

Pubblicato il 16/03/2017

N. 00458/2017 REG.PROV.COLL.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso, numero di registro generale 1692 del 2016, proposto da: Lombardi s. r. l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. Pasquale D'Angiolillo, con domicilio eletto, in Salerno, alla via del Carmine, 149, presso l'Avv. Domenico Di Donato;

contro

Comune di Auletta, in persona del Sindaco pro tempore, non costituito in giudizio;

nei confronti di

Delta Lavori s. p. a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli Avv. Gianni Marco Di Paolo, Pierluigi Piselli e Lorenzo Lentini, con domicilio eletto, in Salerno, alla via A. Nifo, 2, presso l'Avv. Angela Ferrara;

MSM Ingegneria s. r. l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. Paola Panico, con domicilio eletto, in Salerno, Largo San Tommaso d'Aquino, 3, presso la Segreteria del T. A. R. Salerno; Robertazzi Costruzioni s. r. l. e Giglio Costruzioni s. r. l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, non costituite in giudizio;

per l'annullamento

– a) della determinazione del Responsabile dell'Area Tecnica del Comune di Auletta (SA), n. 65 del 31.08.2016, comunicata in data 1.09.2016, con la quale sono stati approvati i verbali di gara, relativi alla procedura aperta per l'affidamento della progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori di "Risanamento idrogeologico del Centro Storico del Comune di Auletta (SA)", ed è stata disposta l'aggiudicazione definitiva dell'appalto, in favore della società Delta Lavori s. p. a.;

– b) dell'avviso di avvenuta aggiudicazione dell'appalto, a firma del Responsabile del Procedimento, prot. n. 3283 dell'1.09.2016, trasmesso in pari data, a mezzo P. E. C., a tutte le ditte partecipanti;

– c) del verbale della Commissione di Gara, n. 2 del 9.12.2015, con il quale, previa apertura e verifica della busta contenente la documentazione amministrativa, è stata ammessa al prosieguo della gara l'A. T. I. Robertazzi Costruzioni s. r. l. – Giglio Costruzioni s. r. l.;

– d) del verbale della Commissione di Gara, n. 3 del 17.12.2015, con il quale, previa apertura e verifica della busta contenente la documentazione amministrativa, è stata ammessa al prosieguo della gara la società Delta Lavori s. p. a.;

– e) dei verbali della Commissione di Gara, n. 4 del 9.03.2016 e n. 5 del 22.03.2016, nella parte in cui, rispettivamente, sono state valutate le offerte tecnica, economica e temporale dell'A. T. I. Robertazzi Costruzioni s.

r. l. – Giglio Costruzioni s. r. l. e della società Delta Lavori s. r. l., ed è stata formulata una prima graduatoria di gara;

– f) del verbale della Commissione di Gara, n. 23 del 3.08.2016, con il quale, in seguito ad una lunga fase di verifica dell'anomalia dell'offerta, di altri e diversi concorrenti, poi esclusi, è stata formulata una nuova graduatoria di gara e disposta l'aggiudicazione provvisoria dell'appalto, in favore della società Delta Lavori s. p. a.;

– g) del provvedimento di diniego tacito d'autotutela del Comune di Auletta (SA), formatosi ex lege per il decorso del termine di cui all'art. 243 bis, comma 4, D. Lgs. n. 163/2006 e s. m. i., sull'informativa di ricorso della società ricorrente del 12.09.2016;

– h) di tutti gli atti presupposti, connessi, collegati e consequenziali;

nonché per la declaratoria

dell'inefficacia del contratto di appalto, ove lo stesso sia stato stipulato, nelle more della trattazione del presente gravame;

in ogni caso, solo in via subordinata, per l'accertamento

del diritto della società ricorrente al risarcimento del danno per equivalente, ai sensi dell'art. 124, comma 1, c. p. a.;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Delta Lavori s. p. a. e della MSM Ingegneria s. r. l.;

Visti il ricorso incidentale della Delta Lavori s. p. a. e i relativi motivi aggiunti;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 7 febbraio 2017, il dott. Paolo Severini;

