

N. 00109/2016REG.PROV.COLL.

N. 01101/2015 REG.RIC.



**REPUBBLICA ITALIANA**

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA

in sede giurisdizionale

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1101 del 2015, proposto dalla Costruzioni Bruno Teodoro s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv. Arturo Cancrini e Francesco Vagnucci, con domicilio eletto presso Maria Grazia Bruno in Palermo, p.zza Virgilio 4 (Pinelli-Schifani);

contro

Ges.A.P. s.p.a. - Società di Gestione dell'Aeroporto di Palermo, rappresentata e difesa dall'avv. **Massimiliano Mangano**, con domicilio eletto presso il medesimo legale in Palermo, Via Nunzio Morello 40;

nei confronti di

Consorzio Stabile Tecnoproject s.c. a r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Patrizia Stallone, con domicilio eletto presso il medesimo legale in Palermo, Via Antonio Veneziano 69;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. SICILIA – PALERMO, Sez. I, n. 2854/2015, resa tra le parti, concernente appalto - affidamento lavori di ampliamento piazzale aeromobili Aeroporto Falcone Borsellino - integrazione area pavimentata lato Palermo - atti di gara - attribuzione punteggio.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Ges.A.P. s.p.a. - Società di Gestione dell'Aeroporto di Palermo e del Consorzio Stabile Tecnoproject s.c.a r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 marzo 2016 il Cons. Nicola Gaviano e uditi per le parti gli avvocati G. Mazzearella su delega di A. Cancrini e F. Vagnucci, nonché M. Mangano e P. Stallone;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1 La s.p.a. Costruzioni Bruno Teodoro, avendo partecipato alla procedura aperta indetta dalla **GESAP** s.p.a., con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento dei lavori di "Ampliamento Piazzale Aeromobili – Integrazione Area Pavimentata Lato Palermo" dello scalo aeroportuale "Falcone – Borsellino" di Palermo, classificandosi seconda nella graduatoria finale (con un divario di punti 1,27 dalla seconda graduata), impugnava con ricorso al T.A.R. per la Sicilia il provvedimento di aggiudicazione definitiva del relativo affidamento al Consorzio Stabile Tecnoproject s.c. a r.l..

La ricorrente deduceva che l'aggiudicataria sarebbe dovuta essere esclusa dalla gara, ovvero comunque ricevere un punteggio per l'offerta tecnica inferiore a quello in concreto attribuitole, e tale da determinarne la ricollocazione in graduatoria in posizione successiva rispetto alla ricorrente stessa (in particolare, si lamentava l'assegnazione alla controinteressata di ben 18,5 punti sui 20 disponibili in relazione al requisito b): "struttura tecnico organizzativa - curriculum specifico").

Più analiticamente, il Tribunale adito avrebbe così sunteggiato le censure della ricorrente.

"Anzitutto, si assume, il contratto di avvalimento stipulato da Tecnoproject con l'impresa Bacchi S.r.l. sarebbe privo della "indicazione della durata del vincolo negoziale e dell'espresso impegno a mettere a disposizione dell'ausiliata le risorse mancanti per tutta la durata dell'appalto": esso, dunque, violerebbe le prescrizioni del D.P.R. 207/2010, con conseguente "sostanziale difetto dei requisiti partecipativi" in capo a Tecnoproject.

Inoltre, si aggiunge, quanto alla voce "struttura tecnico-organizzativa – curriculum specifico" (per la quale potevano complessivamente assegnarsi, in base alla *lex specialis*, sino a 20 punti), la Tecnoproject si sarebbe vista illegittimamente assegnare, per la sottovoce "b.1.2", rubricata "utilizzo della macchina slip form", il sub-punteggio massimo di 15, previsto per il solo caso di dimostrazione, da parte del concorrente, della presentazione di "titolo di proprietà o impegno esclusivo" circa la macchina in questione, benché, in tesi, Tecnoproject non disponesse di facoltà né dominicali né di uso esclusivo del macchinario.

Infine, si conclude, l'avvalimento non potrebbe essere utilizzato per ottenere punteggi di merito, ma solo per supplire alla mancanza di requisiti di partecipazione alla gara: pertanto, si osserva, il punteggio relativo alla sottovoce "b.1.1", rubricata "organizzazione e qualità dello staff di direzione tecnica", non avrebbe dovuto essere riconosciuto, giacché Tecnoproject avrebbe presentato uno "staff composto da figure professionali estranee all'apparato aziendale e, per lo più, in forza all'ausiliaria Bacchi".

La ricorrente con un successivo atto di motivi aggiunti, proposti a seguito "dell'ultimo segmento di accesso consentito da **Gesap** il 29.09.2015", formulava indi ulteriori censure.

