

Pubblicato il 22/02/2019

N. 00388/2019 REG.PROV.COLL.
N. 01058/2018 REG.RIC.



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 Calabria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1058 del 2018, proposto da -OMISSIS- in persona del legale rappresentante pro tempore -OMISSIS-, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Orofino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Vaccarizzo Albanese e C.U.C. Arberia, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Caterina Scigliano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

-OMISSIS- e -OMISSIS-, rappresentate e difese dall'avvocato Antonio Giovanni Fusaro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

-della determina di affidamento definitivo della Responsabile della C.U.C. Arberia n. -OMISSIS- e del verbale del -OMISSIS-, come confermata con verbale dell'-OMISSIS-, di approvazione di tutti i verbali e gli atti presupposti, nonché di definitiva aggiudicazione dell'appalto dei lavori di Completamento della -OMISSIS-, da realizzare nel Comune di Vaccarizzo Albanese (Cs);

-dei verbali della commissione giudicatrice n° 1 del 11/04/2018, n° 2 del 16/04/2018 e n° 3 del 23/04/2018, nel cui ultimo riferito verbale viene deliberata l'aggiudicazione provvisoria alla Ditta "ATI -OMISSIS-. (Capogruppo) – -OMISSIS-",

-del verbale del -OMISSIS-, redatto dal R.U.P. e dalla Commissione Giudicante, che ha dichiarato congrua ed ammissibile l'offerta presentata dalla Ditta "ATI -OMISSIS-. (Capogruppo) – -OMISSIS-, confermandone l'aggiudicazione;

-del verbale dell'1/06/2018 della commissione giudicante, con cui, in seduta pubblica è stato comunicato l'esito del procedimento di verifica delle offerte anomale ed è stata confermata l'aggiudicazione dell'appalto alla Ditta "ATI -OMISSIS-;

-nonché di ogni altro atto preparatorio, presupposto, collegato, connesso e consequenziale, ancorché non conosciuto, ivi compreso il contratto, ove nelle more eventualmente stipulato, con condanna al subentro e/o a voler disporre riedizione della procedura di gara sin dagli atti di nomina della commissione giudicatrice.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Vaccarizzo Albanese e C.U.C. Arberia e di -OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 gennaio 2019 il dott. Pierangelo Sorrentino e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La -OMISSIS- ha impugnato innanzi a questo Tribunale, chiedendone l'annullamento, l'aggiudicazione (e i presupposti verbali) dell'appalto dei lavori di completamento della -OMISSIS-, da realizzare nel Comune di Vaccarizzo Albanese (Cs).

2. A sostegno della domanda ha dedotto:

a) la nullità del contratto di avvalimento tra la mandataria dell'A.T.I. “-OMISSIS-. - -OMISSIS-, risultata aggiudicataria, e la -OMISSIS-, per la non autografia della sottoscrizione del legale rappresentante di quest'ultima, trattandosi di firma “*scansionata*”, in violazione dell'art. 89 d.lgs 50/2016 (e degli artt. 38 e 47 DPR 445/2000);

b) la nullità del contratto di avvalimento per sopravvenuta incapacità a contrarre dell'impresa ausiliaria *ex art.* 80, comma 5, lett. f), d.lgs 50/2016;

c) l'erronea applicazione dei criteri valutativi da parte della commissione di gara, che avrebbe ingiustamente favorito l'ATI risultata aggiudicataria;

d) l'inammissibilità dell'offerta della ATI -OMISSIS-. – -OMISSIS- per invalidità dell'attestazione SOA presentata dalla -OMISSIS-, in quanto scaduta e non rinnovata con la stessa SOA.

3. Costituitesi in giudizio, la -OMISSIS- e la -OMISSIS- hanno chiesto il rigetto del ricorso, ritenendo manifestamente infondate le censure ivi sollevate.