Uditi per le parti i difensori, come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato, in fatto e in diritto, quanto segue;

FATTO

La società ricorrente, premesso che:

– con bando di gara, prot. n. 2601 del 29.06.2015, il Comune di Auletta (SA) aveva indetto una procedura aperta per l'affidamento della progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori di "Risanamento idrogeologico del Centro Storico del Comune di Auletta (SA)", da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per un importo complessivo a base d'asta, IVA esclusa, di € 6.927.970,95;

– la gara, in seguito ad una lunga fase endoprocedimentale, che aveva visto l'esclusione di altri concorrenti, per l'anomalia delle rispettive offerte, era stata, da ultimo, aggiudicata, previo rifacimento della graduatoria, alla società Delta Lavori s. p. a., con il punteggio di 90,207 punti;

– al secondo posto della relativa graduatoria, era risultata classificata l'A. T. I. Robertazzi Costruzioni s. r. l. – Giglio Costruzioni s. r. l., con il punteggio di 88,487 punti e, al terzo posto, la società Lombardi s. r. l., con il punteggio di 88,354 punti;

– i concorrenti, classificatisi al primo e al secondo posto avrebbero dovuto essere, a suo avviso, esclusi dalla gara per l'impossidenza:

– 1) nel caso della società Delta Lavori s. p. a., dei requisiti di progettazione, richiesti dal disciplinare di gara, in capo alla società di ingegneria (la MSM Ingegneria s. r. l.), indicata dal concorrente per la redazione del progetto esecutivo dell'intervento;

– 2) nel caso dell'A. T. I. Robertazzi Costruzioni s. r. l. – Giglio Costruzioni s. r. l., dei requisiti di qualificazione S. O. A., in capo alle due imprese ausiliarie (il Consorzio Stabile Agoraa s. r. l. per la capogruppo e la società Cogega s. r. l. per la mandante), di cui la concorrente s'era avvalsa, per comprovare il possesso delle categorie di lavorazioni (la OG8 classifica V e la OG2 classifica III), richieste dal disciplinare di gara, con conseguente aggiudica della gara alla stessa società Lombardi s. r. l., immediatamente postergata in graduatoria;

tanto premesso, impugnava i provvedimenti specificati in epigrafe, per i seguenti motivi:

