

T.A.R. Palermo, (Sicilia) sez. II, 24/06/2024, n.2031

Fatto

FATTO E DIRITTO

1. La (*omissis*) S.r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria del costituendo Raggruppamento temporaneo d'impresе tra la stessa, l'Impresa (*omissis*) S.r.l. e la (*omissis*) S.r.l. agisce per l'annullamento del decreto dirigenziale n. 70 del 10 maggio 2024, con il quale l'Assessorato Regionale Territorio ed Ambiente della Regione Siciliana ha aggiudicato alla controinteressata (*omissis*) S.r.l. la gara per l'affidamento del servizio di aggiornamento speditivo dei layer di base della CTR 1:10.000 (anni 2012-2013) e strutturazione del database topografico dell'intero territorio della Regione Siciliana, isole minori comprese, tramite restituzione aerofotogrammetrica da fotogrammi AGEA. Con il medesimo mezzo di tutela sono stati impugnati anche la determina di aggiudicazione provvisoria n. 232 del 6 dicembre 2023, gli atti ed i verbali di gara, nonché la nota prot. 18173 del 5 dicembre 2023 con la quale il RUP ha comunicato l'approvazione dei citati verbali di gara.

2. Espone la ricorrente di aver partecipato all'appalto per cui è causa, il cui importo complessivo era pari ad euro 770.238,44 di cui euro 567.336,00 per servizi a base d'asta ed euro 202.902,44 per IVA e somme a disposizione dell'Amministrazione. La gara si è svolta con procedura aperta, ai sensi dell'art. 60 del D.lgs. n. 50/2016, ed il criterio di aggiudicazione adottato è stato quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità-prezzo ai sensi dell'art. 95, comma 3, del medesimo codice dei contratti.

3. Alla procedura competitiva hanno partecipato due concorrenti oltre alla ricorrente: la (*omissis*) S.r.l. a socio unico e la (*omissis*) S.r.l.

Espletata la procedura di gara, in esito alla valutazione delle offerte pervenute, l'odierna ricorrente veniva collocata al secondo posto della graduatoria con 87,733 punti, di cui 57,735 per l'offerta tecnica e 30,000 per la offerta economica, che recava un ribasso del 24,001%.

Al primo posto veniva invece gradata l'odierna controinteressata (*omissis*)S.r.l., che totalizzava 89,681 punti, di cui 70,000 per l'offerta tecnica e 19,681 per l'offerta economica, che recava un ribasso del 10,33%. Terza classificata è risultata, infine la (*omissis*) s.r.l., cui vennero attribuiti complessivamente punti 71,834.

4. Per chiedere l'annullamento del decreto di aggiudicazione n. 70 del 10 maggio 2024 e degli atti ad esso prodromici è insorta la ricorrente con il ricorso introduttivo del presente giudizio, notificato l'1 giugno 2024 e depositato il 10 giugno successivo.

L'impugnazione è affidata alle seguenti censure:

4.1. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 11 comma 3 e dell'art. 12 del disciplinare di gara - Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 89, comma 1, ultimo cpv, del d.lgs. n. 50/2016. Nullità del contratto di avvalimento - Eccesso di potere per difetto di istruttoria, difetto dei presupposti.

Con il primo motivo la ricorrente denuncia la nullità del contratto di avvalimento stipulato dall'aggiudicataria con la ditta Stereocarto Iberoamerica S.l., mercé il quale la controinteressata ha acquisito i requisiti professionali richiesti per la partecipazione alla gara, e relativi alla realizzazione di una cartografia tecnica numerica e/o db topografico in scala 1:10.000 e/o 1:5.000 e/o 1:2.000 per una superficie complessiva di almeno 200.000 ettari, di cui almeno un servizio riferito ad una superficie minima di 100.000 ettari. Mancherebbe nel citato contratto di avvalimento l'indicazione dei mezzi messi a disposizione dell'ausiliata (mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti), sicché il contratto in parola sarebbe nullo, a mente dell'art. 89 del codice e dello stesso art. 11, ultimo comma, del disciplinare di gara. Sottolinea inoltre la ricorrente che l'offerta dell'aggiudicataria non potrebbe essere ammessa neanche riqualificando l'intervento operativo della ditta Stereocarto come subappalto, stante l'espresso divieto di cui all'art. 12 del disciplinare.

4.2. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 89, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016, sotto altro profilo. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, difetto dei presupposti.

Con il secondo motivo di ricorso, la ricorrente lamenta sotto diverso profilo la violazione dell'art. 89 del codice dei contratti atteso che nella fattispecie mancherebbe la dichiarazione dell'impresa ausiliaria con la quale questa ultima, a norma della citata disposizione, si obbliga verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente, non essendo sufficiente la relativa dichiarazione contenuta nel contratto di avvalimento.