4. Anche il comune di Vaccarizzo Albanese, capofila della C.U.C., costituitosi in giudizio, ha chiesto la reiezione del ricorso per palese infondatezza.
5. Con ordinanza n. -OMISSIS-il Collegio ha respinto l'istanza di tutela cautelare ritenendo insufficientemente provate le censure sul difetto di autografia della sottoscrizione e sulla sussistenza di impedimenti a contrarre a carico dell'impresa ausiliaria e richiamando, quanto agli ulteriori motivi di ricorso, l'autonomia valutativa propria della Stazione appaltante e l'insussistenza di soluzioni di continuità delle attestazioni SOA.
6. La ricorrente ha successivamente depositato, in data 13 dicembre 2018, una perizia grafologica redatta da un proprio consulente nella quale si esclude che siano state apposte in originale, tra le altre pure ivi indicate, le firme del l.r. della società ausiliante relative al contratto di avvalimento e, in data 14 dicembre 2018, la richiesta di applicazione di misure cautelari della Procura della Repubblica di Catanzaro e l'ordinanza del Tribunale del Riesame che, in riforma dell'ordinanza del GIP, ha disposto a carico del legale rappresentante della -OMISSIS-, la misura cautelare degli arresti domiciliari, ritenendo sussistenti gravi indizi di colpevolezza in ordine alla posizione apicale dallo stesso rivestita in seno a un'associazione a delinquere finalizzata a perpetrare il reato di cui all'art. 353 c.p. (Turbata libertà degli incanti) e nella commissione di singoli reati-fine.
7. Venendo all'esame delle censure sollevate con il ricorso, esse si rivelano insuscettibili di accoglimento.
8. Quanto al motivo *sub a)*, giova osservare come ai sensi dell'art. 89, comma 1, c.c.p., “[i]l concorrente allega, altresì, alla domanda di

partecipazione in originale o copia autentica 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 per tutta la durata dell'appalto. A tal fine, il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria”.

8.1. Ritiene il Collegio, anche a voler ammettere che la sottoscrizione apposta dal l.r. della -OMISSIS- in calce al contratto di avvalimento e alla domanda di partecipazione e ai relativi allegati sia in forma “scansionata” (quindi non in “originale”), che tale circostanza, peraltro fermamente contestata da parte avversa, non determini l'invocata nullità - o *a fortiori* l'inesistenza - del contratto, con conseguenti effetti espulsivi, venendo in rilievo una scrittura privata per la cui validità è necessaria e sufficiente la forma scritta e non essendo in discussione, inoltre, la concreta attribuzione della paternità del documento contrattuale all'impresa ausiliaria, che non ha mai formalizzato alcuna contestazione o disconoscimento al riguardo (cfr., su questione analoga, TAR Catanzaro, sez. II, 29 giugno 2018, n. 1291).

8.2. Trattasi, al più, di mera irregolarità suscettibile di essere sanata mediante il ricorso al soccorso istruttorio posto che, nel caso di specie, non viene in rilievo un'ipotesi di difetto assoluto di sottoscrizione bensì, soltanto, una modalità di sottoscrizione che, tenuto anche conto dell'ulteriore documentazione prodotta dalla -OMISSIS- e in possesso della stazione appaltante, risulta comunque idonea a consentire la riferibilità all'impresa ausiliante, sul piano soggettivo, dell'accordo di avvalimento stipulato con la -OMISSIS-s.r.l. Si aggiunga, in ultimo, che, a differenza della prescrizione che impone nel contratto la “specificazione dei requisiti

formali e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria”, la cui violazione è espressamente sanzionata “*a pena di nullità*”, nessuna conseguenza è correlata alla mancata allegazione del contratto di avvalimento “*in originale o in copia autentica*” e che, secondo parte della giurisprudenza, “*i requisiti formali dell'accordo di avvalimento, descritti dal richiamato art. 49, secondo comma lett. f), del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, non sono previsti ad substantiam e non possono quindi sottrarsi al principio della libertà delle forme degli atti di volontà fra privati*” (Consiglio di Stato, Sez. VI, 11 gennaio 2012 n. 101; analogamente anche T.R.G.A. Trentino Alto Adige, Bolzano, sez. I, 26 novembre 2010 n. 314; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 27 ottobre 2010 n. 3303).

8.3. Non sussiste, a maggior ragione, alcuna violazione delle norme del D.P.R. 445/2000, venendo in rilievo - a voler aderire alla ricordata ricostruzione prospettata dalla ricorrente - documenti sottoscritti, corredati da copia della carta di identità e trasformati in pdf, come tali redatti in conformità al combinato disposto degli artt. 38, commi 1, 2, e 47, comma 1, D.P.R. n. 445/2000.