I) VIOLAZIONE DEL BANDO DI GARA – VIOLAZIONE DEL DISCIPLINARE DI GARA (SEZIONI V.4), XI.2.2), LETTERA O) E XII) – VIOLAZIONE DI LEGGE (ARTT. 38 E 90 D. LGS. 12.4.2006 N. 163 E S.M.I.; ARTT. 252 E 263 D.P.R. 5.10.2010 N. 207 E S.M.I.; ARTT. 1 E 3 L. 7.8.1990 N. 241 E S.M.I.; ART. 97 COST.) – ECCESSO DI POTERE (DIFETTO ASSOLUTO DEI PRESUPPOSTI, D'ISTRUTTORIA E DI MOTIVAZIONE – ERRONEITÀ – PERPLESSITÀ – ARBITRARIETÀ – ABNORMITÀ – TRAVISAMENTO – SVIAMENTO) – VIOLAZIONE DEI PRINCIPI D'IMPARZIALITÀ, TRASPARENZA E "PAR CONDICIO COMPETITORUM": anzitutto, doveva essere esclusa dalla gara l'impresa aggiudicataria (la società Delta Lavori s.p.a.), perché il progettista dalla stessa indicato e incaricato della progettazione esecutiva dell'intervento (la società d'ingegneria "MSM Ingegneria s. r. l.") non possedeva "i requisiti di progettazione dichiarati – falsamente – in sede di partecipazione"; in particolare, premesso che il disciplinare di gara – alla Sezione V.4), pagina 4 e ss. – aveva prescritto, in ordine al possesso di tali requisiti, che il progettista avrebbe dovuto dimostrare: a) d'aver svolto negli ultimi 10 anni servizi di cui all'articolo 252 del d. P. R. n. 207/2010, relativi a lavori appartenenti alla/e classe/i e alla/e categoria/e indicate al presente punto V.4 del disciplinare di gara, per un importo globale almeno pari all'importo stimato dei lavori da progettare in detta/e categoria/e (ovvero per un importo di almeno € 5.722.561,55 per la categoria di progettazione S05 e di almeno € 757.954,83 per la categoria di progettazione E.21); b) d'aver svolto negli ultimi 10 anni due servizi di cui all'articolo 252 del d. P. R. n. 207/2010, relativi ai lavori, appartenenti ad ognuna delle classi e categorie dei lavori cui si riferiscono i servizi da affidare, indicate nel presente punto V.4 del disciplinare di gara per un importo totale non inferiore a 0,40 volte l'importo stimato dei lavori cui si riferisce la prestazione, riferiti a tipologie di lavori analoghi per dimensione e per caratteristiche tecniche a quelli oggetto dell'affidamento (ovvero per un importo, non inferiore a € 2.289.024,32 per la categoria di progettazione SO5 e a non inferiore ad € 303.181,93 per la categoria di progettazione E.21); c) numero medio annuo del personale tecnico utilizzato negli ultimi tre anni pari ad almeno 6 unità (tre unità per due volte) (comprendente i soci attivi, i dipendenti, i consulenti su base annua iscritti ai relativi albi professionali ove esistenti, e muniti di partita IVA e che firmino il progetto ovvero firmino i rapporti di verifica del progetto, ovvero facciano parte dell'ufficio di direzione lavori e che abbiano fatturato nei confronti della società offerente una quota superiore al cinquanta per cento del proprio fatturato annuo, risultante dall'ultima dichiarazione IVA, e i collaboratori a progetto in caso di soggetti non esercenti arti e professioni) (le unità ritenute necessarie per lo svolgimento dell'incarico di progettazione oggetto del presente appalto erano le seguenti: un ingegnere esperto in opere di difesa suolo, un architetto restauratore, un esperto (ingegnere e/o architetto) in opere di ingegneria naturalistica e del paesaggio); orbene, se da un lato era vero che la società MSM Ingegneria s. r. l. aveva, "nominalisticamente", dichiarato di "possedere i requisiti per la progettazione previsti dal bando e dal punto V.4 del disciplinare di gara" e, in particolare, quelli di cui alle anzidette lettere a), b) e c) (cfr. il modello P1 del 3.09.2015), dall'altro, tuttavia, "da una semplicissima verifica dei dati societari come risultanti dal registro delle imprese presso la C. C. I. A. A. di Roma" era emersa una situazione completamente diversa da quella, dichiarata dal concorrente in sede di gara; era emerso, infatti, che la società MSM

