



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia
sezione staccata di Catania (Sezione Seconda)
ha pronunciato la presente
SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 476 del 2022, integrato da motivi aggiunti, proposto da (Omissis), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato F. L., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

(Omissis), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato G. S., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

(Omissis), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati L. P., L. G., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

dei seguenti atti e/o provvedimenti:

- determina del 14 marzo 2022 n. 28, comunicata con nota di pari data, con la quale il Direttore generale (Omissis) ha annullato l'aggiudicazione in favore della (Omissis) relativamente all'affidamento "dei lavori di manutenzione straordinaria ed esami della funivia (Omissis);

- nota del 25 febbraio 2022, con la quale il Direttore generale dell'Azienda ha comunicato l'avvio del procedimento di annullamento dell'aggiudicazione alla (Omissis) perché risulterebbe "...priva del possesso dei requisiti di cui ai punti 19, 20 e 21, dichiarati in sede di presentazione dell'offerta..";

- nota del 5 marzo 2022, con cui il Direttore generale, a seguito delle osservazioni prodotte dalla (Omissis) in data 3 marzo 2022, l'ha invitata a fornire ulteriori chiarimenti;

- bando-disciplinare di gara nella parte in cui non ha previsto la facoltà per i concorrenti di partecipare in forma associata o ricorrendo all'istituto dell'avvalimento;

- ogni altro atto e/o provvedimento presupposto, connesso e/o consequenziale;

nonché per il risarcimento in forma specifica, ai sensi dell'articolo 124 del codice del processo amministrativo, mediante declaratoria del diritto della ricorrente all'aggiudicazione dell'appalto, previa declaratoria dell'inefficacia del contratto di appalto eventualmente stipulato;

e, in via subordinata, per l'accertamento del diritto a subentrare nel contratto medesimo;

in via ulteriormente subordinata, per il risarcimento del danno per equivalente.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da (Omissis) il 4 maggio 2022,

per l'annullamento dei seguenti ulteriori atti e/o provvedimenti:

- determina del 14 marzo 2022 n. 29, mai comunicata alla ricorrente, con la quale il Direttore generale (Omissis) ha aggiudicato l'appalto in questione alla (Omissis);

- verbale del 22 marzo 2022, con cui il Direttore dei lavori ha consegnato i lavori in via d'urgenza;

- di ogni altro atto e/o provvedimento presupposto, connesso e/o consequenziale, ivi compreso il contratto d'appalto ove stipulato;

nonché, come già domandato con il ricorso introduttivo, per il risarcimento in forma equivalente di tutti i danni subiti e subendi dalla (Omissis) in conseguenza della mancata aggiudicazione dell'appalto.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di (Omissis), e di (Omissis);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 ottobre 2022 il dott. Salvatore Accolla e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società ricorrente esponeva di avere partecipato alla procedura indetta (Omissis), per l'affidamento "dei lavori di manutenzione straordinaria ed esami della funivia (Omissis),.

All'esito delle operazioni di gara, la Commissione di gara, con verbale del 31 gennaio 2022, aveva proposto di aggiudicare l'appalto alla stessa ricorrente.

Successivamente, la stazione appaltante aveva ad essa richiesto di comprovare l'effettiva esistenza dei requisiti di partecipazione.

Ricevute le giustificazioni, l'Amministrazione aveva avviato e concluso il procedimento di annullamento dell'aggiudicazione per l'accertato difetto, in capo alla stessa ricorrente, dei requisiti, dichiarati in sede di presentazione dell'offerta, di cui ai punti 19, 20 e 21.

Inoltre, l'Amministrazione aveva dichiarato tardiva, e non conforme a quanto previsto dall'art. 89 comma 1 del d. lgs. 50/2016, la trasmissione del contratto di avvalimento; decisiva sarebbe stata la circostanza che, all'atto della presentazione della domanda di partecipazione, essa non avesse dichiarato di voler usufruire di tale istituto.

