



**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 372 del 2015, proposto da:  
Ati Essebi Costruzioni di Salvatore Baffa, rappresentato e difeso dagli avv. Cesare Loria, Luigi Cesaro, Nicola Manna, con domicilio eletto presso Tar Segreteria in Catanzaro, Via De Gasperi, 76/B; Matera Costruzioni S.r.l., Vincenzo Alfonso Cosimo, rappresentati e difesi dall'avv. Nicola Manna, con domicilio eletto presso Tar Segreteria in Catanzaro, Via De Gasperi, 76/B;

***contro***

Unical - Universita' della Calabria, rappresentato e difeso dagli avv. Giovanni Macri', Umile Abbruzzese, con domicilio eletto presso Giovanni Macri' in Arcavacata Di Rende, Avv.Univer. Via P.Bucci Cubo 7/11b;

***nei confronti di***

Pierre Costruzioni, rappresentato e difeso dall'avv. Antonio Ferraiolo, con domicilio eletto presso Antonio Ferraiolo in Cosenza, Via Silvio Sesti N.14;

***e con l'intervento di***

ad

opponendum:

Research Consorzio Stabile S.C.A.R.L., rappresentato e difeso dagli avv. Salvatore Napolitano, Luigi Caravita, con domicilio eletto presso Benito Apollo in Catanzaro, Via V. De Grazia, 25;

***per l'annullamento***

del decreto del direttore generale dell'Università della Calabria n. 296 del 25/2/2015 di annullamento del decreto direttoriale n. 2670/2014 e di esclusione della parte ricorrente dall'appalto integrato lavori potenziamento polo innovazione

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Unical - Università della Calabria e di Pierre Costruzioni;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 giugno 2015 il dott. Raffaele Tuccillo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1. Con ricorso la Ati Essebi Costruzioni di Salvatore Baffa s.r.l. chiedeva: l'annullamento del decreto del direttore generale dell'Università della Calabria mediante il quale era disposta l'esclusione dalla gara del costituendo r.t.i. come descritto in ricorso, nonché degli ulteriori atti descritti in ricorso. Riferiva: che l'Unical aveva indetto una procedura aperta di appalto integrato di progettazione ed esecuzione dei lavori finalizzata alla progettazione ed esecuzione dei lavori per il potenziamento del polo innovativo e di trasferimento tecnologico; che partecipavano altri due enti; che la ricorrente risultava aggiudicataria della gara; che la Pierre Costruzioni s.r.l. proponeva ricorso avverso l'aggiudicazione definitiva;

che la stazione appaltante preannunciava la propria volontà di annullare d'ufficio l'aggiudicazione dell'appalto in favore della ricorrente; che, in particolare, il contratto di avvalimento prodotto dalla ricorrente era giudicato nullo in quanto non specificava la sua concreta portata e le modalità e i limiti con i quali le risorse venivano messe a disposizione di parte ricorrente; che la ricorrente era quindi esclusa dalla gara.

Impugnava i provvedimenti per violazione e falsa applicazione dell'art. 49 d.lgs. 163/06 e dell'art. 88 d.p.r. 207/2010, violazione e falsa applicazione del principio del soccorso istruttorio, indebita esautorazione del r.u.p. Riferiva: che le doglianze evidenziate nei due atti della stazione appaltante descritti in ricorso erano contraddittori; che dalla lettura del contratto di avvalimento si evinceva che la ricorrente si era avvalsa dei requisiti professionali per come previsti dell'art. 263 del d.p.r. 207/2010; che i requisiti professionali e la certificazione di qualità potevano essere oggetto di avvalimento; che nel contratto di avvalimento erano indicati i requisiti speciali richiesti per la progettazione dell'intervento; che il contratto di avvalimento aveva ad oggetto solo requisiti di ordine professionale; che l'oggetto del contratto non era quindi generico; che, nel caso di specie, si trattava di contratto di avvalimento atecnico tra professionisti *ex art* 53 d.lgs. 163/06 e non di avvalimento di cui all'art. 49; che ricorreva un'ipotesi di soccorso istruttorio.