Ingegneria s. r. l.: era stata costituita soltanto in data 26.01.2011 e, quindi, meno di cinque anni prima rispetto alla presentazione della documentazione di gara (in data 3.09.2015); aveva depositato negli anni successivi (cioè, dal 2012 al 2015) un bilancio d'esercizio che presentava i seguenti dati contabili: anno 2012: costo della produzione € 71.862,00; costo del personale € 0,00; utile di esercizio € 5.073,00; anno 2013: costo della produzione € 321.758,00; costo del personale € 0,00; utile di esercizio € 1.197,00; anno 2014: costo della produzione € 343.710,00; costo del personale € 88,00; utile di esercizio € 15.376,00; anno 2015: costo della produzione € 315.654,00; costo del personale € 981,00; utile di esercizio € 15.471,00; aveva dichiarato un numero di addetti dell'impresa, alla data del 31.03.2016, pari a due dipendenti, nel mentre, per il 2015, risultava addirittura un solo dipendente; alla luce di tali risultanze contabili e societarie, che la stazione appaltante avrebbe dovuto e potuto facilmente acquisire e/o verificare, non si comprendeva, quindi, nella maniera più assoluta, come la società abbia potuto dichiarare: d'aver svolto servizi negli ultimi 10 anni, mentre la sua costituzione risaliva a soli 4 anni e mezzo prima della presentazione della domanda di partecipazione alla gara; di possedere un requisito di progettazione globale (che avrebbe dovuto essere riferito a un'unica classe di progettazione, la 805) pari all'astronomico importo di € 221.498.492,77, laddove, invece, nel primo quadriennio d'esercizio della società (2012 – 2015), il costo totale e complessivo della produzione era stato d'appena € 1.072.984,00 e l'utile complessivo d'esercizio ammontava a soli € 37.117,00; di possedere, altresì, un requisito di progettazione per i cd. servizi di punta (sempre relativi alla stessa e unica classe di progettazione, la 305) pari all'ancor più astronomico importo di € 236.483.367,33; di possedere, ancora, per l'altra classe di progettazione richiesta dalla lex specialis (la E.21), un requisito globale (€ 1.039.674,18) e specifico (€ 1.473.189,27) già ampiamente superiore – e, quindi, ingiustificabile – rispetto ai parametri economico – finanziari ufficiali della società; né si comprendeva come, a fronte di un costo dichiarato del personale pari ad appena € 1.069,00 per l'intero quadriennio 2012 – 2015 e d'un numero d'addetti, pari solo a due unità per l'anno 2016 e di una sola unità per l'anno 2015, la società avesse potuto dichiarare che “il numero medio annuo del personale tecnico utilizzato negli ultimi tre anni è pari a 6,14 (seivirgolaquattordici)”, garantendosi, in tal modo, il possesso “nominale” dell'ulteriore requisito, richiesto dalla lex specialis (cfr. la lettera c) del punto V.4); del resto, tale ultima prescrizione della lex specialis, assistita – come le altre – da un'espressa sanzione di esclusione (cfr. la Sezione XI.2.2), lett. O) e la Sezione XII), imponeva che il progettista avrebbe potuto computare – nel numero medio annuo del personale tecnico utilizzato nell'ultimo triennio – anche “i consulenti su base annua iscritti ai relativi albi professionali” ma solo se “muniti di partita IVA e che firmino il progetto (...)”, e ancora, solo se avessero fatturato “nei confronti della società offerente una quota superiore al cinquanta per cento del proprio fatturato annuo, risultante dall'ultima dichiarazione IVA (...)”; stava di fatto, però, che il legale rappresentante della società MSM Ingegneria s. r. l. aveva dichiarato che la società sarebbe “costituita” – oltre che dai due titolari, soci e direttori tecnici (ing. Salvago de Gennaro e ing. Melica) – anche da altro professionista tecnico qualificato, nella persona dell'arch. Manuel Cola, espressamente qualificato come “consulente su base annua iscritto al proprio albo professionale. Architetto con competenze di restauratore” (cfr. il modello P4 del 3.09.2015); ma, “in patente violazione della lex specialis”, non aveva dichiarato se tale ultimo professionista risultasse, o meno, munito di partita IVA e non aveva dimostrato se lo stesso avesse fatturato, nei confronti della società, più del 50% del suo fatturato complessivo annuo, con la conseguenza che il professionista (che, in tesi, avrebbe dovuto essere “consulente su base annua” della società), non solo non poteva essere compreso nel novero del personale tecnico utilizzato negli ultimi tre anni dalla società MSM Ingegneria s. r. l. (con ulteriore violazione della lettera c) del punto V.4) del disciplinare di gara), ma non poteva neanche rivestire, nell'ambito dell'appalto, il ruolo di “architetto restauratore” (risultando, così, il progettista sprovvisto di una delle figure tecniche richieste, a pena d'esclusione, dalla stazione appaltante); da tali considerazioni, derivava che i vizi denunciati avrebbero dovuto condurre all'immediata esclusione del concorrente, sia per l'impossidenza dei requisiti di progettazione richiesti dalla lex specialis, il cui dichiarato, e “nominalistico”, possesso era radicalmente smentito dai dati contabili, e ufficiali, della società (come risultanti dai bilanci depositati presso la Camera di Commercio), sia per la falsità della dichiarazione resa in sede di gara che, come è noto, è assoggettata ad autonoma sanzione di esclusione ai sensi dell'art. 38 D. Lgs. n. 163/2006 e ss. mm. ii.;