Segnatamente, essa deduceva:

- che l'aggiudicataria difettava dei requisiti generali di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 in quanto il sig. Salvatore Ferlito, amministratore unico, direttore tecnico e socio unico di Idrogedil S.r.l., società consorziata designata dal Consorzio Tecnoproject quale esecutrice dei lavori ex art. 36, comma 5, d.lgs. cit., sarebbe stato "attinto, nel 2014, da una sentenza di condanna divenuta irrevocabile in data 30.10.2014, ma dallo stesso negata in sede di partecipazione alla procedura di gara";

- che a carico della società ausiliaria e di un'altra consorziata (Isap S.r.l.) sarebbero emerse violazioni fiscali definitivamente accertate suscettibili di rilevare ai sensi della lettera g) dell'art. 38;

- che il D.U.R.C. dell'impresa ausiliaria, essendo stato emesso con esclusivo riferimento al settore di attività relativo al C.C.N.L. "cemento", non consentirebbe di acclararne la regolarità contributiva e previdenziale nei riguardi della Cassa Edile, cui pure sarebbe iscritta l'ausiliaria.

In resistenza al ricorso si costituivano in giudizio la Stazione appaltante e la controinteressata.

Questa seconda formulava a sua volta un ricorso incidentale, ove assumeva: che la ricorrente sarebbe stata priva di qualificazione per la categoria OG6, per la quale la *lex specialis* richiedeva la qualificazione "almeno nella misura del 70%"; che, oltretutto, la ricorrente avrebbe "violato il limite del 30% posto dalla legge di gara alla possibilità di subappaltare le lavorazioni in OG6, dichiarando di volerle subappaltare nella loro totalità" senza, per giunta, neppure indicare il nominativo del subappaltatore, doveroso trattandosi di "subappalto necessario"; che la disponibilità per la ricorrente del macchinario "slip form" sarebbe stata rimessa a "futuri contratti di nolo", non idonei ad assicurare il carattere "esclusivo" della disponibilità del macchinario e, comunque, violativi della L.R. n. 20/1999 (come integrata dalle successive LL.RR. nn. 7/2002 e 7/2003), ai sensi della quale – si sosteneva – le imprese che intendevano valersi di noli a freddo dovevano dichiararlo in offerta ed essere espressamente a ciò autorizzate dalla Stazione appaltante; che la pregressa esperienza della ricorrente nel settore sarebbe stata, in realtà, ben inferiore a quanto dichiarato; che la direzione tecnica del cantiere sarebbe stata affidata ad un ingegnere *junior*, ossia titolare di mera laurea triennale, e la responsabilità per la sicurezza

del cantiere ad un soggetto non adeguatamente formato; che anche la ricorrente avrebbe incluso nella propria offerta soggetti estranei al proprio organigramma aziendale.

Tanto la Stazione appaltante quanto la controinteressata eccepivano, inoltre, l'irricevibilità del ricorso per motivi aggiunti, in quanto notificato dopo la scadenza del termine decadenziale (trenta giorni, più dieci per l'accesso) decorrente dalla comunicazione di aggiudicazione definitiva inoltrata alla ricorrente via p.e.c. in data 10.08.2015.

2 All'esito del giudizio il Tribunale adito con la sentenza n. 2854/2015 in epigrafe, prescindendo dall'esame del ricorso incidentale della controinteressata, rigettava nel merito l'originario ricorso introduttivo principale e dichiara irricevibili i suoi motivi aggiunti.

3 Seguiva avverso tale decisione la proposizione del presente appello da parte della soccombente, che riproponeva tutte le proprie doglianze sottoponendo a critica gli argomenti con cui il Tribunale aveva disatteso le censure veicolate dall'originario ricorso e reputato tardive quelle dell'atto di motivi aggiunti.

Il Consorzio aggiudicatario riproponeva il proprio ricorso incidentale di prime cure, non esaminato dal T.A.R., e deduceva inammissibilità e infondatezza dell'appello.

Anche la Stazione appaltante resisteva a quest'ultimo, deducendone l'infondatezza.

Nelle more, le parti appellate stipulavano tra loro il 17 novembre 2015 il contratto d'appalto, dopo che il precedente 25 settembre era stata effettuata la consegna dei relativi lavori.

L'appellante replicava alle censure del ricorso incidentale riproposto dal Consorzio e concludeva per la sua reiezione.

In seguito le parti costituite riprendevano e sviluppavano ulteriormente le rispettive tesi con successive memorie.

Alla pubblica udienza del 16 marzo 2016 la causa è stata infine trattenuta in decisione.

4 L'appello è infondato.

5a Con il suo primo motivo l'appellante ripropone il proprio rilievo sul contratto di avvalimento stipulato dal Consorzio Tecnoproject con l'impresa Bacchi s.r.l., secondo il quale tale contratto sarebbe privo dell'essenziale indicazione della durata del vincolo negoziale, come pure dell'esplicito impegno dell'ausiliaria a mettere a disposizione dell'ausiliata per tutta la durata dell'appalto le risorse a questa seconda mancanti.

La ricorrente al riguardo rammenta:

- che l'art. 49 del d.lgs. n. 163/2006 impone al concorrente che voglia fare riferimento ai requisiti di un altro soggetto l'onere di produrre un contratto con il quale l'impresa ausiliaria si obblighi a fornire i requisiti e mettere a disposizione le risorse necessarie *“per tutta la durata dell'appalto”*;

- che analoga disposizione era formulata nello specifico dall'art. 16.6, lett. d), del disciplinare di gara, a pena di esclusione;

- che l'art. 88, comma 1, del d.P.R. n. 207/2010 connota quale elemento essenziale del contratto di avvalimento proprio quello della durata.