La ricorrente impugnava il predetto provvedimento di annullamento evidenziando, con un primo motivo di ricorso, di non essere stata messa nelle condizioni né di dichiarare di volersi avvalersi dei requisiti di altri operatori economici né, tanto meno, di inserire all'interno della busta i contratti di avvalimento stipulati nonché l'ulteriore documentazione richiesta dal citato articolo 89, mancando ogni previsione, in merito, nel bando e non essendovi alcun riferimento a tale aspetto nei moduli di domanda.

Riteneva, pertanto, che, in forza dei principi di tutela dell'affidamento e di correttezza dell'azione amministrativa – che avrebbero dovuto precludere alla stazione appaltante di addossare al concorrente le conseguenze negative di un errore indotto dalla disciplina di gara – l'Azienda convenuta avrebbe dovuto astenersi dall'emanazione dei provvedimenti impugnati.

In ogni caso, dai contratti di avvalimento successivamente prodotti alla stazione appaltante sarebbe comunque risultata l'assunzione, da parte delle ausiliarie, di un obbligo giuridico diretto ed inequivocabile nei confronti della medesima stazione avente ad oggetto la messa a disposizione, per tutta la durata dell'appalto, dei requisiti e delle risorse mancanti alla stessa ricorrente.

L'anteriorità dei relativi contratti rispetto al termine ultimo fissato dal bando sarebbe stata, d'altra parte, testimoniata dalle date in essi riportate e dal timbro apposto alle marche in data 12 dicembre.

In definitiva, ad opinione della ricorrente, non si sarebbe potuto dubitare della titolarità, in suo capo, dei requisiti tecnici per la partecipazione alla gara.

Chiedeva, in conclusione, la reintegrazione in forma specifica del danno subito mediante riammissione alla gara o, in subordine, nel caso di intervenuta esecuzione del contratto, il risarcimento per equivalente dei danni connessi alla mancata aggiudicazione.

Si costituiva in giudizio la stazione appaltante, la quale chiedeva il rigetto del ricorso in quanto, a suo parere, inammissibile ed infondato in fatto ed in diritto.

Si costituiva, altresì, la controinteressata aggiudicataria dei lavori, la quale evidenziava, a riprova della legittimità del provvedimento impugnato, come la ricorrente solo in sede di verifica dei requisiti

avesse dichiarato il ricorso all'avvalimento, per l'esecuzione dell'appalto, dei requisiti e delle risorse di soggetti terzi.

Irrilevante sarebbe stato il mancato riferimento, nel bando di gara. In ogni caso, non vi sarebbe stata alcuna prova certa della stipula dei contratti di avvalimento in data anteriore al termine previsto dal bando.

Per le suddette ragioni chiedeva il rigetto del ricorso.

Con ricorso per motivi aggiunti la società ricorrente impugnava il provvedimento con cui l'appalto in questione era stato definitivamente aggiudicato alla controinteressata costituita in giudizio.

Con memorie depositate in prossimità della causa le parti precisavano le proprie argomentazioni e conclusioni.

La ricorrente, in particolare, in considerazione dell'intervenuta ultimazione dei lavori, limitava la propria domanda al risarcimento per equivalente del danno da mancata aggiudicazione.

All'udienza del 6 ottobre 2022, udita la discussione delle parti presenti, il ricorso veniva posto in decisione.

DIRITTO

Può prescindersi dall'esame delle eccezioni di carattere preliminare, stante, come si dirà di qui a poco, il rigetto nel merito del ricorso.

Ed invero, nessuna delle censure rivolte avverso il provvedimento di esclusione dalla gara emesso in autotutela dall'Amministrazione risulta, in effetti, fondata.

Le questioni al centro della controversia riguardano il difetto, in capo alla società ricorrente, dei requisiti tecnici e professionali necessari per la partecipazione alla gara ed attengono alla tempestività ed efficacia dell'iniziativa con cui la stessa, in sede di verifica dei requisiti, ha garantito il loro soddisfacimento mediante il ricorso all'istituto dell'avvalimento.

