

N. 00631/2011 REG.PROV.COLL.
N. 01395/2010 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1395 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

ASPERIA S.R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Gianluca Rossitto e Bruno Sarzotti, con domicilio eletto presso l'avv. Bruno Sarzotti in Torino, corso Re Umberto, 27;

contro

COMUNE DI CASALE MONFERRATO, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Giuseppe Greppi, Paolo Monti e Giorgio Razeto, con domicilio eletto presso l'avv. Antonio Fiore in Torino, corso Alcide De Gasperi, 21;

nei confronti di

FIRMITAS S.R.L. e DITTA INDIVIDUALE D.G. DI DE GASPARI GIANLUCA, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentate e difese dagli avv. Vittorio Barosio e Fabio Dell'Anna, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Vittorio Barosio in Torino, corso

G. Ferraris, 120;

CONSORZIO STABILE ALMA, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituito

per l'annullamento

della determinazione dirigenziale Settore Gestione Urbana e Territoriale numero 1139 del 19/10/2010, comunicata con nota fax del 20/10/2010 che aggiudica in via definitiva i lavori di recupero, riuso e riqualificazione funzionale del castello di Casale Monferrato in favore dell'Ati Firmitas srl - D.G. di De Gasperi Gianluca;

dei presupposti ed approvati verbali di gara stesi nelle sedute del 24 giugno, 2 e 23 luglio, 3 e 30 agosto, 3 settembre, 8 e 13 ottobre 2010 della Commissione Giudicatrice, nella parte in cui l'ATI FIRMITAS srl - D.G. Di De Gasperi Gianluca è stata ammessa alla procedura di gara e poi dichiarata aggiudicataria;

d'ogni altro atto o provvedimento, precedente o successivo, comunque connesso, presupposto e/o consequenziale, compreso il bando ed il disciplinare di gara

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Casale Monferrato e dell'ATI Firmitas S.r.l. con Ditta Individuale D.G. di De Gasperi Gianluca;

Visti il ricorso incidentale e i successivi motivi aggiunti proposti dall'ATI Firmitas;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 120, co. 9, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 maggio 2011 il dott. Ariberto Sabino Limongelli e sentiti l'avv. Sarzotti per la parte ricorrente; l'avv. Stefano Fiore, su delega dell'avv. Greppi, per il Comune resistente e l'avv. Dell'Anna per la controinteressata Firmitas srl.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Il Comune di Casale Monferrato ha bandito una gara, nel maggio 2010, per l'affidamento dei lavori di recupero riuso e riqualificazione funzionale del Castello di Casale Monferrato, per un importo a base di gara di € 1.717.263,96.
2. Il bando ha previsto lo svolgimento della gara mediante procedura aperta con aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa.
3. Il bando ha altresì specificato la categoria prevalente dei lavori oggetto dell'appalto ("OG2 – classifica IV – Restauro e manutenzione beni immobili sottoposti a tutela") e ha prescritto il possesso, in capo a ciascun concorrente, "di attestazione SOA adeguata alla categoria prevalente".
4. Il disciplinare di gara, nell'ammettere il ricorso all'istituto dell'avvalimento di cui all'art. 49 del D. Lgs. 163/2006, ha precisato che, in tal caso, l'impresa avvalente avrebbe dovuto presentare, "a pena di esclusione", tra l'altro, "il contratto...in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie, dettagliatamente indicate, per tutta la durata dell'appalto", nonché una "dichiarazione sottoscritta dal legale rappresentante con cui l'impresa ausiliaria si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente".
5. Alla gara hanno partecipato undici concorrenti, uno dei quali è stato escluso.
6. All'esito della valutazione delle offerte tecniche ed economiche, con determinazione del responsabile del settore n. 1139 del 19.10.2010 la gara è stata aggiudicata in via definitiva all'associazione temporanea di imprese composta da Firmitas s.r.l. (mandataria capogruppo) e D.G. di De Gaspari Gianluca (mandante), che ha conseguito un punteggio complessivo di

86,25/1000. Al secondo posto si è classificata la società Asperia s.r.l., con punti 86,15/100.

