

TAR Calabria, Sezione Seconda, Sentenza n. 190 del 6 febbraio 2024

Appalti di lavori – Garanzia fideiussoria – Valida anche se non sottoscritta dall'OE – Avvalimento
– Onere di specificare risorse a disposizione

Pubblicato il 06/02/2024

N. 00190/2024 REG.PROV.COLL.

N. 01396/2023 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1396 del 2023, proposto da (...), in relazione alla procedura CIG (...), rappresentato e difeso dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

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

nei confronti

Ministero (...), Presidenza (...), non costituiti in giudizio;

(...) S.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

e con l'intervento di

ad opponendum: Consorzio Stabile (...), rappresentato e difeso dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

della determinazione dirigenziale della Provincia di (...) n. 2023001648 di data 11 settembre 2023, con cui è stata approvata la proposta di aggiudicazione per l'intervento di adeguamento sismico del Liceo Scientifico – vecchio plesso – di Corigliano Calabro (CS) in favore dell'impresa (...) s.r.l.; dei verbali di gara in seduta pubblica ed in seduta riservata contenenti la valutazione delle offerte, la verifica dei documenti, l'ammissione dei partecipanti, la scelta di attivare il soccorso istruttorio nonché l'ammissione dell'aggiudicataria all'esito del soccorso istruttorio; dell'avviso esito provvisorio del 5 settembre 2023 contenente la proposta di aggiudicazione in favore dell'impresa (...) s.r.l.; di ogni altro atto presupposto, collegato, connesso, e per l'accertamento del diritto della ricorrente all'aggiudicazione dell'appalto in ipotesi di esclusione dell'aggiudicataria; per la declaratoria di inefficacia del conseguente contratto nonché per la declaratoria del diritto della ricorrente a subentrare nel medesimo contratto, e, in via subordinata, per la condanna al risarcimento informa specifica al subentro nel contratto, ovvero in via ulteriormente subordinata, al ristoro del danno subito.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di (...) e di (...) S.r.l. nonché del Consorzio Stabile (...);

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 c.p.a.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 gennaio 2024 il dott. Giampaolo De Piazzi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il ricorrente, in qualità di titolare dell'omonima impresa, presentava tempestivo ricorso avverso il provvedimento di approvazione della proposta di aggiudicazione in favore di (...) s.r.l. della gara indetta per l'affidamento dell'intervento di adeguamento sismico di un edificio scolastico. Il ricorrente impugnava anche i verbali di gara del giorno 1 settembre 2023 in seduta pubblica e del giorno 5 settembre 2023 in seduta riservata, nonché la proposta di aggiudicazione in favore di (...) s.r.l..

Deduceva il ricorrente che, a seguito dell'apertura delle offerte economiche (essendosi avvalsa la stazione appaltante della cd. inversione procedimentale prevista dall'art. 107, comma 3, d.lgs. n. 36 del 2023), al calcolo della soglia di anomalia ed al cd. taglio delle ali, veniva formata la graduatoria provvisoria, nella quale la (...) s.r.l. si posizionava al primo posto, seguita dall'impresa ricorrente.

Esponendo inoltre il ricorrente che, a seguito di istanza di accesso rilevava problematiche in ordine alla garanzia fideiussoria presentata dall'aggiudicataria ed al contratto di avvalimento da quest'ultima stipulato con il Consorzio stabile (...) per il possesso dell'attestazione SOA relativamente alla categoria OG1 classifica IV, e sulla base di ciò proponeva il ricorso introduttivo del presente giudizio.

2. In particolare, con il primo motivo di gravame il ricorrente riteneva che l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa in considerazione del fatto che, secondo l'art. 10 del bando di gara, l'offerta doveva risultare corredata a pena di esclusione di una garanzia provvisoria conforme al modello ministeriale, e che entro il termine di presentazione delle offerte l'aggiudicataria aveva prodotto una polizza munita solo della firma del garante, per cui la garanzia dimessa risultava invalida. Inoltre il ricorrente riteneva illegittima l'attivazione del soccorso istruttorio sul rilievo che la garanzia provvisoria costituirebbe parte essenziale ed integrante dell'offerta e risulterebbe quindi insuscettibile di soccorso istruttorio, per cui la controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa anche per tale ulteriore ragione.

