

Publicato il 04/11/2020

N. 05021/2020 REG.PROV.COLL.
N. 03424/2020 REG.RIC.



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 della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.,

sul ricorso numero di registro generale 3424 del 2020, proposto da:

ALP Consorzio Stabile (di seguito: ALP), in persona del legale rappresentante pro tempore, e Gicada Group S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, Amministratore unico pro tempore, quale impresa consorziata e designata all'esecuzione dei lavori oggetto dell'appalto, rappresentante e difese dall'avv. Sergio Turturiello, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e con il domicilio eletto in Napoli alla Viale Gramsci n. 16;

contro

- Comune di Paolisi, in persona del Sindaco, legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Ferdinando Pinto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Erik Furno in Napoli, via Cesario Console n. 3;

- ASMEL, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituito in giudizio;

nei confronti

Opera di Stravino Carmine (Opera Stravino), ditta individuale, in persona del legale rappresentante pro tempore, Carmine Stravino, in proprio e quale mandataria dall'ATI costituenda con la società "Ferraro Costruzioni S.r.l." (ATI Stravino-Ferraro), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dall'avv. Giuseppe Costanzo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento:

a) della nota prot. n. 5681 del 3 settembre 2020 del R.U.P del Comune di Paolisi avente ad oggetto "Affidamento lavori per la realizzazione plesso scolastico comunale scuola materna – elementare – media del comune di Paolisi (BN) – Comunicazione di cui all'art. 76 comma 5 e 6 del decreto legislativo n. 50/2016";

b) della determinazione n. 117 (R.G. 174/2020) del 14 settembre 2020, con cui il R.U.P. ha approvato i verbali di gara, conosciuta a seguito di comunicazione prot. n. 5929 di pari data;

c) in parte qua, dei verbali di gara e della seguente determinazione n. 18 (R.G. 20) del 18 febbraio 2020, contenente l'approvazione dell'elenco ammessi ed esclusi, nella parte in cui non è stata disposta l'esclusione della controinteressata;

d) in parte qua, del bando e del disciplinare di gara e dei relativi allegati se intesi come legittimanti all'avvalimento in contrasto con l'art. 89 d. lgs. 50/2016 per le ragioni precisate in parte motiva;

e) della determina R.G. n. 15 del 5 febbraio 2020 del Responsabile del Settore 4, Ufficio Tecnico del Comune di Paolisi, avente ad oggetto la nomina della commissione di gara e della ivi richiamata nota prot. n. 560 del 22 gennaio

2020, conosciute in data 28 settembre 2020, a seguito dell'accesso agli atti avanzato in data 4 settembre 2020;

f) di ogni altro atto antecedente connesso e consequenziale comunque lesivo.

Per la declaratoria d'inefficacia ai sensi degli artt. 121 e 122 del d.lgs. 104/2010 del contratto di appalto eventualmente stipulato in esecuzione dei provvedimenti impugnati, nonché per la declaratoria del diritto della ricorrente a subentrare nel medesimo contratto, ove concluso prima della decisione della causa di merito, anche per la parte residua.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Paolisi, della società Opera di Stravino Carmine e dell'ATI Stravino-Ferraro;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 21 ottobre 2020 il dott. Gianmario Palliggiano, presenti l'avv. S. Turturiello per la parte ricorrente, l'avv. G. Coppola Acquaviva per Opera di Stravino Carmine, in dichiarata delega dell'avv. G. Costanzo;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 c.p.a.;

Visto l'art. 120, comma 6, c.p.a.

1.- Il Comune di Paolisi, con determinazione n. 116 del 12 dicembre 2019, aveva indetto una procedura di gara avente ad oggetto i lavori di: "Realizzazione del plesso scolastico comunale: scuola materna elementare-media nel comune di Paolisi", con importo a base d'asta pari ad € 2.785.000,00, da affidarsi in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Conclusasi la procedura di gara, Opera Stravino è risultata prima in graduatoria in veste di capogruppo mandataria con il costituendo ATI con la mandante Ferraro Costruzioni.

Pertanto, la Stazione appaltante, con determinazione n. 117 (R.G. 174/2020) del 3 settembre 2020 ha approvato di verbali di gara e disposto l'aggiudicazione dell'appalto in favore dell'ATI Stravino/Ferraro, come emerge dalla comunicazione prot. n. 5681 del 3 settembre 2020 di cui all'art. 76, commi 5 e 6, d. lgs 50/2016.