Chiedeva, ancora, il risarcimento del danno per i danni patrimoniali e non patrimoniali subiti.

Si costituiva l'Università della Calabria chiedendo di rigettare il ricorso.

Si costituiva il Research Consorzio Stabile S.c.a.r.l. chiedendo di rigettare il ricorso.

2. Il ricorso proposto non può trovare accoglimento.

La ricorrente è stata esclusa dalla gara in considerazione della mancanza di specificità del contratto di avvalimento prodotto, con riferimento alla mancanza di una precisa descrizione degli elementi aziendali concreti su cui si fonderà

L'avvalimento e delle modalità e dei limiti con cui le risorse vengono messe a disposizione delle imprese ausiliate.

In particolare, nel contratto di avvalimento in oggetto si precisa che la società si impegna a mettere a disposizione i seguenti requisiti di partecipazione di ordine speciale di capacità economico finanziaria e tecnico organizzativa di cui all'art. 263 comma 1, lettere a,b,c,d (dpr 207/2010): per la categoria OG11 servizi di progettazione eseguiti per un importo superiore a quelli previsti dal bando e dal disciplinare di gara; per la categoria OG1 servizi di progettazione eseguiti per un importo superiore a quelli previsti dal bando e dal disciplinare di gara; numero medio annuo del personale tecnico utilizzato negli ultimi 3 anni superiore a 2 unità. Nonché tutte le risorse nessuna esclusa, per consentire l'esecuzione da parte del soggetto avvalente dei servizi previsti nella gara in oggetto.

Come noto, l'istituto dell'avvalimento, di derivazione comunitaria, è finalizzato a garantire la massima partecipazione alle gare pubbliche, consentendo alle imprese non munite dei requisiti partecipativi, di giovare delle capacità tecniche ed economico-finanziarie di altre imprese; il principio generale che caratterizza l'istituto è quello secondo cui, ai fini della partecipazione alle procedure concorsuali, il concorrente, per dimostrare le capacità tecniche, finanziarie ed economiche, nonché il possesso dei mezzi necessari all'esecuzione dell'appalto e richiesti dal relativo bando, è abilitato a fare riferimento alla capacità e ai mezzi di uno o più soggetti diversi, ai quali può ricorrere tramite la stipulazione, appunto, di un contratto di avvalimento (Cons. St., sez. V, 22 gennaio 2015, n. 257; Cons. St., 13 marzo 2014, n. 1251).

L'avvalimento può essere utilizzato anche 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 istituto (che ha pertanto una portata generale), fermo

restando l'onere del concorrente di 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 (Cons. St., sez. III, 25 febbraio 2014, n. 887; 7 aprile 2014, n. 1636; sez. IV, 16 gennaio 2014, n. 135; sez. V, 20 dicembre 2013, n. 6125), e quindi, a seconda dei casi, mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti, in relazione all'oggetto dell'appalto (Cons. St., sez. III, 22 gennaio 2014, n. 294).

L'istituto dell'avvalimento è ritenuto quindi ammissibile anche quanto alla certificazione SOA. Tuttavia, la messa a disposizione del requisito mancante non deve risolversi nel prestito di un valore puramente cartolare e astratto, essendo invece necessario che dal contratto risulti chiaramente l'impegno dell'impresa ausiliaria a prestare 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 altri termini, è insufficiente allo scopo la sola e tautologica riproduzione, nel testo dei contratti di avvalimento, della formula legislativa della messa a disposizione delle "risorse necessarie di cui è carente il concorrente", o espressioni equivalenti (Cons. Stato, sez. III, 18 aprile 2011, n. 2344; sez. V, 6 agosto 2012, n. 4510; sez. IV, 16 gennaio 2014, n. 135; 17 ottobre 2012, n. 5340; sez. VI, 13 giugno 2013, n. 3310; sez. III, 3 settembre 2013, n. 4386).

