



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 Sicilia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 2700 del 2015, integrato da motivi aggiunti,
proposto da Costruzioni Bruno **Teodoro** S.p.a., rappresentato e difeso dagli avv.ti
Francesco Vagnucci ed Arturo Cancrini, con domicilio eletto presso lo studio
dell'avv. Nunzio Pinelli in Palermo, piazza Virgilio n. 4;

contro

Gesap S.p.a., rappresentato e difeso dall'avv. **Massimiliano Mangano**, con
domicilio eletto presso lo studio della medesima in Palermo, via N. Morello n. 40;

nei confronti di

Consorzio Stabile Tecnoproject S.c.a r.l., rappresentato e difeso dall'avv. Patrizia
Stallone, con domicilio eletto presso lo studio della medesima in Palermo, via
Antonio Veneziano n. 69;

per l'annullamento

- del provvedimento di aggiudicazione definitiva ai Consorzio Stabile Tecnoproject
S.c.a r.l. dell'affidamento dei lavori di "*Ampliamento Piazzale Aeromobili Aeroporto*

Falcone Borsellino - Integrazione Area Pavimentata lato Palermo" comunicato - ma non accluso - dalla GES.A.P. S.p.a. con nota prot. n.0009247/15 del 10.8.2015 trasmessa alla deducente con PEC in pari data;

- degli atti e verbali della procedura (ed in particolare, dei verbali n. 1 del 18.2.2015 e n. 4 del 18.5.2015) nonché di tutta l'attività della Commissione giudicatrice, nella parte in cui è stata disposta l'ammissione alla gara del Consorzio Stabile Tecnoproject S.c.a r.l. e/o nella parte in cui ha erroneamente attribuito alla Società controinteressata 18,5 punti sui 20 disponibili in relazione al requisito b) "struttura tecnico organizzativa - curriculum specifico";

- della nota prot. n. 0009919/15 dell'8.9.2015 con cui la GES.A.P. S.p.a. ha rigettato l'istanza di riesame proposta dall'odierna ricorrente ai sensi dell'art. 243-bis, D.Lgs. n. 163/2006;

- di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti, ancorché attualmente non conosciuti.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di **Gesap** S.p.a. e di Consorzio Stabile Tecnoproject S.c. a r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 23 ottobre 2015 il dott. Luca Lamberti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società ricorrente impugna gli atti, *in primis* l'aggiudicazione definitiva, della procedura aperta retta dal criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa

indetta da **GESAP** S.p.a. per l'affidamento dei lavori di “*Ampliamento Piazzale Aeromobili – Integrazione Area Pavimentata Lato Palermo*” dello scalo aeroportuale “Falcone – Borsellino” di Palermo.

La ricorrente precisa di essersi classificata seconda e sostiene che l'aggiudicataria, il Consorzio Stabile Tecnoproject S.c.a r.l. (di seguito, per brevità, semplicemente “Tecnoproject”), avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara ovvero, comunque, ricevere un punteggio per l'offerta tecnica inferiore rispetto a quello in fatto attribuito, tale da determinarne la collocazione in graduatoria in posizione successiva rispetto alla ricorrente stessa.

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, giacchè Tecnoproject avrebbe presentato uno “*staff composto da figure professionali estranee all'apparato aziendale e, per lo più, in forza all'ausiliaria Bacchi*”.

Si sono costituite sia la stazione appaltante sia il contro-interessato.

Il ricorrente, quindi, ha radicato motivi aggiunti, con cui, “*a seguito dell'ultimo segmento di accesso, consentito da **Gesap** il 29.09.2015*”, ha formulato ulteriori censure.

In particolare, si sostiene: che l'aggiudicatario difettasse dei requisiti generali ex art. 38 D. Lgs. 163/2006, giacchè il sig. Salvatore Ferlito, amministratore unico, direttore tecnico e socio unico di Idrogedil S.r.l., società consorziata designata da Tecnoproject quale esecutrice dei lavori ex art. 36, comma V, D. Lgs. 163/2006, risulterebbe “*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.) risulterebbero violazioni fiscali definitivamente accertate suscettibili di rilevare ai sensi della lettera g] dell'art. 38; che il D.U.R.C. dell'impresa ausiliaria sarebbe stato emesso con esclusivo riferimento al settore di attività relativo al C.C.N.L. “cemento” e non consentirebbe, dunque, di acclarare la regolarità contributiva e previdenziale quanto alla Cassa Edile, cui pure la ausiliaria sarebbe iscritta.