2.- Con l'odierno ricorso, notificato il 3 ottobre 2020 e depositato il successivo 7, l'ALP Consorzio Stabile, secondo classificato, ha impugnato l'aggiudicazione in favore dell'ATI Stravino-Ferraro, chiedendone l'annullamento, previa sospensione cautelare.

La ricorrente ha anche chiesto – ai sensi degli artt. 121 e 122 c.p.a. – la dichiarazione giurisdizionale d'inefficacia del contratto, laddove sia stato nel frattempo stipulato con l'aggiudicataria

Ha dedotto le seguenti censure:

1) Violazione dell'art. 89, comma 1, d. lgs 50/2016; nullità per indeterminatezza e genericità del contratto di avvalimento; violazione dell'art. 84 d. lgs 50/2016; violazione della *lex specialis* di gara.

1.1.) Opera Stravino, allo scopo di qualificarsi e, quindi, potere partecipare alla gara, non essendo in possesso del requisito di capacità tecnica di cui alla categoria OG1– previsto dall'art. 3.2.3 lett. a) del disciplinare - ha dichiarato di avvalersi della SOA posseduta dall'ausiliaria B. Home.

L'esame del contratto mostrerebbe, tuttavia, un contenuto generico ed indeterminato laddove, trattandosi di avvalimento tecnico od operativo, i contraenti sarebbero obbligati ad indicare con precisione i mezzi aziendali e le risorse determinate messi a disposizione dell'ausiliata, allo scopo di eseguire completamente l'appalto. La circostanza che il prestito per avvalimento sia di carattere cartolare sarebbe riscontrabile dalla previsione di un corrispettivo irrisorio di 25 mila euro, pari allo 0,9% circa dell'importo netto del contratto d'appalto, corrispettivo che appare incompatibile con una

concreta ed effettiva messa a disposizione di dotazioni strumentali, tecnologiche e organizzative, tali da integrare il requisito mancante.

1.2.) Inoltre, il disciplinare di gara, al punto 3.1.4. lett. f), ammette l'avvalimento in relazione al requisito del possesso del sistema di qualità ISO 9001 solo se unito indissolubilmente all'avvalimento della pertinente attestazione SOA dell'operatore economico ausiliario.

Nel caso specifico, il contratto di avvalimento si riferisce solo alla categoria generale SOA senza riferimento alcuno alla certificazione di qualità ISO 9001 e ad eventuali assunzioni dirette nell'esecuzione dei lavori.

1.3.) Per di più, non è inserito alcun impegno ad assumere direttamente i lavori in relazione ai quali si è ricorsi all'avvalimento.

2) Eccesso di potere; carenza assoluta d'istruttoria e difetto di motivazione del provvedimento di aggiudicazione; violazione dell'art. 89, comma 3, e dell'art. 83, comma 8, d.lgs. 50/2016.

La stazione appaltante, non avendo rilevato il deficit delle risorse concretamente prestate dall'ausiliaria ai fini dell'assolvimento del requisito di partecipazione dell'ausiliata, non solo avrebbe illegittimamente qualificato un concorrente, ma non potrebbe in alcun modo controllare - come richiesto dall'art. 89, comma 9, del d.lgs. 50/2016 - se le risorse relative all'attestazione SOA, saranno effettivamente impiegate nella fase esecutiva del contratto.

3) La ricorrente ha quindi chiesto – ai sensi degli artt. 121 e 122 c.p.a. – che il giudice adito pronunci l'inefficacia del contratto, laddove sia stato nel frattempo stipulato tra la stazione appaltante e l'aggiudicataria.

4) In via subordinata, nell'ipotesi di mancato accoglimento delle precedenti censure, la ricorrente ha quindi lamentato la violazione degli artt. 77 e 216, comma 12, d. lgs 50/2016.

Sostiene la ricorrente che, come risulta dagli atti di gara – in particolare, dalla determina n. reg. gen. 15 del 5 febbraio 2020 del Responsabile del Settore 4 Ufficio Tecnico - la nomina dei tre componenti della Commissione di gara sarebbe avvenuta senza alcuna forma di predeterminazione dei relativi criteri e al di fuori di una procedura trasparente idonea a comprendere le ragioni della preferenza accordata ai prescelti su una rosa di ben tredici aspiranti.