II) VIOLAZIONE DEL BANDO DI GARA – VIOLAZIONE DEL DISCIPLINARE DI GARA (SEZIONI XI.2.2), LETTERA K) E XII) – VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 75 D.LGS. 12.04.2006 N. 163 E S.M.I.; ARTT. 1 E 3 L. 7.8.1990 N. 241 E S.M.I.; ART. 97 COST.) – ECCESSO DI POTERE (DIFETTO ASSOLUTO DEI PRESUPPOSTI, DI ISTRUTTORIA E DI MOTIVAZIONE – ERRONEITÀ – PERPLESSITÀ – ARBITRARIETÀ – ABNORMITÀ – TRAVISAMENTO – SVIAMENTO) – VIOLAZIONE DEI PRINCIPI D’IMPARZIALITÀ, TRASPARENZA E PAR CONDICIO COMPETITORUM: in ogni caso, la società Delta Costruzioni s. p. a. doveva essere esclusa dalla gara, anche per un’altra ragione: invero, in violazione della prescrizione di cui alla Sezione XI.2.2), lettera k), del disciplinare di gara, espressamente assistita dalla sanzione dell’esclusione, nonché in violazione dell’art. 75 comma 8 D. Lgs. n. 163/2006, la garanzia fideiussoria per la cauzione provvisoria (presentata in sede di gara dal concorrente) non era stata corredata dalla richiesta “dichiarazione di un istituto bancario, oppure di una compagnia di assicurazione, separata o in calce alla polizza/fideiussione, con la quale il fideiussore si impegna a rilasciare, in caso di aggiudicazione dell’appalto, a richiesta del concorrente, una fideiussione bancaria o polizza assicurativa fideiussoria, relativa alla cauzione definitiva di cui al successivo punto XIII.2, in favore dell’Amministrazione, valida fino alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio”; alla polizza fideiussoria non risultava, poi, neanche allegata la dichiarazione sostitutiva dalla quale potessero evincersi il nominativo dell’agente che aveva sottoscritto la polizza in nome e per conto della compagnia di assicurazione e, ancora, i limiti dei poteri che gli sarebbero stati attribuiti dalla stessa compagnia, per poter rilasciare la cauzione provvisoria e, successivamente, quella definitiva; tale situazione determinava, quindi, un’incertezza assoluta circa la provenienza, la serietà e l’affidabilità della garanzia fideiussoria, che non poteva non riverberarsi negativamente sulla partecipazione alla gara del concorrente;

III) VIOLAZIONE DEL BANDO DI GARA – VIOLAZIONE DEL DISCIPLINARE DI GARA (SEZIONI 111.1), VI, XI.2.2), LETTERA E) E XII) – VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 40 D.LGS. 12.4.2006 N. 163 E S.M.I.; ART. 76 E SS. D.P.R. 5.10.2010 N. 207 E S.M.I.; ARTT. 1 E 3 L. 7.8.1990 N. 241 E S.M.I.; ART. 97 COST.) – ECCESSO DI POTERE (DIFETTO ASSOLUTO DEI PRESUPPOSTI, D’ISTRUTTORIA E DI MOTIVAZIONE – ERRONEITÀ – PERPLESSITÀ – ARBITRARIETÀ – ABNORMITÀ – TRAVISAMENTO – SVIAMENTO) – VIOLAZIONE DEI PRINCIPI D’IMPARZIALITÀ, TRASPARENZA E “PAR CONDICIO COMPETITORUM”: doveva essere escluso dalla gara, secondo la ricorrente, anche il concorrente, illegittimamente classificatosi al secondo posto (l’A. T. I. Robertazzi Costruzioni s. r. l. – Giglio Costruzioni s. r. l.); invero, andava considerato che le due imprese raggruppate non erano autonomamente in possesso dei requisiti di qualificazione richiesti dalla lex specialis, per nessuna delle categorie di lavori ivi specificate (OG8 classifica V, OG2 classifica III, OG13 classifica III); onde, per poter partecipare alla gara, avevano fatto ricorso all’istituto dell’avvalimento, per ciascuna delle anzidette categorie; segnatamente: -l’impresa capogruppo (Robertazzi Costruzioni s. r. l.) s’era avvalsa dell’impresa ausiliaria Consorzio Stabile Agoraa s. r. l., per la dimostrazione del possesso della qualificazione S. O. A. per la categoria OG8 classifica V; l’impresa mandante (Giglio Costruzioni s. r. l.) s’era avvalsa dell’impresa ausiliaria Cogega s. r. l., per la dimostrazione del possesso della qualificazione S. O. A. per la categoria OG2 classifica III (nonché, ancora, d’altra impresa ausiliaria per l’ulteriore categoria OG13 classifica III); peraltro, successivamente all’ammissione a gara dell’A. T. I., prima che intervenisse l’aggiudicazione definitiva, le due imprese ausiliarie avevano perso i requisiti che avevano prestato al concorrente, determinandosi, in tal modo, l’impossibilità della qualificazione S. O. A., in capo allo stesso concorrente (seguiva specificazione, per la quale si rinvia all’atto introduttivo del giudizio);