Tecnoproject, dal canto suo, ha formulato ricorso incidentale, ove si evidenzia: che la ricorrente sarebbe 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, in tesi doveroso trattandosi di “*subappalto necessario*”; che la disponibilità, per la ricorrente, del macchinario “*slip form*” sarebbe rimessa a “*futuri contratti di nolo*”, in tesi non idonei ad assicurare il carattere “*esclusivo*” della disponibilità del macchinario e, comunque, violativi della l.r. 20/1999 (come integrata dalle successive ll.rr. 7/2002 e 7/2003),

ai sensi della quale – si sostiene – le imprese che intendono valersi di noli a freddo debbono dichiararlo in offerta ed essere espressamente a ciò autorizzate dalla stazione appaltante; che la pregressa esperienza della ricorrente nel settore sarebbe, in realtà, ben inferiore a quanto dichiarato; che la direzione tecnica del cantiere sarebbe affidata ad un ingegnere “junior”, ossia titolare di mera laurea triennale, e che la responsabilità per la sicurezza del cantiere sarebbe curata da soggetto non adeguatamente formato; che pure la ricorrente avrebbe incluso, nella propria offerta, soggetti estranei al proprio organigramma aziendale.

In vista dell’udienza camerale fissata per la delibazione dell’istanza cautelare tutte le parti hanno versato in atti memorie scritte.

In particolare, **Gesap** e Tecnoproject hanno censurato l’irricevibilità del ricorso per motivi aggiunti, in tesi notificato dopo la scadenza del termine decadenziale (trenta giorni più i dieci per l’accesso) decorrente dalla comunicazione di aggiudicazione definitiva, inoltrata alla ricorrente via p.e.c. in data 10.08.2015.

La ricorrente, invece, ha osservato che, a seguito di una sopravvenuta modifica del bando, le categorie OG6 e OG11 sarebbero state qualificate scorporabili e subappaltabili.

All’udienza camerale del 23.10.2015, esaurita la discussione, il Presidente ha dato avviso alle parti della possibilità di definizione immediata del giudizio ai sensi dell’art. 60 c.p.a., sussistendone tutte le condizioni di legge.

DIRITTO

Il Collegio ritiene il ricorso infondato nel merito ed il ricorso per motivi aggiunti irricevibile.

Quanto al ricorso introduttivo, il Collegio osserva che nel contratto di avvalimento l’impresa Bacchi “*si impegna a mettere a disposizione del Consorzio Tecnoproject 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".

In proposito, la ricorrente stigmatizza la, in tesi, non chiara formulazione dell'espresso impegno a mettere a disposizione dell'ausiliata i propri "requisiti tecnico-organizzativi" (sulla cui specifica identificazione non vi è censura) e l'assunta mancata precisazione circa la durata temporale dell'impegno medesimo.

Il Collegio ritiene che l'impegno assunto dall'impresa Bacchi non presenta i lamentati caratteri di genericità ed indeterminatezza.

L'ausiliaria assume, infatti, l'obbligo di "mettere a disposizione del Consorzio Tecnoproject" i requisiti dei quali questa è carente (e sulla cui precisa indicazione, si ripete, 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 testè 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 alla completa "esecuzione dei relativi servizi e/ o forniture", ossia sino all'ultimazione delle lavorazioni appaltate.

L'impresa Bacchi, inoltre, fruisce della piena ed esclusiva giuridica disponibilità del macchinario "*slip form*" quale utilizzatore (*lessee*, nel linguaggio giuridico anglosassone).

Come noto, il contratto di leasing, ancora privo di un'organica disciplina positiva, ha comunque raggiunto, in virtù del frequente utilizzo nella prassi, un apprezzabile grado di tipicità sociale. Esso concreta un'operazione trilaterale nell'ambito della quale un soggetto (utilizzatore o "*lessee*") chiede ad una società di leasing (concedente o "*lessor*") di acquistare presso un fornitore la proprietà di un dato bene, al fine di

concederlo in godimento allo stesso utilizzatore dietro versamento di un corrispettivo periodico.