Il contratto prodotto dall'aggiudicataria, recando invece solo un impegno temporalmente generico e indeterminato, si porrebbe in conflitto con le predette prescrizioni, con conseguente *“sostanziale difetto dei requisiti partecipativi”* in capo al Consorzio.

L'appellante addebita dunque al primo Giudice, che si è indotto a ritenere esistente nel contratto il vincolo temporale prescritto, un inammissibile intervento manipolativo del medesimo testo contrattuale.

5b La censura è infondata.

L'ausiliaria s.r.l. Bacchi con il contratto di avvalimento *“si impegna a mettere a disposizione del Consorzio stabile Tecnoproject s.c.ar.l. ai fini della partecipazione alla gara ... nonché in caso di aggiudicazione per l'esecuzione dei relativi servizi e/o forniture, la sua capacità di ordine speciale – requisiti tecnico-organizzativi – per consentire l'esecuzione del servizio e/o fornitura e, più dettagliatamente: a) categoria OG26 – classifica VIII ivi compresi i requisiti di capacità tecnico-organizzativa; b) attrezzature e mezzi d'opera elencati nell'allegato A, risorse umane elencate nell'allegato B”*.

Alla luce di tanto, il Collegio non può che constatare la correttezza della conclusione del primo Giudice che l'impegno assunto dalla soc. Bacchi è immune dai lamentati vizi di genericità e indeterminatezza.

Come ha ben osservato il T.A.R., "*L'ausiliaria assume, infatti, l'obbligo di "mettere a disposizione del Consorzio Tecnoproject" i requisiti dei quali questo è carente (e sulla cui precisa indicazione ... non vi è censura) "ai fini della partecipazione alla gara ... nonché in caso di aggiudicazione per l'esecuzione dei relativi servizi e/o forniture". Una piana interpretazione letterale della, sintetica ma netta, locuzione testé riportata induce a ritenere che l'impresa Bacchi abbia inteso vincolarsi a fornire i detti requisiti all'ausiliata senza condizione, limite o modus alcuno e con riferimento ad un orizzonte temporale esteso, in caso di effettiva aggiudicazione, sino all'acompleta "esecuzione dei relativi servizi e/o forniture", ossia sino all'ultimazione delle lavorazioni appaltate*" (così la sentenza impugnata).

Invero il contratto in questione non è suscettibile d'interpretazione che nei termini appena esposti.

D'altra parte la norma regolamentare dianzi citata, che annovera tra gli elementi del contratto di avvalimento anche quello della "*durata*", non può che essere intesa, in coerenza con la norma codicistica di rango sovraordinato, nel senso della necessità che l'impegno dell'ausiliaria a fornire i requisiti e mettere a disposizione le risorse occorrenti sia commisurato a "*tutta la durata dell'appalto*". Sicché il testo contrattuale appena riportato, con il suo riferimento, per il caso dell'aggiudicazione, all'obiettivo, garantito mediante l'impegno dell'ausiliaria, di "*consentire l'esecuzione del servizio e/o fornitura*", soddisfa pienamente il contenuto di simile prescrizione.

A rafforzamento di questa conclusione si aggiunge, per completezza, che la dichiarazione del 13 febbraio 2015 resa dall'ausiliaria e prodotta in gara ai sensi dell'art. 49, comma 2, lett. c), d) ed e) del d.lgs. cit. reca testualmente la prescritta dizione per cui l'ausiliaria "*si obbliga ... verso l'impresa 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*".

5c La doglianza di parte va pertanto senz'altro respinta.

6a La ricorrente con il successivo mezzo torna a dolersi dell'assegnazione all'avversaria del sub-punteggio massimo di 15 punti previsto per la sottovoce "b.1.2" rubricata "*utilizzo della macchina slip form*", punteggio che la *lex specialis* condizionava alla presentazione da parte del concorrente di un "*titolo di proprietà o impegno esclusivo*" concernente lo stesso macchinario.

La ricorrente ha dedotto che il Consorzio Tecnoproject non disponeva di facoltà dominicali né di uso esclusivo del macchinario per tutta la durata dell'appalto.

6b Il primo Giudice ha disatteso il motivo con l'argomento di fondo che l'impresa ausiliaria fruiva, invece, della piena ed esclusiva disponibilità del macchinario in qualità di utilizzatore in forza di un contratto di *leasing*, schema che conferirebbe appunto all'utilizzatore un diritto di godimento pieno ed esclusivo analogo a quello di un affittuario o locatario.

6c La ricorrente in questa sede ha tuttavia riproposto le proprie censure, le quali si impernano non tanto sull'astratta idoneità dello schema negoziale in esame (atteso anche che con il presente appello non è stata contestata l'assimilabilità del *leasing*, affermata dal T.A.R., agli schemi della locazione e dell'affitto, quali fonti di un diritto di godimento esclusivo), quanto sulle particolari caratteristiche di contenuto dello specifico contratto di *leasing* prodotto in gara dal Consorzio aggiudicatario.