7. Quest'ultima, con ricorso ritualmente proposto, ha impugnato dinanzi a questo Tribunale la predetta determinazione di aggiudicazione definitiva e i verbali di gara indicati in epigrafe e ne ha invocato l'annullamento, previa sospensione, sulla base di due motivi, con i quali ha dedotto censure di violazione di legge e di eccesso di potere sotto plurimi profili.

In particolare:

I) Con il primo motivo, la ricorrente ha dedotto la violazione e la falsa applicazione degli artt. 36, 40 e 49 del Codice dei Contratti, degli artt. 4, 10 e 14 lett. A) del bando e del disciplinare di gara; la violazione "della legge 241/90 e della par condicio", nonché vizi di eccesso di potere per carenza di presupposti, contraddittorietà manifesta e disparità di trattamento.

Secondo la ricorrente, l'ATI Firmitas avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara dal momento la stessa, essendo priva dell'attestazione SOA richiesta dal bando per la categoria prevalente dei lavori appaltati (OG 2 Classifica IV – Restauro e Manutenzione beni immobili sottoposti a tutela) ha partecipato alla gara "avvalendosi" del Consorzio Stabile AL.MA. di Caserta. Senonchè, contrariamente a quanto previsto dalla legge (art. 49 Codice dei Contratti) e dal disciplinare di gara (art. 4 ultimo comma), il contratto di avvalimento prodotto in gara dall'interessata non indicava "dettagliatamente" le risorse oggetto di avvalimento, ma si limitava a contenere un generico impegno dell'impresa ausiliaria a mettere a disposizione la sola attestazione SOA. Tale circostanza, secondo la ricorrente, non sarebbe casuale: il Consorzio AL.MA è una "scatola vuota", priva di dipendenti, di beni aziendali e di un'effettiva organizzazione, essendosi costituito con l'unico scopo di dar vita ad un "mercato" (una sorta di "avvalificio") delle attestazioni SOA. Ha aggiunto la ricorrente che la mancata esclusione dell'ATI Firmitas sarebbe altresì contraddittoria dal

momento che la stessa commissione di gara, nella seduta del 02.07.2010, ha escluso un'altra concorrente proprio per la ragione denunciata dalla ricorrente (motivando l'esclusione sul rilievo che "...manca dunque l'impegno...in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a mettere a disposizione le risorse per tutta la durata dell'appalto", sicchè "il contratto di avvalimento si limita a una formale messa a disposizione del requisito SOA...").

II) Con il secondo motivo, la ricorrente ha denunciato la violazione degli articoli 83 e 88 del Codice dei Contratti, del punto 12 del bando di gara e del capo 2 del disciplinare, nonché, più in generale, dei principi generali di cui alla legge 241/90 e dei canoni di imparzialità e buon andamento dell'attività amministrativa, nonché vizi di eccesso di potere per carenza di presupposti.

I vizi denunciati con tale motivo attengono al "cronoprogramma" allegato dall'ATI Firmitas alla propria offerta, in relazione al quale la medesima ha conseguito il punteggio massimo previsto dal bando (25 punti), a fronte del minor punteggio conseguito dalla ricorrente (punti 20,650): la censura sarebbe dunque rilevante dal momento che lo scarto tra il punteggio complessivo conseguito dall'aggiudicataria e quello conseguito dalla ricorrente è di pochi decimi.

Secondo la ricorrente, il cronoprogramma prodotto dall'ATI aggiudicataria sarebbe affetto da molteplici irregolarità. In particolare, detto cronoprogramma:

- non era stato redatto, originariamente, secondo le modalità prescritte dal bando "a pena di esclusione", ossia suddividendo i lavori in tre fasi, e nondimeno la commissione di gara, inspiegabilmente, anziché escludere la concorrente dalla gara, le ha consentito di produrre un nuovo cronoprogramma, emendato da quel vizio iniziale;
- ha previsto la realizzazione dei lavori in 326 giorni con una forza

giornaliera di 10 unità lavorative (a fronte dei 550 giorni stabiliti dal bando di gara e dal capitolato con una forza lavoro giornaliera di 7 unità lavorative), ma i due valori sono tra loro contraddittori, perché per realizzare i lavori in 326 giorni sarebbe necessaria una presenza media giornaliera di 20 unità lavorative estesa anche alle giornate di sabato e domenica (in violazione della contrattazione collettiva di settore); e parimenti, per realizzare i lavori con 10 unità lavorative giornaliere sarebbero necessari (non 326, ma) 652 giorni, termine persino superiore a quello massimo previsto dalla legge di gara;