Sul primo aspetto, è incontestato che la società ricorrente, al momento della presentazione della domanda, fosse priva di tali requisiti, tanto da dichiarare di essersi avvalsa, a tal fine, di alcune imprese ausiliarie.

In base all'articolo 89 del d. lgs. 50/2016 è alla domanda di partecipazione che avrebbe dovuto essere allegato l'originale o la copia autentica del contratto in virtù del quale le imprese ausiliarie si sarebbero obbligate nei suoi confronti a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto, oltre che la dichiarazione attestante il possesso, da parte delle medesime ausiliarie, dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento e contenente l'obbligo "*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*".

Nel caso di specie risulta, invece, *ex actis*, che tali dichiarazioni non siano state allegate alla domanda di partecipazione, tanto che il ricorrente si appella, a giustificazione di tale carenza documentale, alla mancata previsione di tali obblighi nel disciplinare di gara e alla mancata indicazione della necessità di tale allegazione nella domanda di partecipazione.

E' evidente, tuttavia, che tali circostanze non possono scusare la tardiva allegazione della documentazione, da ritenersi, pertanto, inidonea a porre rimedio alle carenze originarie della domanda di partecipazione alla gara nella quale la ricorrente aveva, invece, infondatamente autocertificato il possesso dei medesimi requisiti tecnici e professionali.

Ed in effetti, al di là di quanto espressamente previsto negli atti di gara, non può ignorarsi che le citate previsioni di legge sono inequivoche nel richiedere che l'avvalimento – istituto di carattere generale che, dunque, non deve essere necessariamente richiamato nel singolo bando di gara - sia reso formalmente noto già in fase di presentazione della domanda e dell'offerta.

Non può dunque ritenersi sufficiente, come invece pretenderebbe la società ricorrente, che le dichiarazioni ed i contratti di avvalimento siano resi noti dal partecipante alla gara dopo l'aggiudicazione della stessa, in fase di riscontro ai chiarimenti richiesti a seguito delle verifiche compiute dalla stazione appaltante.

Una tale prassi, oltre a prestarsi ad inaccettabili comportamenti opportunistici di modifica postuma delle dichiarazioni di gara, si pone in contrasto, come ben evidenziato dalla controinteressata, con i

basilari principi di trasparenza e correttezza, posti a presidio della possibilità per l'Amministrazione aggiudicatrice di valutare compiutamente, nel rispetto della *par condicio*, l'offerta presentata da ciascuna delle imprese concorrenti.

D'altra parte, non avendo la ricorrente dichiarato in sede di gara di affidarsi alla capacità di altri soggetti attraverso l'istituto dell'avvalimento, non si pone neppure la questione di valutare se e in che termini avrebbe potuto farsi utilizzo del soccorso istruttorio, istituito tramite il quale è possibile solamente integrare la documentazione mancante e non recuperare un requisito sostanziale del tutto carente.

Privi di valore probatorio devono poi ritenersi, anche con riferimento alla data, in essi riportata, di loro presunta stipulazione, i contratti trasmessi dalla ricorrente in risposta alle richieste di integrazione documentale formulate dall'Amministrazione, non essendo a tal fine sufficienti né la data riportata nelle marche da bollo apposte sul contratto, né il timbro che ne ha annullato la validità, inidonei a fornire la relativa certezza legale.

In conclusione, per tutte le suesposte ragioni, il ricorso è infondato e va respinto.

Le spese di causa sono poste a carico del ricorrente, secondo il criterio di soccombenza, e liquidate nella misura di cui in dispositivo in favore sia dell'Azienda che della controinteressata costitutesi in giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna la ricorrente alla rifusione delle spese di lite, che liquida nella misura di € 1.500,00, oltre accessori di legge, in favore della controinteressata ed € 1.500,00, oltre accessori di legge, in favore dell'Azienda convenuta.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 6 ottobre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Brugaletta, Presidente

Diego Spampinato, Consigliere

Salvatore Accolla, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Salvatore Accolla

IL PRESIDENTE
Francesco Brugaletta

IL SEGRETARIO