2.1. La disamina del profilo proseguiva con il secondo motivo di censura nel quale il ricorrente, richiamato il disposto dell'art. 10 del bando, il cui penultimo capoverso prevede che sia sanabile mediante soccorso istruttorio la mancata presentazione della garanzia provvisoria purché la stessa risulti già costituita prima della scadenza del termine per la presentazione dell'offerta, rilevava che l'aggiudicataria aveva apposto la propria sottoscrizione soltanto successivamente (1 settembre 2023) allo spirare di detto termine (31 agosto 2023), e riteneva quindi violata sia la *lex specialis* che l'art. 101 d.lgs. n. 36 del 2023, con conseguente illegittimità del disposto soccorso istruttorio e dell'aggiudicazione.

2.2. Con il terzo motivo di censura, premesso che (...) s.r.l. ha soddisfatto il requisito della SOA in categoria OG1 in classifica IV mediante contratto di avvalimento stipulato con il Consorzio stabile (...), e ricordato che l'art. 7 del bando prescrive che nel contratto di avvalimento le parti specificano le risorse strumentali e umane che l'ausiliario mette a disposizione del concorrente, il ricorrente sosteneva l'invalidità del contratto di avvalimento fra l'aggiudicataria ed il predetto consorzio deducendone il carattere generico ed un difetto di causa. Secondo la tesi del ricorrente, il contratto de quo agitur avrebbe dovuto specificare l'intera struttura ed organizzazione aziendale dell'ausiliaria, comprensiva di tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse, e la mancanza delle suvviste specificazioni renderebbe detto contratto invalido per genericità. Inoltre, il ritenuto corrispettivo irrisorio del contratto denoterebbe una mancanza di causa e dunque la nullità del contratto, invalido anche sotto il profilo del difetto di titolarità dei mezzi messi a disposizione dal Consorzio.

2.3. Con il quarto motivo di gravame, il ricorrente riteneva illegittimo anche il provvedimento di aggiudicazione della gara in favore di (...) s.r.l. in quanto colpito da invalidità derivata per i profili di illegittimità della disposta ammissione della stessa al procedimento concorsuale.

Il ricorrente chiedeva inoltre il subentro nel contratto eventualmente stipulato dalla

stazione appaltante con l'aggiudicataria ovvero in alternativa il risarcimento del danno, e proponeva istanza di tutela cautelare.

3. Si costituivano ritualmente l'aggiudicataria nonché l'amministrazione provinciale intimata, che confutavano le affermazioni della ricorrente sostenendo la legittimità degli atti censurati. In particolare, sia la difesa dell'amministrazione che quella di (...) s.r.l. rappresentavano la validità della garanzia recante la sottoscrizione del garante e non anche del contraente. Inoltre, l'aggiudicataria confutava analiticamente le censure proposte nei confronti del contratto di avvalimento, di cui evidenziava la validità e la conseguente piena idoneità a conferire all'ausiliata il requisito di cui risultava sprovvista e tutte le relative risorse.

3.1. In data 23 ottobre 2023 il Consorzio stabile (...) presentava atto di intervento ad opponendum, confutando a sua volta le tesi del ricorrente. In particolare il Consorzio, premesso che il contratto di avvalimento aveva ad oggetto la categoria OG1 in classifica VII, superiore alla IV richiesta dal bando, evidenziava il carattere determinato di detto contratto il cui oggetto era rappresentato dall'intero apparato organizzativo, affermava che i mezzi messi a disposizione possono essere sostituiti con altri aventi medesime caratteristiche e rilevava che per un mero errore materiale era stato prodotto un elenco mezzi non più attuale.

4. Con ordinanza del 26 ottobre 2023 n. 597/2023 veniva respinta l'istanza di tutela cautelare avanzata dal ricorrente.

L'ordinanza cautelare emessa dall'intestato Tribunale veniva appellata dal ricorrente avanti al Consiglio di Stato, che con ordinanza di data 1 dicembre 2023 n. 4835/2023 respingeva il gravame rilevando l'assenza di un pregiudizio irreparabile.