- ha sovrapposto le tre fasi di esecuzione dei lavori, in violazione di una precisa prescrizione del disciplinare di gara, che invece prevedeva che le tre fasi dovessero essere realizzate l'una di seguito all'altra;

- è stato redatto, nel complesso, in modo contraddittorio, non serio e non affidabile, e quindi non suscettibile di superare la verifica di congruità dell'offerta di cui all'art. 88 del Codice dei Contratti.

8. Con successivo atto per motivi aggiunti ritualmente proposto, la ricorrente ha esteso l'impugnazione alla nota in data 24.11.2010 prot. n. 37675 con cui il responsabile del procedimento della stazione appaltante ha comunicato all'interessata di non ritenere sussistenti i presupposti per assumere i provvedimenti in autotutela sollecitati dalla ricorrente con l'"informativa" ex art. 243 bis del Codice dei Contratti notificata il 12.11.2010.

Avverso il predetto atto il ricorrente ha proposto censure analoghe a quelle formulate con il ricorso introduttivo, in parte quali vizi di "illegittimità derivata", in parte quali vizi "propri".

9. Si sono costituiti il Comune di Casale Monferrato e la controinteressata ATI Firmitas, resistendo al gravame con articolate difese.

10. L'ATI Firmitas ha altresì proposto ricorso incidentale, lamentando la mancata esclusione dalla gara della ricorrente principale sulla base di un

unico articolato motivo, con il quale ha lamentato la violazione della lex specialis di gara sotto plurimi profili nonché dei principi giurisprudenziali in materia di indeterminatezza, contraddittorietà, non serietà e non adeguatezza dell'offerta del concorrente.

La ricorrente incidentale ha premesso che il disciplinare di gara aveva prescritto che l'offerta tecnica specificasse, tra l'altro, il termine entro cui il concorrente si impegnava a ultimare i lavori; che, a tal fine, la relazione tecnica dovesse contenere, in allegato, un cronoprogramma dei lavori; che lo stesso disciplinare prevedeva che “ la mancata presentazione della suddetta documentazione [avrebbe comportato] l'esclusione dell'impresa dalla gara, non consentendo l'attribuzione del relativo punteggio”.

Ciò premesso, la ricorrente incidentale ha sostenuto che ASPERIA non avrebbe osservato “le modalità di presentazione dell'offerta tecnica” previste dalla legge di gara “a pena di esclusione”; ha sostenuto, in particolare, che vi sarebbero diverse contraddizioni tra quanto dichiarato dalla concorrente nella propria offerta tecnica e quanto dichiarato nell'allegato cronoprogramma, vale a dire:

- in primo luogo, nella relazione tecnica allegata all'offerta di Asperia si afferma che i lavori sarebbero stati ultimati in 365 giorni; nel cronoprogramma, invece, se si sommano tutte le singole microfasi, si ottiene un tempo complessivo di 372 giorni (Asperia avrebbe errato nel computare i vari periodi: ad esempio, dal 02.05.2011 al 27.06.2011 sono 57 giorni consecutivi, non 56; e così via...); tale contraddizione avrebbe dovuto comportare l'esclusione di Asperia, o comunque la non attribuzione del punteggio per l'elemento C (“tempo di esecuzione”), sicchè la stessa avrebbe dovuto conseguire soltanto 65,50 punti, insufficienti a consentirle di ottenere l'aggiudicazione della gara, a fronte del punteggio di 86,25 punti conseguito dall'ATI Firmitas;
- in secondo luogo, in relazione alle unità di personale necessarie per giorno

di lavoro, Asperia ha indicato nel cronoprogramma che avrebbe eseguito i lavori in 25.488 ore lavorative; da questo dato si ottiene, attraverso un semplice conteggio matematico, che il numero di unità di personale occorrente per ogni giorno di lavoro è di 8,73 (anzi, 8,56 considerando che il calcolo andrebbe effettuato spalmando il dato relativo alle ore lavorative su 372 giorni e non su 356); quest'ultimo dato si pone in contraddizione con quello di 10 unità di personale giornaliero indicato dalla stessa concorrente nella propria relazione tecnica;