3.- Con atti depositati, rispettivamente, il 9 ed il 12 ottobre 2020, si sono costituiti in giudizio il Comune di Paolisi e l'Opera di Stravino, quest'ultima in proprio e quale capogruppo mandataria della costituenda ATI Stravino-Ferraro; con distinte memorie, entrambe depositate il 19 ottobre 2020, hanno argomentato per il rigetto del ricorso.

La causa è stata discussa alla camera di consiglio del 21 ottobre 2020 per l'esame dell'istanza cautelare. Al termine della discussione, il Presidente ha dato avviso alle parti circa la possibile definizione del giudizio con decisione in forma semplificata, ai sensi dell'art. 60 c.p.a., in applicazione dell'art. 120, comma 6, c.p.a.

4.- Il ricorso è nel merito infondato.

4.1.- Infondate sono la prima e la seconda censura, le quali possono essere esaminate congiuntamente in considerazione dei contenuti di sostanziale derivazione della seconda rispetto alla prima.

Nella fattispecie in esame, l'avvalimento riguarda la categoria "OG1 - Edifici civili e industriali", le cui componenti attengono ad opere generali ed interventi edilizi non complessi quali, precisamente: "la costruzione, la manutenzione o la ristrutturazione di interventi puntuali di edilizia occorrenti per svolgere una qualsiasi attività umana, diretta o indiretta, completi delle necessarie strutture, impianti elettromeccanici, elettrici, telefonici ed elettronici e finiture di qualsiasi tipo nonché delle eventuali opere connesse, complementari e accessorie."

Il riferimento ad edifici e residenze è generico e richiede un'organizzazione aziendale più semplice rispetto a quella che è invece sarebbe necessaria per altre categorie, generali e speciali, più complesse, relative, ad esempio, ad immobili sottoposti a tutela ai sensi delle disposizioni in materia di beni culturali e ambientali (OG2); a strade, autostrade, ponti, viadotti, ferrovie, metropolitane (OG3); ad opere d'arte nel sottosuolo (OG4), sino ad arrivare ad opere di armamento ferroviario e ad impianti interni elettrici, telefonici, radiotelefonici e televisivi (OS29-30).

Pertanto, se è vero che, nel caso di specie, si versa nell'ambito dell'avvalimento di tipo operativo, tuttavia non è richiesta la messa a disposizione da parte dell'ausiliaria di elementi aziendali complessi, ovvero di unità di personale con qualifiche di particolare specializzazione o professionalità.

Si è dell'avviso, quindi, che i diffusi richiami alla giurisprudenza, da parte della ricorrente, siano relativi a casi non pertinenti a quello in esame, in quanto riferiti a situazioni nelle quali l'ausiliaria deve mettere a disposizione dell'ausiliata "esperienze professionali" in senso stretto.

4.2.- In ogni caso, il contratto di avvalimento in discussione appare rispondere ai requisiti previsti,

in quanto contempla:

- le risorse umane messe a disposizione, con indicazione delle qualifiche;
- l'elenco dei mezzi strumentali e delle attrezzature funzionali all'esecuzione dei lavori appaltati (escavatore, Bobcat, impastatrice, autocarro);
- la previsione della responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante;
- il corrispettivo previsto per l'obbligazione nascente dalla sottoscrizione del predetto contratto di avvalimento.

In virtù di questi elementi, l'oggetto del contratto di avvalimento in questione, da un lato, non appare indeterminato e, dall'altro, risulta congruo e proporzionato rispetto agli interventi da svolgersi, consistenti nella costruzione di un edificio scolastico per il quale la partecipante alla gara ha comunque fornito i relativi documenti tecnici.

4.3.- Giova ricordare che, secondo i recenti e condivisibili orientamenti della giurisprudenza amministrativa, per valutare la validità di un contratto di avvalimento, non è utile fare ricorso ad “aprioristici schematismi concettuali che possano irrigidire la disciplina sostanziale della gara” (in questo senso, Cons. Stato, Sez. V, 22 ottobre 2015, n. 4860; idem, 13 febbraio 2017, n. 596) dovendo, viceversa, ritenersi valido il contratto di avvalimento nell'ipotesi in cui l'oggetto, pur non essendo puntualmente determinato “sia tuttavia agevolmente determinabile dal tenore complessivo del documento, e ciò anche in applicazione degli articoli 1346, 1363 e 1367 del codice civile” (Consiglio di Stato, Ad. Plenaria, 4 novembre 2016, n. 23).