IV) ILLEGITTIMITA’ DERIVATA DEL DINIEGO TACITO D’AUTOTUTELA PER GLI STESSI VIZI INNANZI DENUNCIATI – VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 243 BIS D.LGS. 12.4.2006 N. 163 E S. M. I.): la ricorrente, in data 12.09.2016, aveva trasmesso, a mezzo P. E. C., al Comune di Auletta un’informativa di ricorso ai sensi dell’art. 243 bis D. Lgs. n. 163/2006 e s. m. i., con la quale aveva chiesto alla stazione appaltante d’esercitare i suoi poteri d’autotutela (e, cioè, d’escludere i concorrenti, classificatisi al primo e al secondo posto), per le ragioni dianzi esposte; ma l’Amministrazione, nel termine di 15 giorni previsto dal comma 4 della stessa norma, non aveva

assunto alcuna determinazione; (diniego tacito di autotutela, affetto, in via derivata, dagli stessi vizi sopra denunciati); con la precisazione che l'inerzia serbata dalla stazione appaltante doveva essere valutata dal Tribunale ai fini della decisione sulle spese di giudizio;

ISTANZA RISARCITORIA: in via subordinata, e salvo gravame, nell'ipotesi in cui fosse stipulato il contratto di appalto e, all'esito del giudizio, il non ne avesse dovuto dichiarare l'inefficacia e non avesse dovuto disporre il subentro contrattuale ex artt. 121 e 122 c. p. a., che espressamente si richiedeva, alla società ricorrente doveva essere riconosciuto e liquidato il risarcimento del danno per equivalente ai sensi dell'art. 124, comma 1, c. p. a., nella misura da specificarsi in corso di causa, comunque comprensiva dei costi sopportati per la partecipazione alla gara; dell'utile che l'A. T. I. avrebbe conseguito, con certezza, dall'aggiudicazione dell'appalto; del danno curriculare derivante dalla mancata esecuzione dell'appalto, da computarsi, eventualmente, anche in via equitativa; dell'importo dei lavori già eventualmente eseguiti dall'appaltatore.

La ricorrente formulava, altresì, domanda cautelare.

Si costituiva in giudizio la controinteressata Delta Lavori s. p. a., depositando memoria di controdeduzioni, circa il gravame principale, e ricorso incidentale, diretto avverso i seguenti atti e provvedimenti: l'illegittima ammissione della ricorrente principale alla gara in oggetto; tutti gli atti, posti in essere dalla stazione appaltante, nella parte in cui non s'è esclusa la ricorrente principale; la lex specialis di gara, ove interpretata nel senso di non includere l'obbligo della sottoscrizione, in calce, degli elaborati progettuali; tutti gli atti e provvedimenti preordinati, connessi e consequenziali; tanto, sulla base dei seguenti motivi:

- 1) Violazione artt. 40. 46 e 49 d. l.vo 163/06; 76 e ss. d. P. R. 207/2010; della lex specialis di gara; della sezione VI del disciplinare di gara; Eccesso di potere (travisamento dei fatti, difetto d'istruttoria, irragionevolezza, ingiustizia manifesta, illogicità, disparità di trattamento e sviamento di potere): la Lombardi aveva preso parte alla gara, mediante avvalimento, in ciascuna delle categorie SOA il cui possesso era previsto, a pena d'esclusione, dalla lex specialis, vale a dire per la categoria OG8 classifica V, s'era avvalsa della Costruzioni Lombardi s. r. l.; per la categoria OG13, classifica III, dell'Impresa Costruzioni Perito Edile Pietro Torchia; per la categoria OG2, classifica III, della Sicily Restauri di Gumina Salvatore & C. s. a. s.; ma l'attestato, posseduto dall'Impresa Costruzioni Torchia presentava un decremento, dalla classifica III alla II (con conseguente discontinuità nel possesso dei requisiti di qualificazione della ricorrente principale);
- 2) Stessa rubrica sub 1), e inoltre: Violazione artt. 1, 2, 4, 32 e 35 Cost.; inoltre l'attestato della suddetta Impresa Costruzioni Torchia – fermo restando quanto già dedotto al riguardo – e quello della Sicily Restauri, erano stati rinnovati, a distanza di quasi tre mesi dalla scadenza della verifica triennale dell'originaria S. O. A. (ulteriore violazione del principio di cui sopra);
- 3) Violazione artt. 46 comma 1 bis e 74 d. l.vo 163/2006; 15 d. P. R. 207/2010; 1341 cod. civ.; 97 Cost.; Eccesso di potere (irragionevolezza, ingiustizia manifesta, illogicità, difetto d'istruttoria, travisamento dei fatti, disparità di trattamento e non discriminazione); sviamento di potere: l'offerta della Lombardi era altresì illegittima, per mancanza d'un elemento essenziale, in quanto tutti gli elaborati contenuti nell'offerta tecnica non erano stati sottoscritti dai progettisti, indicati dall'offerente;
- 4) Violazione artt. 38 e 46 d. l.vo 163/2006; della lex specialis di gara; Eccesso di potere (difetto d'istruttoria, travisamento dei fatti, ingiustizia manifesta e irragionevolezza, sviamento di potere): l'ammissione della Lombardi alla gara era ancora illegittima, in quanto una delle imprese ausiliarie non era in possesso dei requisiti di moralità professionale, ex art. 38 d. l.vo 163/2006; in particolare il legale rappresentante dell'Impresa Costruzioni Perito Edile Pietro Torchia era incorso in plurime condanne da parte dell'A. G., le quali si palesavano come ostative, secondo la ricorrente incidentale, della partecipazione della stessa impresa alla gara de qua, stante anche l'oggetto della medesima, d'estrema rilevanza, rappresentato dal risanamento idrogeologico del Centro Storico di Auletta;

5) Stessa rubrica di cui sopra e violazione del punto IV.2 del disciplinare di gara: il sopralluogo non era stato effettuato dal rappresentante legale del concorrente e/o dal Direttore Tecnico della Lombardi, bensì da un, non meglio identificato, “procuratore” dello stesso legale rappresentante;

6) Violazione art. 32 comma 2 lett. b) d. l.vo 163/06; Eccesso di potere (difetto d’istruttoria, travisamento dei fatti e irragionevolezza): nel modello C, relativo all’offerta economico – temporale, la Lombardi aveva indicato, alla lett. d), un valore delle spese generali, pari al 6%, in contrasto con quanto prescritto dalla disposizione in rubrica (secondo cui le spese generali devono assumere un valore, variabile tra il 13% e il 17%).