Il diritto dell'utilizzatore al godimento del bene è, dunque, nei confronti delle controparti negoziali (*in primis* del concedente), pieno ed esclusivo, funzionalmente analogo a quello dell'affittuario o del locatario (tanto che in dottrina il leasing è solitamente indicato come "*locazione finanziaria*"), da cui sostanzialmente si differenzia per l'inclusione, nel computo della misura del compenso periodico, non solo del canone per l'utilizzo del bene ma anche del corrispettivo per il finanziamento (vero fulcro causale dell'operazione).

Inoltre, osserva il Collegio, l'impresa Bacchi ha assunto l'obbligo (*naturaliter* coercibile) di esercitare il diritto di riscatto del macchinario alla scadenza del vincolo contrattuale.

Osserva, dunque, il Collegio, che risultano soddisfatte le prescrizioni del bando relative alla sottovoce "*b.1.2*".

Non ha rilievo, in senso contrario, la facoltà, riconosciuta al concedente dall'art. 2 del contratto di leasing, di "*recedere da e/o risolvere il contratto di fornitura di sua iniziativa in ogni caso di inadempienze del fornitore, con conseguente automatica risoluzione del contratto di locazione*": in disparte la questione della validità giuridica della clausola ove interpretata come contemplante un diritto di recesso esercitabile anche "*dopo che il contratto abbia avuto un principio di esecuzione*" (ed il contratto fra fornitore ed utilizzatore ha effetti reali e, dunque, si esaurisce funzionalmente all'atto del passaggio della proprietà), osserva il Collegio che la disciplina in questione è sostanzialmente riproduttiva della normativa codicistica, che oltretutto, come noto, limita ad ipotesi particolari (la clausola risolutiva espressa, nella specie non ricorrente attesa la genericità della previsione *de qua*) la possibilità di disporre unilateralmente e stragiudizialmente la risoluzione negoziale.

Del resto, rileva conclusivamente sul punto il Collegio, con l'introduzione nel corpo dell'art. 42 D. Lgs. 163/2006 del comma IV bis (ai sensi del quale nelle gare pubbliche per l'affidamento di servizi il leasing è strumento idoneo a garantire il possesso dei requisiti tecnici prescritti dalla *lex specialis*), il Legislatore ha dimostrato di stimare recessive tali astratte possibilità di perdita *ex post* della disponibilità del bene in capo all'utilizzatore rispetto all'interesse alla massima partecipazione alle gare pubbliche; giacchè, peraltro, la norma in parola è dichiaratamente volta "*ad assicurare la massima estensione dei principi comunitari e delle regole di concorrenza*", può fondatamente ritenersi che la stessa, lungi dal recare un'eccezione ai principi generali, rappresenti, al contrario, la disciplina emersa di un più ampio orientamento normativo sotteso alla materia tutta degli appalti, espressamente stabilito, con forza cogente, quanto alla sola materia dei servizi ma, comunque, presente, quanto meno come elemento di indirizzo e modulazione dell'azione amministrativa, pure nelle altre tipologie di appalti.

Né ha fondamento l'ulteriore obiezione sollevata da parte ricorrente in merito al fatto che il trasferimento fisico del macchinario dalla "*sede aziendale*" dell'utilizzatore è contrattualmente subordinato all'assenso scritto del concedente: non solo l'uso produttivo del macchinario ne impone fisiologicamente lo spostamento nei luoghi ove debbono svolgersi le lavorazioni, non solo il termine entro il quale tale "*assenso scritto*" deve essere manifestato non è precisato, ma, comunque, consta che Tecnoproject ha svolto il sopralluogo presso lo scalo di Punta Raisi, in tal modo verificando e garantendo, come da contratto, "*che il luogo ove saranno*" temporaneamente "*installati i beni sia idoneo al loro buon funzionamento e conservazione*".

