consegue che non vi era alcun presupposto per poter escludere Green Scavi dalla gara, posto che:

- la concorrente, impresa partecipante singolarmente, era in possesso della certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee della serie richiesta per cui essa, quale “*offerente*”, aveva titolo, ai sensi dell'art. 23, comma 6, della l.p. 10.9.1993, n. 26, e del punto 4.2 del bando di gara, per beneficiare della riduzione della cauzione;
- non era e non è richiesto, né nella disciplina speciale di gara né nella legge provinciale n. 26 del 1993, che per beneficiare della dimidiazione dell'importo della garanzia anche i soggetti ausiliari, ossia legati al concorrente da un contratto di avvalimento, dovessero possedere la certificazione del sistema di qualità aziendale. Nemmeno il Codice dei contratti pubblici contiene un'espressa disposizione in tal senso.

5. A tal riguardo, è opportuno anche rammentare che i provvedimenti di esclusione da una procedura di gara devono essere fondati – in virtù del fondamentale principio di massima partecipazione possibile alle gare e di conseguente tipicità e tassatività delle cause di esclusione - su di un'espressa comminatoria di esclusione (nel caso in esame insussistente), la quale - comunque - deve essere non solo univoca ma anche interpretata nel rispetto dei ricordati principi di tipicità e di

tassatività, disposti dall'art. 46, comma 1 bis, del D.Lgs. n. 163 del 2006 (ex multis, C.d.S., sez. V, 22.10.2012, n. 5393).

6. Infine, non torna utile alla ricorrente invocare la determinazione dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici 10.10.2012, n. 4, poiché essa, dissertando di cause di esclusione “*dei concorrenti*” dalle procedure di gara, si è limitata ad osservare che “*la presentazione di una cauzione dimidiata senza che il possesso della certificazione di qualità venga debitamente dichiarato e documentato costituisce causa di esclusione*” e che “*è ammissibile consentire al concorrente di integrare la documentazione attestante il possesso della certificazione, qualora questa sia stata segnalata, purché sussistente al momento della scadenza del termine per la presentazione delle offerte/ domanda di partecipazione*”. Nemmeno l'Autorità ha dunque ritenuto di diramare indicazioni interpretative volte a sostenere la necessità che anche l'impresa ausiliaria debba possedere il certificato del sistema di qualità aziendale affinché il concorrente ausiliato possa beneficiare del dimezzamento della cauzione.

Il primo mezzo introdotto deve essere pertanto respinto.

7. Identica sorte spetta al secondo motivo, con il quale il Consorzio ricorrente lamenta la mancata esclusione dell'impresa aggiudicataria sul rilievo che essa ha presentato la cauzione provvisoria datata 9.8.2012, ed anche la successiva appendice del 27.8.2012, non indicando nel documento la sua partecipazione alla gara in avvalimento con l'ausiliaria Girardi Termosanitari.

A detta della ricorrente, se la funzione della cauzione è la liquidazione preventiva e forfetaria del danno qualora non si addivenga alla

stipulazione del contratto per causa imputabile al concorrente, e posto che anche l'impresa ausiliaria fornisce una serie di dichiarazioni che, se non veritiere, impediscono la stipulazione del contratto al pari delle dichiarazioni fornite dall'impresa avvalente, di conseguenza anche il documento costitutivo della garanzia provvisoria non potrebbe che essere intestato anche all'ausiliario: a discapito - in caso contrario - di un'evidente carenza di garanzia per la Stazione appaltante.

8. Il Collegio non condivide questa tesi.

Deve essere innanzitutto ribadito che nessuna disposizione di gara menzionava l'obbligo di includere nell'intestazione della cauzione provvisoria, tra gli obbligati, anche i nominativi delle eventuali imprese ausiliarie.

Non dispone in tal senso nemmeno l'art. 58.27 della l.p. n. 26 del 1993, letto in combinato disposto con l'art. 49 del D.Lgs. n. 163 del 2006, laddove, dopo aver introdotto il regime di responsabilità solidale tra l'impresa avvalente e quella ausiliaria (comma 4), precisa che solo gli obblighi previsti dalla normativa antimafia a carico del concorrente si applichino anche nei confronti del soggetto ausiliario (comma 5), e che il contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, solo alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione dei lavori (comma 10).

È dunque lo stesso legislatore ad individuare nell'impresa avvalente l'unico soggetto titolare del contratto di appalto. Da ciò discende che non si può affermare, con un'operazione di interpretazione estensiva,

che l'onere cauzionale debba gravare anche su di un soggetto ulteriore, qual è l'impresa ausiliaria, in ordine alla quale rileva invece il rapporto contrattuale con l'avvalente.

In tal senso, salvo qualche isolata ma risalente pronuncia, si è espressa la più recente giurisprudenza di primo grado, chiarendo testualmente come *“l'impresa ausiliaria non è tenuta a prestare cauzione provvisoria”* (cfr., T.A.R. Sicilia, Catania, sez. IV, 16.1.2013, n. 27; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 10.4.2012, n. 1046; T.A.R. Veneto, sez. I, 18.11.2011, n. 1656 e 10.1.2011, n. 12; T.A.R. Sardegna, sez. I, 17.3.2010, n. 337; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 3.12.2009, n. 12455).

Da ultimo, anche il Consiglio di Stato, confermando la citata sentenza dal T.A.R. Veneto n. 1656 del 2011, ha osservato che né l'art. 75 né l'art. 49 del Codice dei contratti pubblici prevedono che la cauzione debba includere anche i soggetti ausiliari, ritenendo perciò *“illogica”* l'affermazione che l'onere cauzionale debba *“gravare (anche) su di un soggetto ulteriore e diverso ... in ordine al quale rileva solo il rapporto interno con l'avvalente medesimo, ferma restando la responsabilità solidale dell'ausiliario nei confronti dell'Amministrazione appaltante”* (cfr., sez. V, 14.2.2013, n. 911).

9. In conclusione, alla luce delle suesposte considerazioni il ricorso deve essere respinto.

10. Le spese del giudizio seguono la soccombenza e devono essere poste a carico della parte ricorrente nella misura liquidata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento (Sezione

Unica)

definitivamente pronunciando sul ricorso n. 320 del 2012

lo respinge.

Condanna Consorzio Emiliano Romagnolo Fra Le Cooperative di Produzione e Lavoro al pagamento delle spese del giudizio a favore sia del Comune di Condino, che liquida complessivamente in € 2.000,00 (duemila) oltre a I.V.A. e C.N.P.A., che della Società Green Scavi, che liquida complessivamente in € 2.000,00 (duemila) oltre a I.V.A. e C.N.P.A.

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

Così deciso in Trento nella camera di consiglio del giorno 9 maggio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Armando Pozzi, Presidente

Lorenzo Stevanato, Consigliere

Alma Chiettoni, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/05/2013

IL SEGRETARIO

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