5. In vista della pubblica udienza fissata per il giorno 17 gennaio 2024, dimettevano memoria difensiva il ricorrente e la controinteressata aggiudicataria, richiamando le proprie argomentazioni. Di seguito, producevano memoria di replica l'aggiudicataria e l'interveniente consorzio, che confutavano le tesi del

ricorrente.

6. Alla pubblica udienza del giorno 17 gennaio 2024 la causa passava in decisione.

7. Il ricorso risulta infondato e va quindi respinto, dovendo trovare conferma la decisione raggiunta dalla Sezione in sede cautelare.

7.1. Iniziando la disamina delle varie censure proposte, va disatteso il primo motivo di ricorso, con il quale il ricorrente ritiene violato l'art. 10 del bando di gara per difetto di presentazione di una valida cauzione attesa la sottoscrizione da parte del solo garante della polizza dimessa dall'aggiudicataria, che secondo tale tesi avrebbe dovuto essere esclusa.

Come è stato affermato in giurisprudenza, la fideiussione produce l'effetto di obbligare il garante nei confronti del soggetto a cui favore è prestata la garanzia anche a prescindere dalla sottoscrizione del debitore garantito (T.A.R. Sicilia - Catania, sez. III, sent. 26 ottobre 2009, n. 1744), posto che, come previsto dall'art. 1936, secondo comma, c.c., il debitore potrebbe persino non avere conoscenza della fideiussione, che risulterebbe comunque efficace.

Inoltre, nella vigenza del d.lgs. n. 50 del 2016 è stato precisato che la fideiussione imposta agli operatori economici in sede di gara rappresenta una obbligazione di garanzia di fonte legale che «sorge a seguito della stipulazione di un contratto tra un terzo garante e il creditore che si può perfezionare anche mediante la sola proposta del primo non rifiutata secondo il meccanismo dell'art. 1333 cod. civ.» (Consiglio di Stato, ad. plen., sent. 26 aprile 2022 n. 7/2022).

Pertanto, la polizza dimessa dall'aggiudicataria e risultata sottoscritta solo dal garante risultava idonea a soddisfare quanto richiesto sia dal bando di gara che dalla normativa in materia di contratti pubblici, attesa la sostanziale identità di dettato e di ratio fra l'art. 106 d.lgs. n. 36 del 2023 e l'art. 93 d.lgs. n. 50 del 2016 oggetto del riferito arresto dell'adunanza plenaria. Risulta quindi irrilevante la circostanza che la polizza recante la sottoscrizione anche dell'aggiudicataria sia stata dimessa solo successivamente alla scadenza del termine per la presentazione

delle offerte, in quanto nel rispetto di detto termine risultava prodotta la polizza sottoscritta dal garante, pienamente valida per quanto esposto.

Risulta non condivisibile e va parimenti respinto anche quanto osservato dal ricorrente nella memoria difensiva dimessa in data 29 dicembre 2023, in quanto l'accordo contrattuale fra l'aggiudicataria ed il garante resta estraneo e sullo sfondo rispetto alla presentazione della garanzia richiesta dal legislatore per la partecipazione alla gara, soddisfatta con la produzione di una polizza sottoscritta anche dal solo garante e non rifiutata dalla stazione appaltante, che in tal modo beneficia della garanzia.

7.2. Parimenti risultano infondati sia il prosieguo del menzionato primo motivo che il secondo motivo di ricorso, con il quale il ricorrente lamenta l'illegittima adozione del soccorso istruttorio relativamente alla polizza dimessa dall'aggiudicataria, ritenendo da un lato detto istituto non azionabile sul rilievo che la garanzia rappresenterebbe parte essenziale dell'offerta, e dall'altro richiamando la *lex specialis* che ritiene sanabile la mancata presentazione della garanzia provvisoria purché già costituita entro il termine di presentazione delle offerte.

Sotto il primo profilo, la censura risulta smentita dal chiaro ed univoco dettato normativo, posto che l'art. 101 d.lgs. n. 36 del 2023 consente il ricorso al soccorso istruttorio anche per sanare la mancata produzione della garanzia provvisoria, con la conseguenza che la regolarizzazione di una garanzia prodotta ma non leggibile rientra nel perimetro della predetta norma.