- in terzo luogo, nella propria relazione tecnica Asperia aggiunge che “la forza lavoro prevista direttamente alle dipendenze della scrivente sarà di 10 persone” e che a queste ultime “verranno affiancati, secondo le esigenze, le imprese subappaltatrici e i lavoratori autonomi che a seconda delle fasi lavorative saranno presenti in cantiere”; secondo la ricorrente incidentale, quest'ultima affermazione sarebbe generica e renderebbe l'offerta indeterminata e indeterminabile.

Alla stregua di tali censure, secondo la ricorrente incidentale l'offerta della concorrente Asperia avrebbe dovuto essere esclusa o quantomeno beneficiare di un minor punteggio in relazione all'elemento “tempo”.

11. Con successivi motivi aggiunti al ricorso incidentale l'ATI Firmitas ha impugnato il bando e il disciplinare di gara nella parte in cui prevedono che, in caso di avvalimento, i requisiti e le risorse necessarie messe a disposizione dall'impresa ausiliaria per tutta la durata dell'appalto debbano essere “dettagliatamente indicate” nel relativo contratto.

Tale specificazione, secondo la ricorrente, sarebbe illegittima: a) per violazione dell'art. 49 del Codice dei Contratti, che non prevede alcun obbligo di specificazione “dettagliata” delle predette risorse; b) per violazione dei principi di economicità, proporzionalità e di divieto di aggravio del procedimento, posto che l'interesse a cui tende l'amministrazione sarebbe già sufficientemente soddisfatto dall'impegno

dell'impresa ausiliaria a mettere a disposizione dell'impresa avvalente "le risorse", ossia, nel caso di specie, "l'attestazione SOA"; c) per irragionevolezza e disparità di trattamento, dal momento che, interpretata nel senso preteso dalla ricorrente principale, la legge di gara finirebbe per richiedere ai concorrenti che si avvalgono di una SOA altrui un adempimento (l'indicazione "dettagliata" delle risorse sottostanti) che non è invece richiesto ai concorrenti che possiedono in proprio il medesimo requisito.

12. In prossimità della camera di consiglio fissata per la trattazione dell'istanza cautelare, le ricorrenti principale ed incidentale hanno depositato nuove memorie.

13. Con ordinanza n. 2/11 in data 14.01.2005 la Sezione ha accolto la domanda cautelare proposta dalla ricorrente principale e fissato l'udienza di merito per il giorno 24.03.2011.

14. In prossimità di quest'ultima, la difesa della ricorrente incidentale ha depositato una "memoria conclusiva".

15. In esito all'udienza pubblica del 24.03.2011, con ordinanza n. 283/11 in data 25.03.2011, la Sezione ha disposto ulteriori incombeni istruttori, ottemperati dall'Amministrazione il 07.04 successivo.

16. In prossimità della nuova udienza di merito del 26.05.2011, le difese della ricorrente principale e della ricorrente incidentale hanno depositato ulteriori memorie.

17. Infine, all'udienza pubblica del 26 maggio 2011, sentiti l'avv. Sarzotti per la parte ricorrente; l'avv. Stefano Fiore, su delega dell'avv. Greppi, per il Comune resistente e l'avv. Dell'Anna per la controinteressata Firmitas srl., il collegio ha trattenuto la causa per la decisione.