Sono quindi le caratteristiche concrete di tale contratto a dover essere qui di seguito prese in esame.

6d La ricorrente, posta l'esatta premessa che l'avversaria avrebbe dovuto produrre già in sede di partecipazione alla gara un titolo negoziale idoneo ad attestare l'effettiva disponibilità esclusiva della macchina pavimentatrice, deduce in primo luogo che questa necessità non sarebbe stata soddisfatta dalla mera dichiarazione dell'ausiliaria di voler esercitare il diritto di riscatto del macchinario alla scadenza contrattuale.

Il riscatto del bene in locazione finanziaria, si sostiene, non costituirebbe oggetto di un'obbligazione contrattuale dell'utilizzatore, poiché di tale obbligazione il contratto di avvalimento non recherebbe traccia. Il relativo impegno non sarebbe quindi coercibile, con il risultato che alla scadenza del contratto di *leasing* l'ausiliaria ben potrebbe decidere di non riscattare il bene.

D'altra parte il contratto di locazione finanziaria, sottoscritto il 1° dicembre 2011, ha durata limitata a 60 mesi: e con riferimento all'appalto in controversia non sarebbe stato possibile prevedere *ex ante* l'epoca d'inizio dei lavori.

Tutto ciò dimostrerebbe allora l'impossibilità per il Consorzio di garantire la piena disponibilità del macchinario per l'intera durata dell'appalto, disponibilità che sarebbe subordinata a una condizione rimessa ad un terzo, ossia l'impresa ausiliaria.

6e Queste deduzioni non sono persuasive.

Il Collegio deve subito evidenziare come risulti smentito dai fatti l'assunto di partenza della ricorrente circa la sovrapposizione destinata -in tesi- a verificarsi tra la scadenza del contratto di *leasing* (dicembre 2016) e il termine di ultimazione dei lavori in appalto: smentita che è del tutto coerente con la brevità del termine, di soli 108 giorni, che l'aggiudicataria ha previsto per l'esecuzione dell'appalto in sede di gara (cfr. l'art. 4 del contratto di appalto nonché la pag. 74 della sua offerta tecnica), e si correla altresì alla circostanza che i relativi lavori sono stati consegnati in via d'urgenza sin dal 25 settembre 2015.

La relazione del direttore dei lavori sullo stato delle opere al 19 febbraio 2016 ne ha attestato difatti un avanzamento già pari all'89,87 % dell'importo di contratto. Da qui l'indicazione della Stazione appaltante, nella memoria del successivo giorno 29, che i lavori erano già "*nella sostanza ultimati*", e questo molti mesi prima della scadenza del contratto di *leasing*.

Solo per completezza, dunque, sul punto in esame si aggiunge quanto segue.

Il contratto di *leasing* assicurava già in via immediata la disponibilità del macchinario in discussione, che non era quindi differita al momento del suo riscatto.

E', inoltre, sostanzialmente incontestato che l'ausiliaria si fosse impegnata con dichiarazione del 13 febbraio 2015 a riscattare il macchinario alla scadenza del *leasing*. Né è condivisibile l'apodittico assunto della ricorrente che siffatto impegno al riscatto sarebbe dovuto essere indefettibilmente contenuto nel contratto di avvalimento: quest'ultimo conteneva già l'impegno dell'ausiliaria a mettere a disposizione del Consorzio "*ai fini della partecipazione alla gara ... nonché in caso di aggiudicazione per l'esecuzione dei relativi servizi e/o forniture, la sua capacità di ordine speciale – requisiti tecnico-organizzativi – per consentire l'esecuzione del servizio e/o fornitura*", impegno rispetto al quale quello di riscattare la macchina, ove necessario per il conseguimento della causa del contratto di avvalimento, rivestiva una sicura valenza implicita strumentale.

6f Sotto altro profilo la ricorrente deduce, inoltre, che l'effettivo utilizzo della macchina dipenderebbe inammissibilmente in concreto, in forza delle clausole contrattuali regolative del rapporto, dalla volontà di un terzo, ossia la società di *leasing*.

Questo sia in considerazione delle previsioni dell'art. 2 del contratto di *leasing* circa la risolubilità del contratto di fornitura a iniziativa del detto concedente, con conseguente risoluzione anche del contratto di locazione, a fronte degli eventuali inadempimenti del soggetto fornitore; sia perché la stessa disciplina contrattuale subordina il trasferimento della macchina pavimentatrice dal luogo d'installazione a un assenso dello stesso concedente, che richiederebbe una verifica dell'idoneità dei luoghi dove la macchina dovrebbe essere trasferita.

6g Con riferimento al primo punto il Tribunale ha osservato principalmente che la clausola richiamata dalla ricorrente non avrebbe potuto essere considerata alla stregua di una clausola risolutiva espressa in ragione della genericità della sua previsione. L'appellante oppone che la clausola in questione non sarebbe generica, poiché la sua portata sarebbe precisata dalle altre clausole del contratto di fornitura, le quali definiscono gli obblighi del fornitore.

La genericità della previsione risolutiva dettata dalla clausola risulta tuttavia confermata dalla stessa esposizione della ricorrente.