4.3. Contratto a titolo gratuito/mancata indicazione del corrispettivo: nullità del contratto di avvalimento.

Con il terzo motivo parte ricorrente denuncia la nullità per mancanza di causa del contratto di avvalimento in parola atteso che, mentre per giurisprudenza costante tale contratto sarebbe di per sé oneroso dovendo necessariamente prevedere un puntuale corrispettivo economico, nella fattispecie il contratto di avvalimento tra l'aggiudicataria e la ditta ausiliaria è espressamente qualificato come a titolo gratuito.

4.4. Incertezza assoluta sugli estremi identificativi dell'Impresa ausiliaria: Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 89, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, contraddittorietà, perplessità.

Con il quarto motivo, denuncia la ricorrente che dalla documentazione di gara non risulterebbero, o sarebbero contraddittori, i dati identificativi della società ausiliaria, non coincidendo il numero della partita IVA indicato nel DGUE e quello segnalato nella dichiarazione di avvalimento.

4.5. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 9.3 comma 2 del disciplinare di gara. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 83, del d.lgs. n. 50/2016. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, difetto dei presupposti.

Con il quinto motivo parte ricorrente lamenta invece la violazione dell'art. 9.3 del disciplinare, non avendo provveduto l'aggiudicataria e neanche la ditta ausiliaria a produrre le certificazioni attestanti la sussistenza dei requisiti professionali richiesti per partecipare alla selezione.

4.6. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 9.3 del disciplinare di gara. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 83, del d.lgs. n. 50/2016, sotto altro profilo. Violazione dell'art. 80, co. 5, lett. c-bis e f-bis del d.lgs. 50/2016. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, difetto dei presupposti.

Con il sesto motivo, parte ricorrente contesta la sussistenza in capo all'aggiudicataria dell'ulteriore requisito tecnico minimo di partecipazione relativo all'aver svolto servizi analoghi a quelli messi a gara per una superficie complessiva di almeno 200.000 ettari, di cui almeno uno riferito ad una superficie minima di 100.000 ettari.

4.7. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 9.5 del disciplinare di gara. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, difetto dei presupposti.

Con il settimo motivo la ricorrente si duole della violazione dell'art. 9.5. del disciplinare di gara, denunciando che l'aggiudicataria non avrebbe ottemperato alle regole di gara concernenti l'indicazione delle figure professionali necessarie per lo svolgimento del servizio.

4.8. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 15, 16, 17 del disciplinare di gara. Violazione art. 83 comma 9 del d.lgs. n. 50/2016. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, difetto dei presupposti.

Con l'ottavo motivo, da ultimo, parte ricorrente lamenta che l'aggiudicataria non avrebbe consegnato alla Commissione di gara la documentazione richiesta in sede di soccorso istruttorio, ed avrebbe dovuto essere pertanto esclusa.

5. In data 12 giugno 2024 si è costituita in giudizio l'Amministrazione intimata, che peraltro non ha articolato difese scritte.

Con memoria del 18 giugno 2024 l'aggiudicataria ha invece chiesto il rigetto del ricorso.

Alla camera di consiglio del 20 giugno 2024, presenti i difensori delle parti, come da verbale, dopo una breve discussione il Presidente del Collegio ha dato avviso della possibile definizione del giudizio con sentenza in forma semplificata, e la causa Ã¨ stata posta in decisione.

6. Il Collegio ritiene di poter definire il presente giudizio con sentenza redatta in forma semplificata, sussistendone i presupposti di legge (art. 60 e art. 120 comma 6, nonché artt. 49 e 74 c.p.a.).

Il primo motivo di ricorso Ã¨ fondato ed assorbente.

6.1. Preliminarmente va rilevato che, contrariamente a quanto sostenuto dall'aggiudicataria, il contratto di avvalimento stipulato tra questa ultima e la ditta (*omissis*) S.l., rientra senz'altro nella tipologia dell'avvalimento c.d. operativo poichÃ© lâ€™ausiliaria si Ã¨ impegnata a prestare requisiti di capacitÃ tecnico-professionale (giurisprudenza costante, cfr. per tutte Consiglio di Stato, sez. IV, 11 novembre 2020, n. 6932 e, da ultimo, Consiglio di Stato, sez. V, 21 febbraio 2023, n. 1781).

Osserva il Collegio che la distinzione fra avvalimento di garanzia e avvalimento operativo orienta lâ€™interpretazione dell'art. 89, comma 1, del D.lgs. n. 50/2016, nella parte in cui commina la nullitÃ all'omessa specificazione dei requisiti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria.