Per quanto attiene il secondo aspetto, come già sopra evidenziato entro il termine di presentazione delle offerte risultava prodotta una valida polizza, tale essendo quella risultata sottoscritta dal garante, per cui legittimamente il seggio di gara ha disposto mediante soccorso istruttorio la produzione di una copia leggibile della polizza. Sul punto, risulta dirimente il dettato non solo della richiamata disposizione del codice dei contratti ma anche dell'art. 13 del bando di gara, che al secondo capoverso, terzo paragrafo, chiaramente ammette il soccorso istruttorio

per l'ipotesi di garanzia provvisoria costituita ma mancante, con ciò legittimando il ricorso a tale istituto anche per il caso in cui detta garanzia, pur prodotta, risulti irregolare (come nel caso de quo agitur, in cui la polizza dimessa in gara risultava non leggibile).

7.3. Anche il terzo motivo di gravame, con il quale il ricorrente deduce la nullità del contratto di avvalimento per genericità e per difetto di causa derivante dalla ritenuta irrisorietà dell'importo, risulta infondato e va disatteso.

L'art. 104, comma 1, d.lgs. n. 36 del 2023 dispone che il contratto di avvalimento reca l'indicazione specifica delle risorse messe a disposizione dell'operatore economico ed è normalmente oneroso.

Sotto il primo profilo, la prescrizione della specificità dell'indicazione delle risorse che l'ausiliaria mette a disposizione dell'operatore economico non deve essere intesa come onere di analitica e dettagliata indicazione di ogni singola risorsa conferita. In particolare, come osservato in giurisprudenza l'onere di specificazione imposto dal legislatore non deve spingersi sino all'indicazione numerica e delle esatte qualifiche del personale messo a disposizione nonché sino all'esatta quantificazione ed identificazione dei mezzi d'opera conferiti, risultando sufficiente a soddisfare quanto richiesto la precisazione della messa a disposizione di personale qualificato e l'indicazione dei criteri per la quantificazione delle risorse e dei mezzi da conferire (Consiglio di Stato, sez. V, sent. 13 aprile 2022, n. 2784/2022).

Con riferimento all'ipotesi in cui l'ausiliaria metta a disposizione (anche, come nel presente caso) l'attestazione SOA, secondo la giurisprudenza risulta determinato il contratto di avvalimento in cui si ricavi con sufficiente chiarezza l'impegno dell'impresa ausiliaria a prestare le proprie risorse ed il proprio apparato organizzativo (T.A.R. Sicilia - Catania, sez. IV, sent. 17 luglio 2023 n. 2242/2023).

Nel caso de quo agitur, il contratto di avvalimento intercorso fra l'aggiudicataria ed il Consorzio stabile (...) e versato in giudizio prevede all'art. 2 che quest'ultimo si

impegna a mettere a disposizione oltre al requisito altrimenti mancante (la SOA categoria OG1 in classifica VII, superiore rispetto a quella richiesta) anche il know-how tecnologico e commerciale ed il relativo staff tecnico, i tecnici necessari – indicati in un ingegnere, un architetto ed un geometra – le attrezzature ed i mezzi tecnici necessari, descritti in un primo momento nell'indicata clausola contrattuale mediante richiamo a varie categorie di mezzi e strumenti quali ponteggi omologati, gru rotativo, impastatrici betoniere, macchine da taglio, martelli demolitori, camion con cassone ribaltabile, escavatori, ecc., e poi analiticamente indicati in un elenco riportante matricole e targhe.

Non coglie quindi nel segno la censura di genericità del contratto di avvalimento, che risulta in realtà sufficientemente determinato quanto alle risorse ed ai mezzi messi a disposizione dall'ausiliaria in favore dell'aggiudicataria.

7.5. Parimenti non coglie nel segno la censura di difetto di titolarità dei mezzi indicati dall'ausiliaria nel ricordato elenco a corredo del contratto di avvalimento.