Fondatamente le appellate hanno inoltre richiamato il principio giurisprudenziale secondo il quale una clausola risolutiva espressa può essere configurata solo in correlazione con una o più obbligazioni specificamente determinate dalle parti, laddove la clausola redatta, come la presente, con riferimento indistinto alla violazione della generalità delle violazioni contrattuali viene intesa come una semplice clausola di stile, che nulla è in grado di aggiungere alle norme generali del Codice civile.

La giurisprudenza insegna, infatti, proprio che ai fini della stipulazione della clausola risolutiva espressa le parti devono prevedere la risoluzione di diritto del contratto per effetto dell'inadempimento di una o più obbligazioni specificamente determinate, costituendo, al contrario, una clausola di stile quella redatta con generico riferimento alla violazione di tutte le obbligazioni contrattuali, con la conseguenza che in tale ultimo caso l'inadempimento non risolve di diritto il contratto, sicché di esso deve essere valutata l'importanza in relazione all'economia del contratto stesso, non essendo sufficiente l'accertamento della sola colpa (cfr. ad es. Cass. Civ., Sez. III, 27 gennaio 2009, n. 1950; 26 luglio 2002, n. 11055; 24 luglio 2001, n. 10068). Ne consegue che la previsione contrattuale sulla quale la ricorrente fa leva non potrebbe comportare neppure nell'ipotetico caso di un inadempimento un immediato spossessamento in danno dell'utilizzatore, il cui bene non rischierebbe quindi certo di essere sottratto alle esigenze dell'appalto durante le brevi more della sua esecuzione.

6h Venendo al secondo punto accennato nel paragr. 6f), la ricorrente non contesta che l'uso produttivo del macchinario ne imponga fisiologicamente lo spostamento nei luoghi ove debbano svolgersi le lavorazioni.

Essa fa però notare che, nondimeno, il suo spostamento non potrebbe comunque avvenire senza il preventivo consenso del locatore (dove l'influenza del sopralluogo fatto presso lo scalo di Punta Raisi dal Consorzio): e questo a suo avviso sarebbe già decisivo ai fini di causa.

Il Collegio in proposito reputa però condivisibile l'obiezione della Stazione appaltante che l'assenso allo spostamento della macchina, da prestare se del caso dopo l'aggiudicazione, attiene all'esecuzione dell'appalto: sicché la censura in esame non è tale da poter mettere in discussione l'immediata validità ed efficacia del contratto di *leasing*, e pertanto la disponibilità giuridica del macchinario che il medesimo comunque assicura all'aggiudicataria per il tramite dell'impresa ausiliaria.

D'altra parte, come ha fatto notare l'aggiudicataria, nessun dissenso avrebbe potuto essere opposto all'utilizzatore per un impiego conforme all'uso cui la macchina in questione era destinata. Sicché la prospettazione delle criticità che la clausola contrattuale in discorso avrebbe potuto generare, presentandosi carente di qualsiasi elemento di riscontro oggettivo, risultava del tutto congetturale.

La Stazione appaltante e l'aggiudicataria hanno, infine, dedotto e documentato nei loro scritti difensivi del 14 dicembre 2015 che il macchinario risultava già da tempo attivo sulle aree di cantiere.

6i Ne discende che anche questo motivo d'appello risulta infondato in tutte le sue declinazioni.

7a Il Collegio non ritiene condivisibile nemmeno la successiva censura di parte.

La doglianza muove dall'enunciazione di principio che l'avvalimento potrebbe essere utilizzato solo per supplire alla mancanza di requisiti di partecipazione a una gara, e non anche per ottenerne punteggi di merito.

Su questo presupposto viene contestato che l'aggiudicataria potesse beneficiare del punteggio relativo alla sottovoce "b.1.1" (rubricata "*organizzazione e qualità dello staff di direzione tecnica*"), traendo così vantaggio anche sotto questo aspetto dalle figure professionali in forza all'ausiliaria. E rilievo analogo è formulato rispetto alla già menzionata macchina pavimentatrice, giacché anche la sua disponibilità formerebbe materia non di un requisito di partecipazione alla gara, bensì solo di un criterio di valutazione dell'offerta individuale.

7b Il Consiglio non può tuttavia non osservare, in proposito, che il Tribunale sul punto in discussione non ha fatto che seguire la sua giurisprudenza (C.G.A. 21 ottobre 2014, n. 569), che anche in questa sede deve essere confermata.

Come ha ricordato il T.A.R., invero, le risorse, i beni e le capacità dell'impresa ausiliaria contemplati nel contratto di avvalimento entrano a far parte organica della complessiva offerta presentata dalla concorrente.

D'altra parte, questo Consiglio nel ricordato precedente ha posto in risalto che "*La tesi dell'impossibilità giuridica di dar rilievo all'istituto dell'avvalimento ai fini dell'attribuzione del punteggio di merito ... non tiene in adeguato conto il coinvolgimento operativo nell'appalto dell'ausiliario, ponendosi, così, in contrasto con le finalità dell'istituto stesso*".