DIRITTO

Nell'ordine di esame dei gravami, valutando il concreto contenuto delle questioni proposte e i caratteri complessivi della controversia (secondo

l'insegnamento di Ad. Plen. 07.04.2011 n.4), verranno esaminati nell'ordine:

a) il *ricorso principale*, il primo motivo del quale ha carattere pregiudiziale rispetto ad ogni ulteriore questione concernendo la stessa ammissione dell'ATI aggiudicataria alla procedura di gara, di modo che il suo accoglimento priverebbe quest'ultima della necessaria legittimazione a proporre il ricorso incidentale;

b) i *motivi aggiunti al ricorso incidentale*, che appaiono intimamente connessi al primo motivo del ricorso principale in quanto diretti a vanificarne l'eventuale accoglimento attraverso la proposizione di censure concernenti la legittimità della legge di gara;

c) da ultimo, il *ricorso incidentale*, il quale contiene censure relative ad asseriti vizi del cronoprogramma presentato in gara dalla ricorrente principale ed il cui accoglimento potrebbe al più implicare la rideterminazione del punteggio complessivo attribuito alla ricorrente principale ma non la sua esclusione dalla gara (l'esclusione essendo stata prevista dalla *lex specialis* solo per il caso di "mancata presentazione" del cronoprogramma, e non per il caso di mere irregolarità o imprecisioni dello stesso): sicchè, nel rapporto tra il gravame principale e quello incidentale, è il primo ad avere carattere "paralizzante" rispetto al secondo.

Ciò posto, si osserva quanto segue.

1. Il primo motivo del ricorso principale è fondato e va accolto.

1.1. L'art. 4 ultimo comma del disciplinare di gara, nell'ammettere il ricorso da parte dei concorrenti all'istituto dell'avvalimento di cui all'art. 49 del Codice dei Contratti, prescriveva che in tal caso l'impresa concorrente e l'impresa ausiliaria dovessero presentare "la documentazione indicata nell'allegato 1) al presente Disciplinare". A sua volta, l'allegato 1) al Disciplinare di gara disponeva che in caso di avvalimento il concorrente dovesse presentare, tra l'altro, "pena l'esclusione", il "contratto...in virtù

del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie, dettagliatamente indicate, per tutta la durata dell'appalto”..

1.2. La legge di gara prescriveva, dunque, che “le risorse necessarie” oggetto di avvalimento fossero “dettagliatamente indicate” nel relativo contratto, “pena l'esclusione” del concorrente dalla gara. L'inciso “dettagliatamente indicate” era evidenziato mediante sottolineatura.

Diversamente da quanto prescritto dalla lex specialis, l'ATI aggiudicataria ha prodotto in gara un contratto di avvalimento sottoscritto dalla capogruppo Firmitas s.r.l. (quale impresa avvalente) e dal Consorzio Stabile AL.MA (quale impresa ausiliaria) nel quale si prevede:

- che “L'impresa ausiliaria si impegna...a mettere a disposizione dell'impresa avvalente le seguenti risorse: “Attestazione SOA per le categorie OG2 classifica IV, OS28 classifica II e OS30 classifica III, rilasciata dalla ITALSOA S.p.A., n. 4636/58/01 in data 24.05.2010, valida fino al 04.09.2013” (punto 3);
- e che “Il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto” (punto 6).

1.3. Ritiene il collegio, in linea con la più recente giurisprudenza amministrativa, che tali pattuizioni non abbiano ottemperato alla predetta prescrizione del disciplinare di gara, la quale imponeva che le risorse oggetto di avvalimento fossero “dettagliatamente indicate” nel contratto di avvalimento, non potendosi intendere per “risorse” la stessa attestazione SOA, bensì le specifiche dotazioni aziendali ad essa sottostanti.

Al riguardo, è principio condiviso dalla Sezione quello secondo cui l'istituto dell'avvalimento previsto dall'art. 49 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, in linea generale, può anche essere utilizzato per dimostrare la disponibilità dei requisiti soggettivi di “qualità”, atteso che la disciplina del codice non

contiene alcuno specifico divieto in ordine ai requisiti soggettivi che possono essere comprovati mediante tale strumento, che assume una portata generale. In tal caso, tuttavia, è onere della concorrente dimostrare che l'impresa ausiliaria non si impegna semplicemente a "prestare" il requisito soggettivo richiesto, quale mero valore astratto, ma assume l'obbligazione di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata, in relazione all'esecuzione dell'appalto, le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità (a seconda dei casi: mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti).