La giurisprudenza amministrativa ha quindi ritenuto legittima l'esclusione dalla gara pubblica dell'impresa che abbia fatto ricorso all'avvalimento producendo un contratto che non contiene alcuna analitica e specifica elencazione o indicazione delle risorse e dei mezzi in concreto prestati, atteso che l'esigenza di una puntuale

analitica individuazione dell'oggetto del contratto di avvalimento, oltre ad avere un sicuro ancoraggio sul terreno civilistico nella generale previsione codicistica che configura quale causa di nullità di ogni contratto l'indeterminatezza (e l'indeterminabilità) del relativo oggetto, trova la propria essenziale giustificazione funzionale, inscindibilmente connessa alle procedure contrattuali pubbliche, nella necessità di non consentire facili e strumentali aggiramenti del sistema dei requisiti di partecipazione alle gare (Cons. Stato, sez. V, 23 febbraio 2015, n. 873; 17 marzo 2014, n. 1322; 27 marzo 2013, n. 1772; di recente in questo senso Cons. St. 2547/2015).

Nel caso di specie, a giudizio del collegio, difettano nel contratto in oggetto i requisiti precisati, dovendosi ritenere che sulla base del citato contenuto del contratto l'impegno assunto dall'impresa ausiliaria in favore dell'impresa avvalente risulti generico e indeterminato, non essendo precisate analiticamente le risorse, tecniche, materiali, strumentali ed umane messe effettivamente a disposizione, né il tempo per il quale le stesse risorse sono messe a disposizione dell'impresa ausiliata. In conformità con l'orientamento espresso da parte della giurisprudenza amministrativa (Cons. St. 2547/2015), non può ritenersi che i principi in oggetto vengano meno nell'ipotesi in cui il requisito richiesto consista in una mera certificazione, come ad esempio attestazione SOA – ipotesi in cui, secondo un diverso orientamento, l'avvalimento sarebbe necessariamente formale ed immateriale –. Sul punto è sufficiente sottolineare che la certificazione è finalizzata a dimostrare l'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento dei lavori pubblici, così che nel caso di avvalimento ciò che può essere prestato non è l'attestazione formale (documento), quanto piuttosto il contenuto attestato e quindi le risorse strumentali, tecniche ed umane che hanno concorso a determinare quell'attestazione, necessarie per l'espletamento dei lavori.

Nel caso di specie, come precisato, difetta un'analitica indicazione di tal guisa, tanto più se si considera che l'impresa ausiliaria consiste in una società (con struttura e organizzazione complessa ed eventualmente plurisoggettiva), con la conseguenza che il ricorso proposto non può trovare accoglimento.

Non può ritenersi, d'altra parte, operante nel caso di specie l'istituto del soccorso istruttorio. Non si tratta, difatti, nel caso di specie di un'omissione o una dimenticanza surrogabile con l'istituto in oggetto, ma si tratta dell'assenza di un requisito di un contratto stipulato tra la concorrente e un terzo, con la conseguenza che la genericità dello stesso non può essere sostituita con una determinazione postuma ovvero, ancora, un contratto nullo per indeterminabilità dell'oggetto non può essere sanato con una dichiarazione postuma, in mancanza di espressa previsione normativa come consentito dalla clausola di salvezza disciplinata dall'art. 1423 c.c.

Il ricorso deve pertanto essere rigettato.

La natura assorbente delle argomentazioni che precedono esonera il giudicante dall'esaminare le ulteriori argomentazioni e domande (risarcimento danni) delle parti.

3. In considerazione delle peculiarità del giudizio e della sussistenza di diversi orientamenti sul requisito della determinabilità dell'oggetto del contratto di avvalimento devono ritenersi sussistenti adeguati motivi per compensare le spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

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

Compensa le spese di lite.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 26 giugno 2015 con l'intervento dei magistrati:

Guido Salemi, Presidente

Giovanni Iannini, Consigliere

Raffaele Tuccillo, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 01/07/2015

IL SEGRETARIO

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