A differenza dell'avvalimento operativo, quello di garanzia non implica necessariamente il coinvolgimento di aspetti specifici dell'organizzazione della impresa, ed assolve alla funzione di garantire lâ€™impresa ausiliata con le risorse economiche dell'ausiliaria, il cui indice Ã¨ costituito dal fatturato (Consiglio di Stato, sez. V, 12 febbraio 2020, n. 1120), munendo cosÃ¬ la prima di un requisito che altrimenti non avrebbe e consentendole di accedere alla gara nel rispetto delle condizioni poste dal bando. In sostanza sono oggetto di avvalimento di garanzia i requisiti di capacitÃ economica e finanziaria (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 10 aprile 2020 n. 2359) prescritti dalle regole di gara.

Tanto premesso, consolidata giurisprudenza amministrativa evidenzia che la regola della puntuale indicazione, nel contratto di avvalimento, delle risorse in concreto prestate e della necessaria specificitÃ della dichiarazione resa in tal senso trova piena e incondizionata applicazione nel caso dell'avvalimento tecnico od operativo e non in quello dell'avvalimento di garanzia, (cfr. C.G.A.R.S. 19 luglio 2021, n. 722).

Lâ€™indagine in ordine agli elementi essenziali dell'avvalimento operativo deve poi essere svolta sulla base delle generali regole sull'ermeneutica contrattuale e, in particolare, secondo i canoni enunciati dal codice civile di interpretazione complessiva e secondo buona fede delle clausole contrattuali (artt. 1363 e 1367 c.c.).

L'interpretazione del contratto di avvalimento, inoltre, non soggiace a rigidi formalismi (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 20 luglio 2021, n. 5464), sicché non è possibile fare ricorso ad aprioristici schematismi concettuali che possano irrigidire la disciplina sostanziale della gara (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 22 ottobre 2015, n. 4860), dovendo, viceversa, ritenersi valido il contratto di avvalimento nell'ipotesi in cui l'oggetto, pur non essendo puntualmente determinato, sia tuttavia agevolmente determinabile dal tenore complessivo del documento (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 4 novembre 2016, n. 23).

In sostanza, la verifica dell'idoneità del contratto di avvalimento ad attestare il possesso dei relativi titoli partecipativi va svolta in concreto, avuto riguardo al tenore testuale dell'atto ed alla sua idoneità ad assolvere la precipua funzione assegnata all'istituto (cfr. Consiglio di Stato, 3 maggio 2017, n. 2022).

Sulla base di tali rilievi, l'indirizzo prevalente della giurisprudenza amministrativa, dal quale non vi sono ragioni per discostarsi nella vicenda all'esame, ritiene che il contratto di avvalimento non deve quindi necessariamente spingersi fino alla rigida quantificazione dei mezzi operativi, all'esatta indicazione delle qualifiche del personale messo a disposizione, ovvero alla indicazione numerica dello stesso personale; sebbene l'assetto negoziale debba consentire quantomeno l'individuazione delle esatte funzioni che l'impresa ausiliaria andrà a svolgere, direttamente o in ausilio dell'impresa ausiliata, e i parametri cui rapportare le risorse messe a disposizione (Consiglio di Stato, sez. IV, 26 luglio 2017, n. 3682).

Il contratto di avvalimento, inoltre, deve prevedere la messa a disposizione di personale qualificato, specificando i criteri per la quantificazione delle risorse e/o dei mezzi forniti per la diretta esecuzione del servizio (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 30 marzo 2023, n. 3300).

È stato anche osservato che l'ausiliaria deve mettere a disposizione le (sole) risorse di cui è carente l'impresa ausiliata, considerato anche che, in base all'art. 89 comma 8 del d. lgs. n. 50 del 2016, il contratto in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione, e l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati. È infatti solamente l'impresa avvalente che rimane la controparte contrattuale della stazione appaltante, mentre l'ausiliaria si limita a mettere a disposizione le risorse e i mezzi di cui l'ausiliaria è carente per l'esecuzione della particolare fase della lavorazione fermo restando la responsabilità solidale nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice (Cons. St., sez. V, 6 dicembre 2021 n. 8073).

Ciò che rileva in conclusione è che il contratto di avvalimento contenga l'impegno dell'impresa ausiliaria a prestare il proprio apparato organizzativo, indichi i mezzi aziendali messi a disposizione dell'ausiliata per eseguire l'appalto, preveda la diretta assunzione della responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante (C.G.A.R.S., 29 dicembre

2022, n. 1322).

6.2. Tanto premesso in linea generale, ad avviso del Collegio nella vicenda all'esame il contratto di avvalimento stipulato dalla controinteressata non rispetta quanto richiesto dal citato art. 89, comma 1, del D.lgs. n. 50/2016.