Infine, la censura mossa nei confronti del riconoscimento di punteggio preferenziale in relazione a requisiti propri dell'ausiliaria, in tesi contrario alla assunta finalità dell'avvalimento di supplire alla sola assenza, in capo al ricorrente, di requisiti di partecipazione, è smentita da recenti arresti giurisprudenziali (su tutti C.G.A. 21

ottobre 2014, n. 569) cui il Collegio presta convinta adesione: 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 e, dunque, è illogica e contraria alla *mens legis* dell'istituto (teso ad ampliare le opportunità di partecipazione alle gare pubbliche) una considerazione per così dire dimezzata della loro rilevanza, arbitrariamente circoscritta alla verifica dei soli criteri di qualificazione e non estesa pure all'apprezzamento degli eventuali elementi preferenziali che gli stessi arrechino all'offerta dell'ausiliata.

Il ricorso per motivi aggiunti è irricevibile.

In sintesi, la vicenda può essere diacronicamente ricostruita come segue: 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.

Il Collegio premette che, nel rito degli appalti, il termine per l'impugnazione, *ex lege* fissato in trenta giorni dalla comunicazione di cui all'art. 79, comma V, D. Lgs. 163/2006, può subire un incremento sino a dieci giorni (cfr., da ultimo, T.A.R. Sicilia, Palermo, 16 febbraio 2015, n. 473 e giurisprudenza ivi citata) in dipendenza dell'accesso agli atti di gara, adempimento spesso necessario per poter compiutamente articolare le proprie difese in giudizio. La norma, peraltro, non individua un termine rigido e fisso per l'accesso, atto a determinare, a valle, una parallela e predeterminata protrazione del termine per impugnare, ma, al contrario, si limita ad imporre all'Amministrazione di consentire l'accesso "*entro dieci giorni*": la conseguenza processuale è - si opina - che il termine per impugnare, in quanto "modulare", non decorre sempre e comunque dalla scadenza del decimo giorno, ma dall'effettivo esercizio dell'accesso (che ben può avvenire prima).

Per quanto di interesse nel caso di specie, comunque, il Collegio, rilevato che il termine per l'accesso non è soggetto alla sospensione feriale, in quanto dettato in materia (ancora) procedimentale e non processuale, osserva che le censure articolate con i motivi aggiunti afferiscono tutte alla documentazione amministrativa prodotta da Tecnoproject in sede di offerta ed ai relativi controlli effettuati dalla stazione appaltante: è in relazione a questa documentazione, dunque, che bisogna scrutinare la tempestività della richiesta di accesso avanzata dalla ricorrente.

In proposito, osserva anzitutto il Collegio che non vi è prova liquida della mancanza di tale documentazione 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*": purtuttavia, in considerazione della mancanza di specifica contestazione di **Gesap** sul punto, il Collegio non si sofferma oltre sulla questione.

Nel merito, l'assenza di tale materiale - evidentemente preesistente allo stesso provvedimento di aggiudicazione e *naturaliter* qualificabile come "*documentazione*

amministrativa' - tra la documentazione ostesa da **Gesap** in data 19.08.2015 era certo evincibile sin dal 20.08.2015, allorché, tuttavia, la ricorrente, 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”.

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

Tali considerazioni, unitariamente apprezzate, impediscono di accogliere la prospettiva defensionale coltivata dalla ricorrente, giacché la ritardata conoscenza della documentazione *de qua* non può essere giuridicamente imputata alla stazione appaltante e, dunque, non è idonea a determinare alcuno slittamento in avanti del termine per impugnare, da individuarsi nel 30.09.2015.

La reiezione delle censure svolte dalla ricorrente esonera il Collegio dall'esame del ricorso incidentale, sia per palesi esigenze di economia processuale, sia per il rispetto dello spirito proprio dell'istituto della sentenza breve, in cui gli interessi delle parti sono tutelati più con la particolare celerità nella definizione della controversia che con la diffusività della motivazione.

Possono compensarsi le spese di lite, a motivo della peculiarità della vicenda.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, rigetta il ricorso e dichiara irricevibile il ricorso per motivi aggiunti.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 23 ottobre 2015 con
l'intervento dei magistrati:

Nicolo' Monteleone, Presidente

Caterina Criscenti, Consigliere

Luca Lamberti, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/11/2015

IL SEGRETARIO

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

Sezioni del sito (piè di pagina)

- [Torna su](#)