Non può pertanto escludersi *a priori* che l'avvalimento, unitamente alla propria valenza abilitante all'accesso alla gara, che esprime mettendo il concorrente in condizione di soddisfare i relativi requisiti di partecipazione, possa rivestire anche un rilievo aggiuntivo, permettendo l'apprezzamento degli elementi preferenziali da esso eventualmente arrecati all'offerta dell'ausiliata in funzione di una migliore collocazione di questa nella graduatoria finale.

7c Né può obiettarsi che la giurisprudenza prevalente sarebbe diversamente orientata.

In primo luogo, perché nello stesso testo della decisione di questo Consiglio n. 569/2014 si è dato atto che la Sez. V del Consiglio di Stato con la sentenza 8 novembre 2012 n. 5692, con riferimento a un caso, come il presente, di avvalimento c.d. operativo, ha respinto le censure sollevate "*compresa la parte in cui è lamentato che l'indicazione del personale dell'impresa ausiliaria come afferente al gruppo di progettazione della ausiliata ha comportato l'attribuzione di un maggior punteggio per l'offerta tecnica, essendo ciò da considerarsi come naturale e legittima conseguenza della possibilità di avvalersi del personale stesso*".

In secondo luogo, perché gli ulteriori precedenti giurisprudenziali richiamati dall'appellante, lungi dal contraddire questa interpretazione, si pongono rispetto ad essa su un piano del tutto differente, in quanto enunciano il ben distinto indirizzo per cui l'avvalimento non può essere trasformato "*in strumento volto semplicemente a migliorare la collocazione in graduatoria dell'impresa ... nell'ambito di gare alle quali essa potrebbe comunque partecipare in base ai suoi propri requisiti*" (così le sentenze C.d.S., Sez. VI, 19 marzo 2015, n. 1422, nonché 18 settembre 2009, n. 5626).

Non rinvenendosi quindi sul tema contrasti giurisprudenziali, non si ravvisano i presupposti per deferire la problematica in esame all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, come pure è stato ipotizzato dall'appellante.

7d Per quanto precede, non può essere esclusa la possibilità che l'avvalimento valga in concreto non solo a supplire alla mancanza di requisiti di partecipazione a una gara, ma anche a far ottenere punteggi addizionali.

7e Ciò posto, l'effettiva esistenza di una simile possibilità dipende, naturalmente, dalla circostanza che nella singola vicenda sia realmente garantita la piena disponibilità, da parte della concorrente, degli elementi conferitile in avvalimento che dovrebbero formare oggetto di valutazione di merito.

Da questa specifica angolazione le censure di parte non offrono, tuttavia, argomenti critici ulteriori rispetto a quelli già esaminati, risolvendosi in una contestazione che sotto questo aspetto presenta un taglio solo astratto e giuridico-formale.

7f Anche questo motivo deve perciò essere senz'altro disatteso.

8 La sentenza impugnata merita conferma, infine, anche nella parte in cui ha dichiarato irricevibili i motivi aggiunti di ricorso proposti a seguito "dell'ultimo segmento di accesso consentito da **Gesap** il 29.09.2015".

Viene qui in rilievo l'accesso alla documentazione inerente alla verifica del possesso dei requisiti dichiarati dal Consorzio aggiudicatario in sede di gara.

8a In proposito è utile ricordare subito la sequenza degli eventi che hanno preceduto la proposizione dei detti motivi aggiunti, così come essa è stata ricostruita dal primo Giudice.

*"La comunicazione ex art. 79, comma V, lett. a) D. Lgs. 163/2006 è stata spedita a mezzo p.e.c. alla ricorrente in data 10.08.2015; la ricorrente, quindi, in data 18.08.2015 ha chiesto di accedere "agli atti di gara", ostesi in data 19.08.2015 ad eccezione della "documentazione tecnico-economica" di Tecnoproject, formalmente chiesta in data 20.08.2015; **Gesap**, con comunicazione in data 21.08.2015, ha reso noto che l'accesso avrebbe potuto essere esercitato dal 27.08.2015 al 03.09.2015; la ricorrente, in data 27.08.2015, ha provveduto a "ritirare su supporto informatico copia dell'offerta tecnica della società Tecnoproject e dei verbali di gara relativi alle sedute pubbliche", ma, in data 31.08.2015, ha formulato ulteriore richiesta di accesso con specifico riferimento alla "relazione/documentazione relativa alla disponibilità della slip-form" ed alla "documentazione amministrativa richiesta dalla stazione appaltante per la formulazione dell'aggiudicazione definitiva"; dopo un sollecito in data 08.09.2015, **Gesap** ha infine risposto in data 22.09.2015, rappresentando "che, per la visione e l'estrazione di copia, codesta Impresa potrà accedere agli uffici della scrivente da lunedì a venerdì dalle ore 09.00 alle ore 13.00"; l'accesso è stato poi concretamente effettuato in data 29.09.2015 ed il ricorso per motivi aggiunti spedito per la notifica in data 12.10.2015."*

8b Tanto premesso, vanno rammentati i passaggi logici essenziali a base della conclusione cui il primo Giudice è addivenuto:

- non vi è prova della mancanza della documentazione a base dei motivi aggiunti nell'iniziale ostensione del 19.08.2015, allorché **Gesap** consentì l'accesso con riferimento, tra l'altro, alla "Busta di gara A: documentazione amministrativa del Consorzio Stabile Tecnoproject";

- l'assenza di tale materiale nella documentazione ostesa da **Gesap** il 19.08.2015 era evincibile ad ogni modo sin dal 20.08.2015, allorché tuttavia la ricorrente, dopo aver dato atto che "è stato consentito alla scrivente l'accesso agli atti limitatamente alla sola documentazione amministrativa dell'impresa Tecnoproject", si limitò a sollecitare nuovamente l'accesso con esclusivo riguardo alla "documentazione tecnica";

- la ricorrente, dopo avere avanzato l'ulteriore richiesta di accesso del 31.08.2015, nonostante l'asserita urgenza ha formulato un solo sollecito nell'arco di ventidue giorni (dal 31.08.2015 al 22.09.2015), e infine, pur a fronte dell'ampia disponibilità temporale garantita da **Gesap** con la propria comunicazione del 22.09.2015, ha esercitato l'accesso solo in data 29.09.2015, ossia una settimana dopo.

In forza di questi elementi il Tribunale è pervenuto alla conclusione che la ritardata conoscenza della documentazione in rilievo non poteva essere imputata alla Stazione appaltante, e, dunque, non era idonea a determinare alcuno slittamento del termine per impugnare, da individuare pertanto nel 30 settembre 2015.

8c Il primo rilievo che l'appellante muove a questo capo di sentenza verte sulla circostanza che alcuni dei documenti oggetto della sua ultima richiesta ostensiva erano pervenuti alla **Gesap** appena il 28 agosto 2015, e pertanto dopo l'accesso del precedente 19 agosto.

Il fatto è, però, che gli atti prodotti dall'appellante in questo grado di giudizio, che risultano pervenuti alla **Gesap** solo il 28 agosto 2015, non hanno alcun legame con il contenuto dei motivi aggiunti la cui tempestività è in discussione, e pertanto non possono valere a giustificarla (i detti atti tardivi riguardano, infatti, i certificati del casellario giudiziale dei vertici dell'impresa ausiliaria, laddove i motivi aggiunti non recano censure connesse a tali documenti).

Venendo invece ai documenti effettivamente posti a base dei motivi aggiunti (ossia gli atti indicati alla pag. 18 dell'appello) va rimarcato che l'appellante, che pure ha la loro disponibilità, non ha fatto in alcun modo constare che essi fossero sopravvenuti alla **Gesap** solo dopo l'accesso del 19 agosto 2015, e pertanto non avrebbero potuto essere acquisiti da essa ricorrente sin da allora.

Sicché il Collegio non può che concludere che la Stazione appaltante disponeva già di questi ultimi documenti, e che gli stessi potevano essere già immediatamente ostesi.

Questo primo argomento critico speso dall'appellante risulta pertanto infondato: e le considerazioni appena svolte avviano a reiezione anche i rimanenti rilievi di parte.

8d Il Collegio condivide, invero, l'obiezione delle appellate che la nuova istanza di accesso del 31 agosto 2015 non fosse idonea a determinare un differimento dei termini d'impugnativa. Questo per la ragione di fondo che la ricorrente, ove si fosse attenuta a un metro di diligenza professionale chiedendo, non appena ne avesse rilevato la mancata ostensione, anche la documentazione attinente alla verifica del possesso dei requisiti dichiarati dall'aggiudicataria, in tal caso avrebbe potuto ottenere già dal precedente giorno 19, o al più il successivo 27 agosto 2015 (giusta nota della **Gesap** del 21 agosto), accesso materiale anche ai documenti sulla cui base sarebbero stati in seguito elaborati i suoi motivi aggiunti.

Merita pertanto adesione la valutazione del T.A.R. che la ricorrente avrebbe potuto e dovuto formulare tutte le proprie doglianze impugnatorie, ivi incluse quelle articolate attraverso i motivi aggiunti, entro il termine di trenta giorni scaduto il 30 settembre 2015.

8e La ricorrente, che il 10 agosto 2015 aveva ricevuto comunicazione dell'aggiudicazione definitiva all'avversaria, dopo la propria richiesta di accesso del 18 agosto (presentata nel termine previsto dall'art. 79, comma 5 *quater*, d.lgs. n. 163/2006) si è doluta dell'incompletezza del susseguente accesso appena ottenuto lamentando in tale occasione, però, unicamente la mancata ostensione della "*documentazione tecnico-economica*" del Consorzio. E pertanto solo tale ulteriore documentazione la società ha richiesto il seguente giorno 20, ottenendo già il giorno successivo la nota di favorevole riscontro della Stazione appaltante.

La ricorrente ha invece chiesto accesso alla documentazione inerente alla verifica del possesso dei requisiti dichiarati dal Consorzio solo il successivo 31 agosto 2015.