In tal senso, di recente, *Consiglio di Stato, sez. III, 18 aprile 2011, n. 2344*.

In particolare, nella sentenza appena citata (che ha affrontato un caso del tutto analogo a quello qui in esame) è stato ritenuto che il contratto di avvalimento prodotto in sede di gara non poteva considerarsi sufficiente, atteso che esso si limitava a prevedere la disponibilità (generica e astratta) della certificazione ISO posseduta dall'impresa ausiliaria, accompagnata dall'assunzione di responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante. Non emergeva invece, in alcun modo, che il contratto prodotto in sede di gara stabilisse anche un chiaro impegno dell'impresa ausiliaria di fornire strutture, personale qualificato, tecniche operative, mezzi collegati alla qualità soggettiva concessa. Né poteva ritenersi che tale impegno comprendesse, implicitamente, anche quello relativo alla concreta "cessione" dei mezzi organizzativi correlati al conseguimento della certificazione. Detto obbligo esecutivo, poi, non derivava nemmeno dall'assunzione di responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante.

In senso analogo, sempre di recente, si sono pronunciati anche:

- *TAR Campania Napoli, sez. VIII, 25 febbraio 2011, n. 1209*, secondo cui "l'avvalimento dell'attestazione SOA sottende necessariamente una totale o

parziale carenza in capo all'impresa concorrente di risorse (economico-finanziarie e/o tecnico-organizzative) necessarie all'esecuzione dei lavori previsti in appalto e possedute dall'impresa ausiliaria; attraverso l'avvalimento, dette risorse, e non il mero documento certificativo della qualificazione all'esecuzione dei lavori pubblici (che delle prime costituisce la sintesi espressiva) devono essere messe a disposizione in tutto o in parte dell'impresa ausiliata, a seconda della relativa carenza”;

- *TAR Campania Napoli, sez. I sentenza 2 febbraio 2011 n. 644*, secondo cui “la messa a disposizione di requisiti (soggettivi ne astratti), cioè svincolata da qualsivoglia collegamento con risorse materiali o immateriali, snatura e stravolge l'istituto dell'avvalimento per piegarlo ad una logica di elusione dei requisiti stabiliti nel bando di gara”;

- *TAR Piemonte, sez. I, sentenza del 15.01.2010 n. 224*, secondo cui “non pare ammissibile ..che si crei una sorta di circolazione di certificazioni astratte” , e cioè che un'impresa la quale ottenga una certificazione di qualità “possa “prestare” indefinitamente tale certificazione a chiunque, senza contestualmente rendere parti di servizio né mettere a disposizione strutture organizzative, finendo per creare una “certificato” vuoto soggetto a circolazione indefinita ed altrettanto indefinitamente invocabile da terzi, pacificamente privi del requisito di qualità, senza ulteriori e contestuali legami tra impresa ausiliaria e ausiliata”.

1.4. Il collegio ritiene di dover confermare tali principi anche con riferimento al caso di specie: sicchè, parafrasando quanto affermato dal Consiglio di Stato nella pronuncia sopra citata – resa in fattispecie del tutto sovrapponibile a quella qui in esame - deve ritenersi che il contratto di avvalimento prodotto in sede di gara dall'ATI Firmitas non avrebbe dovuto essere considerato sufficiente dalla stazione appaltante, atteso che esso si limitava a prevedere la disponibilità (generica e astratta) dell'attestazione SOA posseduta dall'impresa ausiliaria, accompagnata dall'assunzione di

responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante, mentre non emergeva in alcun modo l'impegno dell'impresa ausiliaria di fornire strutture, personale qualificato, tecniche operative, mezzi collegati alla qualità soggettiva concessa; né poteva ritenersi che tale impegno comprendesse, implicitamente, anche quello relativo alla concreta "cessione" dei mezzi organizzativi correlati al conseguimento della certificazione; detto obbligo esecutivo, poi, non derivava nemmeno dall'assunzione di responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante.