9. Nessun automatismo espulsivo, per altro verso, può riconnettersi all'applicazione della misura cautelare emessa nei confronti del legale rappresentante della impresa ausiliante, trattandosi di vicenda penale che non assume rilevanza ai sensi dell'art. 80 del d.lgs 50/2016 e delle Linee Guida ANAC n. 6/2016, ferme, ovviamente, le valutazioni che la stazione appaltante riterrà di effettuare sulla specifica questione.

9.1. L'adozione di una misura cautelare, in particolare, non costituisce adeguato mezzo di prova della commissione di un grave illecito professionale, che comporterebbe l'esclusione dalla gara ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) d.lgs. n. 50 del 2016; la sua omessa

dichiarazione, pertanto, non configura la causa di esclusione dell'operatore ai sensi della successiva lett. c-bis) dell'art. 80 (in termini TAR Catanzaro, sez. I, 7 febbraio 2019, n. 258) posto che le linee guida ANAC n. 6, con cui l'Autorità ha determinato quali mezzi di prova considerare adeguati per la dimostrazione, tra l'altro, delle circostanze di esclusione, prevedono che prova adeguata dell'illecito professionale sia costituita quanto meno da *“provvedimenti di condanna non definitivi per i reati di cui agli artt. 353, 353-bis, 354, 355 e 356 c.p.”*.

9.2. Né, infine, come sembra prospettare l'impresa ricorrente, possono dirsi integrati i presupposti della lett. f) della norma citata, atteso che non ricorre alcuna *“sanzione interdittiva di cui all'articolo 9, comma 2, lettera c) del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231”* e neppure *“altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione”*.

10. La doglianza *sub c)* impinge palesemente in profili rimessi alla discrezionalità tecnica della Commissione di gara, formando oggetto di contestazione le specifiche modalità di applicazione dei criteri valutativi delle offerte (e la stessa *“bontà delle valutazioni?”*), censurate giacché, in tesi, volte strumentalmente a beneficiare l'ATI aggiudicataria attraverso una ingiustificata svalutazione della componente qualitativa dell'offerta della ricorrente.

10.1. La medesima va respinta non risultando adottati e soprattutto dimostrati, nel caso in esame, vizi di manifesta illogicità, irrazionalità, arbitrarietà, ovvero vizi fondati su un palese e manifesto travisamento dei fatti ovvero specifiche censure circa la non plausibilità dei criteri valutativi o inerenti la loro applicazione concreta (Consiglio di Stato, Sez. V, 18 gennaio 2016 n. 120).

11. La doglianza sub d), con la quale si contesta la validità dell'attestazione SOA in capo alla -OMISSIS-perché non rinnovata con la stessa SOA, si rivela palesemente infondata, non essendo richiesto, ai fini della continuità delle attestazioni, l'identità del soggetto certificatore, come ricavabile dall'art. 76 del Regolamento di esecuzione del codice dei contratti (T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 2 gennaio 2017, n. 12), a norma del quale deve ritenersi che vi sia continuità nel possesso dell'attestazione SOA se, almeno novanta giorni prima della scadenza del termine, l'impresa che intende conseguire il rinnovo dell'attestazione, proceda alla stipula di un nuovo contratto con la medesima SOA, o con altra, autorizzata all'esercizio dell'attività d'attestazione.

12. Il ricorso, per quanto detto, è infondato e deve essere respinto.

13. Le spese di giudizio sono poste a carico della parte soccombente, come per legge, e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna la -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante, alla refusione, in favore delle parti costituite, delle spese di giudizio, liquidate in complessivi euro 2.000,00 oltre accessori, come per legge.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'art. 52, comma 1 D.Lgs. 30 giugno 2003 n. 196, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento

delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare il legale rappresentante sottoposto a misura cautelare e la società ausiliante.

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 16 gennaio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Francesco Tallaro, Primo Referendario

Pierangelo Sorrentino, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Pierangelo Sorrentino

IL PRESIDENTE
Vincenzo Salamone

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.