Il contratto in parola (allegato 012 del deposito originale) si limita, infatti, a prevedere a carico dell'ausiliaria l'impegno a consentire alla ditta aggiudicataria l'utilizzazione dei requisiti professionali previsti per la partecipazione alla gara, relativi alla realizzazione di una cartografia tecnica numerica e/o db topografico in scala 1:10.000 e/o 1:5.000 e/o 1:2.000 per una superficie complessiva di almeno 200.000 ettari, di cui almeno un servizio riferito ad una superficie minima di 100.000 ettari.

Il contratto per² non reca l'impegno dell'impresa ausiliaria a prestare il proprio apparato organizzativo, non indica i mezzi aziendali messi a disposizione dell'ausiliata per eseguire l'appalto e non prevede la diretta assunzione della responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante (cfr. C.G.A.R.S., 29 dicembre 2022, n. 1322 gi citata). In sintesi, il contratto di avvalimento concluso dalla (omissis) S.r.l. con la ditta (omissis) S.l. risulta del tutto carente degli elementi essenziali richiesti dalla giurisprudenza in precedenza citata, non recando alcuna indicazione circa specifiche risorse umane o strumentali messe a disposizione dall'ausiliaria per l'esecuzione della commessa. Coglie inoltre nel segno la difesa della ricorrente nel sottolineare l'impossibilità di riqualificare l'intervento operativo della ditta ausiliaria come subappalto, a tale possibilità, per altro non prospettata dalla difesa dell'aggiudicataria, osta infatti l'espresso divieto di subappalto di cui all'art. 12 del disciplinare di gara.

7. In conclusione, per le ragioni esposte e con assorbimento delle ulteriori censure il ricorso va accolto e, per l'effetto, va disposto l'annullamento dell'avverso provvedimento di aggiudicazione.

8. Le spese seguono la soccombenza e pertanto nella misura indicata in dispositivo vanno poste in solido a carico delle parti intime.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla il provvedimento impugnato. Condanna le parti intime, in solido, al pagamento, in favore della parte ricorrente delle spese di lite che liquida in euro 3.000,00 (tremila/00), oltre oneri di legge e rimborso del contributo unificato.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 20 giugno 2024 con l'intervento dei magistrati:

(omissis), Presidente

(omissis), Primo Referendario, Estensore

(omissis), Referendario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 24 GIU. 2024.

Campi meta

Giurispedia.it

Massima : *La distinzione fra avvalimento di garanzia e avvalimento operativo orienta l'interpretazione dell'art. 89, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016, nella parte in cui commina la nullità all'omessa specificazione dei requisiti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria. A differenza dell'avvalimento operativo, quello di garanzia non implica necessariamente il coinvolgimento di aspetti specifici dell'organizzazione della impresa, ed assolve alla funzione di garantire l'impresa ausiliata con le risorse economiche dell'ausiliaria, il cui indice "costituito dal fatturato, munendo così la prima di un requisito che altrimenti non avrebbe e consentendole di accedere alla gara nel rispetto delle condizioni poste dal bando. La regola della puntuale indicazione, nel contratto di avvalimento, delle risorse in concreto prestate e della necessaria specificità della dichiarazione resa in tal senso trova piena e incondizionata applicazione nel caso dell'avvalimento tecnico od operativo e non in quello dell'avvalimento di garanzia. In tal caso, il contratto di avvalimento non deve necessariamente spingersi fino alla rigida quantificazione dei mezzi d'opera, all'esatta indicazione delle qualifiche del personale messo a disposizione, ovvero alla indicazione numerica dello stesso personale; sebbene l'assetto negoziale debba consentire quantomeno l'individuazione delle esatte funzioni che l'impresa ausiliaria andrà a svolgere, direttamente o in ausilio dell'impresa ausiliata, e i parametri cui rapportare le risorse messe a disposizione.*

Supporto Alla Lettura :

AVVALIMENTO

Con avvalimento (**disciplinato dall'art. 104 d.lgs. 36/2023**) si intende il contratto, da redigere in forma scritta a pena nullità, normalmente oneroso, tramite cui un determinato operatore economico, sprovvisto dei requisiti tecnici, economici o finanziari, può prendere comunque parte alla procedura di gara tramite il "prestito" degli stessi da parte di altro operatore (impresa ausiliaria) che invece siffatti requisiti possiede. L'istituto dell'avvalimento realizza il principio di massima partecipazione alla gara, impedendo l'esclusione di un operatore privo dei requisiti prescritti nella *lex specialis*. Sul piano strutturale, l'avvalimento si concreta nella "messa a disposizione", a favore dell'impresa "ausiliata", da parte dell'impresa ausiliaria, dei requisiti di carattere economico, finanziario e tecnico, organizzativo, necessari per la valida partecipazione ad una procedura di affidamento di un contratto di appalto o di concessione, o per l'ottenimento dell'attestazione di qualificazione. Messa a disposizione che, almeno di regola, ha luogo in cambio di un corrispettivo in denaro o di altra utilità di natura patrimoniale.