L'indagine circa la validità del contratto di avvalimento allo scopo di attestarne il possesso dei richiesti titoli partecipativi, va svolta in concreto, avuto riguardo al tenore testuale dell'atto ed alla sua idoneità ad assolvere la precipua funzione di garanzia assegnata all'istituto (cfr. sul punto Cons. Stato, sez. III, 3 maggio 2017, n. 2022).

D'altronde, il d. lgs. 50/2016, nuovo Codice dei contratti pubblici, appare maggiormente orientato verso il principio del *favor participationis*, rispetto alla disciplina contenuta nel precedente.

Pertanto, all'interesse pubblico primario volto all'individuazione del miglior contraente per l'amministrazione (*par condicio competitorum*), che già permeava la precedente disciplina degli appalti pubblici, si è aggiunto quello di garantire la massima partecipazione alle procedure di evidenza pubblica da parte degli operatori economici.

L'attuazione del principio del *favor participationis* ha contribuito ad un progressivo depotenziamento degli ostacoli che precludono l'accesso alla gara; per questo, la nuova disciplina che tratteggia l'istituto dell'avvalimento è ispirata alla massima apertura dell'attività pubblica alla concorrenza a vantaggio sia degli operatori economici sia delle amministrazioni.

Di conseguenza, il grado di determinatezza del contratto di avvalimento non può che sottostare ai requisiti previsti per la generalità dei contratti e, dunque, al contenuto e all'interpretazione degli artt. 1346, 1363 e 1367 c.c. (cfr. sul punto TAR Lazio, Roma, 30 marzo 2017, n. 407).

Non è quindi necessario che il contratto abbia un oggetto determinato, essendo sufficiente che questo sia determinabile sulla scorta degli elementi complessivi risultanti dall'accordo (art. 89 d.lgs. n. 50 del 2016), sempreché risulti in maniera univoca l'impegno dell'impresa ausiliaria a mettere a disposizione dell'ausiliata il requisito richiesto per l'intera durata dell'appalto (cfr. sul punto TAR Lazio, Roma, 30 marzo 2017, n. 407).

5.- Infondata è, altresì, la censura relativa alla mancata messa a disposizione del possesso, da parte dell'ausiliaria, della certificazione di qualità identificata come UNI EN ISO 9001.

5.1.- Sul punto, è sufficiente osservare che l'appena menzionata certificazione di qualità è presupposto necessario per l'iscrizione alla categoria OG1.

Non è quindi possibile conseguire quest'ultima se non si ha anche titolo alla prima; ne consegue, come corollario, che l'iscrizione alla categoria OG1 include anche il possesso della certificazione UNI EN ISO 9001.

Ciò trova conferma nel dettato normativo.

L'art. 84, comma 1, d. lgs 50/2016 dispone, infatti, che: "...i soggetti esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 euro provano il possesso dei requisiti di qualificazione di cui all'articolo 83, mediante attestazione da parte degli appositi organismi di diritto privato

autorizzati dall'ANAC. L'attività di attestazione è esercitata nel rispetto del principio di indipendenza di giudizio, garantendo l'assenza di qualunque interesse commerciale o finanziario che possa determinare comportamenti non imparziali o discriminatori. Gli organismi di diritto privato di cui al primo periodo, nell'esercizio dell'attività di attestazione per gli esecutori di lavori pubblici svolgono funzioni di natura pubblicistica, anche agli effetti dell'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20”.

Il successivo comma 4, alla lett.c), precisa che: “gli organismi di cui ai comma 1 attestano: c) il possesso di certificazioni di sistemi di qualità conformi alle norme europee della serie UNI EN ISO 9000 e alla vigente normativa nazionale, rilasciate da soggetti accreditati ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000 e della serie UNI CEI EN ISO/IEC 17000”.

In sintesi, il menzionato art. 84 d. lgs 50/2016 dispone che gli esecutori di opere pubbliche provino i requisiti di qualificazione mediante attestazione SOA per categorie e classifiche idonei ai lavori da assumere.

In assenza, gli organismi di attestazione, nel momento in cui rilasciano la relativa certificazione, attestano l'idoneità di un operatore economico ad eseguire lavori fino alla concorrenza della classifica assegnata.

Gli stessi organismi, inoltre, attestano anche il possesso delle certificazioni ISO da parte degli operatori economici muniti di SOA.