A fronte di tanto è immediato osservare, però, che la ricorrente aveva l'onere di instare *ab origine* per l'ostensione anche della documentazione di cui si sta discutendo, e non solo degli altri documenti; e, ove l'accesso ottenuto fosse stato incompleto anche sotto tale profilo, la società, all'atto in cui rinnovava e specificava la propria domanda di accesso, aveva altresì l'onere d'insistere con chiarezza e sollecitudine anche su tale esigenza ostensiva.

E' peraltro esatta anche la considerazione avversaria che, ove la documentazione rivelatasi utile alla formulazione dei motivi aggiunti avesse dovuto intendersi ipoteticamente richiesta dalla ricorrente già il 18 agosto 2015, in tal caso la società avrebbe verosimilmente lamentato il mancato soddisfacimento della relativa istanza in occasione delle sue successive del 20 e 31 agosto. Ciò però non è avvenuto, tanto che l'istanza di accesso del 31 agosto si presenta *in parte qua* come una richiesta ostensiva del tutto nuova: il che appunto conferma come tale documentazione venisse allora richiesta dalla ricorrente, secondo la sua stessa percezione, solo per la prima volta.

Ad ogni modo, tuttavia, anche a tutto concedere, la relativa istanza specifica sarebbe dovuta essere diligentemente (ri)proposta dalla ricorrente già il precedente giorno 20, come da essa incomprensibilmente fatto, invece, per la sola "*documentazione tecnico-economica*" del Consorzio: il che avrebbe portato con ogni probabilità alla piena conoscenza di tutta la documentazione utile entro la fine dello stesso mese di agosto, con la conseguente possibilità di rispettare per tutte le doglianze di parte la scadenza per ricorrere del 30 settembre 2015.

Alla fattispecie odierna si attaglia, quindi, il principio giurisprudenziale per cui è inammissibile il motivo aggiunto che non sia giustificato da una nuova produzione documentale in causa, né dalla tardiva conoscenza di vizi del provvedimento che non sia stato possibile al ricorrente acquisire con la normale diligenza al momento dell'atto introduttivo; altrimenti, la proposizione dei motivi aggiunti si tradurrebbe in un mezzo per eludere la regola del termine di decadenza per impugnare (C.d.S., IV, 15 settembre 2010, n. 6875 ; 24 maggio 2010, n. 3265).

Se è vero, infatti, che ai fini della decorrenza del termine d'impugnazione occorre la conoscenza piena del provvedimento causativo della lesione, è anche vero che la tutela dell'amministrato non può ritenersi operante oltre ogni limite temporale e in base ad elementi puramente esteriori, formali o estemporanei, quali atti di iniziativa di parte (richieste di accesso, istanze, segnalazioni, ecc.), di modo che l'attività dell'Amministrazione e le iniziative dei controinteressati siano soggette indefinitivamente o per tempi dilatati alla possibilità di impugnazione, anche quando l'interessato non si renda parte diligente nel far valere la pretesa entro i limiti temporali assicurategli dalla legge (C.d.S., V, 15 gennaio 2013, n. 170; 5 novembre 2012, n. 5588; 25 luglio 2011, n. 4454; 5 marzo 2010, n. 1298; IV, 12/06/2009, n. 3730).



8f La sentenza impugnata è condivisibile, infine, anche nella parte in cui ha escluso che l'istituto della sospensione feriale dei termini fosse applicabile ai fini dell'accesso ai documenti, stante la sua riferibilità esclusiva ai termini riguardanti l'attività propriamente processuale.

La sospensione di diritto ex L. n. 742 del 1969 per il periodo feriale riguarda testualmente, invero, solo il "*decorso dei termini processuali relativi alle giurisdizioni ordinarie e a quelle amministrative*". Da qui la sua inapplicabilità al termine previsto per l'accesso agli atti amministrativi (anche in materia di appalti pubblici), così come, più ampiamente, ai termini concernenti i procedimenti amministrativi (cfr. ad es. C.d.S., III, 21 aprile 2009, n. 714; VI, 2 maggio 2006, n. 2448).

D'altra parte, la possibilità di un'empirica sommatoria, sul piano aritmetico, del termine previsto per l'accesso agli atti dall'art. 79, comma 5 *quater*, d.lgs. n. 163/2006 a quello di trenta giorni assegnato per la proposizione dell'impugnativa giurisdizionale nulla toglie al fatto che i due addendi corrispondano comunque a due termini distinti e separati, né elimina la diversità delle rispettive nature.

8g I motivi aggiunti in questione si confermano pertanto irricevibili.

9 In conclusione, per le ragioni che sono state esposte l'appello deve essere respinto siccome infondato.

Le spese processuali sono liquidate secondo la soccombenza dal seguente dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale,

definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe, lo respinge.

Condanna la società appellante al rimborso delle spese processuali del presente grado di giudizio, che liquida nella misura complessiva di euro quattromila, oltre gli accessori di legge, in favore di ciascuna delle due aventi diritto.

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

Così deciso in Palermo nella Camera di consiglio del giorno 16 marzo 2016 con l'intervento dei magistrati:

Claudio Zucchelli, Presidente

Hadrian Simonetti, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere, Estensore

Giuseppe Mineo, Consigliere

Giuseppe Barone, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/04/2016

IL SEGRETARIO

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