1.5. Del resto, la clausola del disciplinare sopra richiamata era chiarissima nel prescrivere che le "risorse necessarie" oggetto di avvalimento fossero "dettagliatamente indicate" nel relativo contratto, ma tale prescrizione è stata del tutto disattesa dai contraenti, essendosi gli stessi limitati ad indicare come unica risorsa la sola attestazione SOA, anziché le concrete risorse aziendali ad essa sottostanti.

1.6. Detta clausola, peraltro, si sottrae alle censure di legittimità dedotte con i motivi aggiunti al ricorso incidentale, dal momento che essa:

- si pone in sintonia con l'art. 49 del Codice dei Contratti, così come interpretato dalla più recente giurisprudenza amministrativa sopra citata;
- non comporta un inutile aggravio del procedimento né violazione dei principi di economicità e proporzionalità dell'azione amministrativa, essendo invece ragionevolmente preordinata a garantire la stazione appaltante circa l'effettivo possesso da parte dell'impresa ausiliata, non del solo documento certificativo dell'astratta idoneità (di altra impresa) all'esecuzione di lavori pubblici, bensì dei concreti requisiti di capacità tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria prescritti dalla legge di gara e attestati da quella certificazione;
- non integra alcuna disparità di trattamento tra concorrenti, non essendo comparabile la situazione del concorrente che partecipi alla gara utilizzando

risorse “proprie” con quella del concorrente che, invece, vi partecipi utilizzando risorse “altrui”, dovendo a tal fine dimostrare di averne acquistato la concreta disponibilità sia giuridica che materiale.

2. Alla stregua delle considerazioni di cui sopra, sono fondati e vanno accolti il primo motivo del ricorso principale e i motivi aggiunti al medesimo gravame (nella parte concernente la proposizione dell'identica censura), ogni ulteriore doglianza potendosi ritenere assorbita; laddove i motivi aggiunti al ricorso incidentale proposti dall'ATI controinteressata sono infondati e vanno respinti per le ragioni appena esposte.

3. L'accoglimento del primo motivo del ricorso principale comporta, altresì, in ordine logico:

a) la declaratoria di illegittimità dell'ammissione dell'ATI Firmitas alla procedura di gara per mancanza del requisito di ammissione di cui all'art. 10 del bando (“condizioni minime di carattere economico-finanziario e tecnico-organizzativo necessarie per la partecipazione”), il quale imponeva che il ciascun concorrente fosse in possesso “di attestazione SOA adeguata alla categoria prevalente e alle categorie scorporabili OS28 e OS30 a qualificazione obbligatoria”;

b) l'annullamento degli atti impugnati con il ricorso principale, con particolare riferimento all'aggiudicazione definitiva disposta dalla stazione appaltante in favore dell'ATI Firmitas e alla successiva nota confermativa del 24.11.2010;

c) la declaratoria di inammissibilità per difetto di legittimazione del ricorso incidentale proposto dall'ATI Firmitas, atteso che la medesima non è legittimata a proporre censure concernenti l'offerta tecnica presentata da altra concorrente in una procedura di gara dalla quale la stessa deducente avrebbe dovuto essere esclusa per carenza di un requisito di ammissione;

d) infine, l'obbligo conformativo della stazione appaltante di aggiudicare l'appalto oggetto della procedura in esame alla ricorrente Asperia s.r.l.,

previa verifica circa il possesso da parte della concorrente dei requisiti di legge e di gara nonché circa la sussistenza di eventuali profili di anomalia della relativa offerta.

4. Le spese di lite possono essere integralmente compensate tra le parti, attesa la peculiarità e la complessità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sui ricorsi principale e incidentale con i relativi motivi aggiunti, come in epigrafe proposti:

- a) accoglie il ricorso principale e i successivi motivi aggiunti, e per l'effetto annulla gli atti ivi impugnati;
- b) dichiara inammissibile il ricorso incidentale;
- c) respinge i motivi aggiunti al ricorso incidentale;
- d) compensa le spese di lite.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 26 maggio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Franco Bianchi, Presidente

Richard Goso, Primo Referendario

Ariberto Sabino Limongelli, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/06/2011

IL SEGRETARIO

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