In realtà, premesso che non risulta necessario che il contratto di avvalimento specifichi dettagliatamente i mezzi che vengono prestati (Consiglio di Stato, sez. V, sent. 20 novembre 2023, n. 9904), l'indicazione non analitica precedentemente compiuta nel testo contrattuale in ordine ai mezzi d'opera e di cantiere nonché alle attrezzature appare sufficiente ad integrare il requisito di genericità del contratto di avvalimento, il cui oggetto può anche essere solo determinabile in ossequio al dettato dell'art. 1346 c.c., per cui l'elenco indicante matricole e targhe potrebbe anche mancare senza che ciò possa comportare conseguenze sul piano della validità contrattuale.

Inoltre, risulta irrilevante il fatto che dal patrimonio e/o dalla disponibilità del Consorzio risultino usciti alcuni dei mezzi targati indicati nel menzionato elenco, e ciò non solo in considerazione del ridotto rapporto percentuale di questi ultimi rispetto alla totalità dei mezzi indicati ma soprattutto in quanto non può ravvisarsi un vincolo di indisponibilità al trasferimento della titolarità dei mezzi per il solo

fatto di averli inseriti in un elenco accessorio ad un contratto di avvalimento.

Ed infatti, il Consorzio è pienamente titolare del potere, rientrando nella gamma del complesso di facoltà dominicali, di trasferire a terzi elementi del proprio patrimonio, fermo solo restando l'onere di sostituire i mezzi alienati o comunque usciti dalla propria disponibilità con altrettanti dotati di analoghe caratteristiche.

7.6. Anche la censura di invalidità del contratto di avvalimento per irrisorietà del corrispettivo non coglie nel segno e va disattesa.

Innanzitutto occorre evidenziare che, come osservato in giurisprudenza, la previsione del corrispettivo resta sottratta al sindacato giurisdizionale (Consiglio di Stato, sez. V, sent. 20 novembre 2023, n. 9904), al punto che si è ammessa in giurisprudenza la validità di contratti di avvalimento privi di clausole sul prezzo, purché connotati dalla patrimonialità delle prestazioni oggetto delle obbligazioni.

Nel presente caso, il già citato contratto di avvalimento intercorso fra l'aggiudicataria e l'ausiliaria prevede all'art. 7 che in ipotesi di aggiudicazione definitiva la prima corrisponda alla seconda l'importo presunto di € 65.967,16 oltre i.v.a., comunque da quantificarsi in un importo pari al 3% del valore dell'appalto al netto del ribasso d'asta offerto, nonché l'importo di € 8.160,40 oltre i.v.a. ugualmente da quantificarsi in un importo pari al 3% del relativo valore sempre al netto del ribasso d'asta offerto per l'esecuzione di lavori complementari. Inoltre, risulta previsto che l'aggiudicataria corrisponderà all'ausiliaria il costo delle risorse che verranno fornite.

A fronte delle suddette pattuizioni, il contratto non risulta presentare un importo irrisorio, tenuto peraltro conto che non può darsi ingresso ad un sindacato del giudice sulla congruità o meno del corrispettivo contrattuale, in quanto ciò violerebbe l'autonomia negoziale delle parti, libere di determinare i termini dell'accordo ove non risultino intercettate e violate previsioni normative inderogabili.

7.7. Risulta infondato anche il quarto ed ultimo motivo di ricorso, con il quale

viene dedotta sotto il profilo dell'invalidità derivata l'illegittimità dell'aggiudicazione sulla base dei motivi di invalidità introdotti nei punti precedenti, la cui infondatezza è stata rilevata per le ragioni già esposte.

8. In conclusione, il ricorso risulta infondato e deve pertanto essere respinto.

9. Le spese di giudizio seguono la soccombenza, e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna il ricorrente a rifondere le spese di giudizio in favore dell'amministrazione resistente provincia di (...), della controinteressata (...) s.r.l. e dell'interveniente Consorzio stabile (...), che liquida nella misura di € 4.000,00 per ognuna delle parti, oltre spese generali, i.v.a. e c.p.a. come per legge, mentre le compensa nei confronti delle amministrazioni statali intime, che non hanno svolto attività difensiva.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 17 gennaio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Ivo Correale, Presidente

Francesco Tallaro, Consigliere

Giampaolo De Piazzi, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Giampaolo De Piazzi

IL PRESIDENTE

Ivo Correale

IL SEGRETARIO