Sul punto, l'art 63 D.P.R. n. 207/2010 prescrive, infatti, che “1. Ai fini della qualificazione, ai sensi dell'articolo 40, comma 3, lettera a), del codice [d. lgs. 163/2006, all'epoca vigente, ndr], le imprese devono possedere il sistema di qualità aziendale conforme alle norme europee della serie UNI EN ISO 9000, ad esclusione delle classifiche I e II. 2. La certificazione del sistema di qualità aziendale è riferita agli aspetti gestionali dell'impresa nel suo complesso con riferimento alla globalità delle categorie e classifiche”.

Come emerge dal complesso normativo sopra illustrato, le imprese partecipanti alle gare per l'affidamento di lavori pubblici devono essere munite di idonea attestazione SOA, la quale implica il possesso di apposita certificazione ISO 9001 "riferita agli aspetti gestionali dell'impresa nel suo complesso, con riferimento alla globalità delle categorie e classifiche".

5.2.- Per di più, contrariamente agli assunti di parte ricorrente, gli articoli 3.1.4 lett. f.1) e f.2) del disciplinare di gara non sono forzosamente connessi tra di loro.

Ed invero, la mandataria della costituenda ATI si è avvalsa esclusivamente della categoria OG1, in linea con quanto previsto dall'art. 3.1.4 lett. f.1) il quale rinvia, precisamente, ai "requisiti di cui all'articolo 3.2.3. lett. a)", ossia "attestazione SOA nella categoria OG1 – OG11/ requisiti di cui all'art. 90 del D.P.R. 20772010", senza menzionare anche la certificazione di qualità.

Solo in ipotesi di avvalimento che riguardi "anche" la certificazione di qualità, si sarebbe dovuto applicare il disposto di cui all'art. 3.1.4 lett. f.2), invocato dalla ricorrente.

Invero, come emerge dalla documentazione esibita in sede di gara ed allegata agli atti della causa, entrambe le imprese "Opera di Stravino" w "Ferraro Costruzioni" sono in possesso della certificazione ISO 9001.

E' chiaro dunque che l'ATI aggiudicataria non aveva necessità di avvalersi anche della qualifica ISO 9001, essendone le imprese componenti già in possesso.

5.- Infondata è anche la terza censura, formulata in via subordinata nell'eventualità di infondatezza delle prime due censure.

Si rammenta che la ricorrente ha rilevato l'illegittimità dell'intera procedura di gara – di cui chiede l'annullamento - in quanto i tre componenti della commissione di gara sarebbero stati scelti, su una rosa di ben tredici aspiranti, in assenza di adeguata motivazione circa i criteri seguiti.

L'assunto non è divisibile.

Come si ricava dal prospetto depositato agli atti della causa il 19 ottobre 2020, in allegato alla memoria del resistente comune di Paolisi, tredici erano i candidati per la nomina a componente della Commissione di gara.

Di questi, soltanto tre (i numeri 5, 6 e 11) sono stati esclusi per assenza dei necessari requisiti.

Gli altri dieci sono stati, in realtà, tutti nominati.

Tra questi ultimi, infatti, cinque (n. 2, 8, 9, 10 e 13) sono stati nominati quali componenti della Commissione di gara "Lavori", tre come effettivi e due come supplenti; i restanti cinque (n. 1, 3, 4, 7 e 12), sono stati nominati quali componenti della Commissione di gara per la "Direzione lavori", anch'essi tre come effettivi e due come supplenti.

Pertanto, tutti i richiedenti, tranne coloro che non avevano i pretesi requisiti, hanno rivestito un ruolo, benché a vario titolo, nell'ambito dei due organi tecnici preposti alla valutazione della procedura di gara.

Per altro, la circostanza rilevata dagli stessi ricorrenti che "la scelta risulta essere caduta, solo ed esclusivamente, a favore di titolari di posizioni organizzative presso enti pubblici", senza alcuna contestazione in ordine ai profili professionali e/o alle competenze tecniche dei prescelti rende la censura generica e meramente assertiva.

6.- Per quanto sopra, il ricorso va respinto.

Le spese seguono la soccombenza e sono determinate nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna il ricorrente ALP Consorzio Stabile al pagamento delle spese di giudizio che si quantificano in € 1.500,00 (millecinquecento/00), oltre accessori di legge, per ciascuno dei resistenti, Comune di Paolisi, Società “Opera di Stravino Carmine”.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 21 ottobre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Veneziano, Presidente

Gianmario Palliggiano, Consigliere, Estensore

Domenico De Falco, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Gianmario Palliggiano

IL PRESIDENTE
Salvatore Veneziano

IL SEGRETARIO