Seguiva il deposito di memoria di costituzione, nell’interesse della MSM Ingegneria s. r. l., che controdeduceva, rispetto al primo motivo di ricorso principale; e, nell’interesse della Delta Lavori s. p. a., di un atto di motivi aggiunti al ricorso incidentale, per il gravame dei seguenti atti:

– a) l’illegittima ammissione della ricorrente principale alla procedura controversa, avente ad oggetto l’affidamento della progettazione esecutiva e l’esecuzione dei lavori di risanamento idrogeologico del Centro Storico nel Comune di Auletta CUP: J92J0000000003 – Codice CIG: 6312188651;

– b) tutti gli atti, le operazioni e i provvedimenti dell’Ente affidante, nella parte in cui non si è disposta l’esclusione della Lombardi s. r. l.;

– c) tutti i verbali di gara, nella parte in cui dichiarano la conformità alla lex specialis della documentazione, presentata dalla società ricorrente principale;

– d) ove occorrer possa, della lex specialis di gara;

– e) ove occorrer possa, della lex specialis di gara, nella parte in cui è stata interpretata dall’Amministrazione resistente come non includente un obbligo a pena di esclusione di sottoscrizione in calce degli elaborati progettuali;

– f) ogni altro atto ad essi presupposto, preordinato, connesso, consequenziale ed esecutivo, anche se ignoto e non comunicato, che comunque incida sui diritti e/o interessi legittimi vantati dalla ricorrente, ciò al fine di evidenziare, in ogni caso, il difetto d’interesse all’impugnazione principale e, quindi, l’inammissibilità e/o improcedibilità della stessa.

Tanto, sulla base dei seguenti ulteriori motivi:

7) VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 38 E 46, D. Lgs. N. 163/2006. VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DELL’ART. 17, L. N. 55/90. VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DELLA L. N. 1966/39. VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 1322, 1343, 1344 E 1418, C.C. VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DELL’ART. 2 DELLA CONVENZIONE DELL’AJA DEL 1.7.1985. ECCESSO DI POTERE PER TRAVISAMENTO DEI FATTI, DIFETTO DI ISTRUTTORIA, IRRAGIONEVOLEZZA, INGIUSTIZIA MANIFESTA, ILLOGICITÀ, DISPARITÀ DI TRATTAMENTO. SVIAMENTO DI POTERE il provvedimento d’ammissione alle successive fasi di gara della Lombardi s. r. l. era illegittimo, in quanto l’offerente aveva preso parte alla procedura di gara, attraverso un assetto societario, contrario a norme imperative, oltre che elusivo della normativa vigente, in tema di contratti pubblici; com’emergeva dalla visura ordinaria tratta dalla Camera di Commercio, Industria e Artigianato di Salerno, infatti, la Lombardi s. r. l. era posseduta da un socio unico rappresentato dal trust PI.GI.MA. – che deteneva il 100% delle quote societarie – e il cui amministratore (cd. “trustee”) era la sig.ra Clorinda D’Angelo, moglie del legale rappresentante, sig. Antonio Lombardi; ebbene, ad avviso della ricorrente incidentale, tale assetto societario era viziato, sotto molteplici profili; anzitutto, dall’organizzazione delle partecipazioni societarie della ricorrente derivava la violazione del divieto d’intestazione fiduciaria, ex art. 38, co. 1, lett. d) del D. Lgs. n. 163/06, a mente del quale: “Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti: (...) che hanno violato

il divieto di intestazione fiduciaria posto all'articolo 17 della legge 19 marzo 1990, n. 55"; l'art. 17 menzionato, infatti, vietava le intestazioni fiduciarie ad interposte persone (anche giuridiche), salvo che non siano società fiduciarie autorizzate ai sensi della L. n. 1966/39 e purché le stesse abbiano comunicato l'identità dei fiducianti; ebbene, come sopra rilevato, la Lombardi s. r. l. annoverava, quale socio unico, un trust, che non rappresentava un istituto giuridico autorizzato, ai sensi della l. n. 1066/39, e che non permetteva, in maniera diretta ed automatica, l'identificazione dei reali beneficiari e/o proprietari e che, di conseguenza, eludeva l'obbligo di comunicazione dell'identità dei fiducianti; a ciò doveva aggiungersi, in ogni caso, che la ricorrente principale non poteva neanche prendere parte alla gara, in quanto il socio unico dell'impresa era un trust, la cui conformazione e le cui vere finalità non potevano ritenersi meritevoli di tutela nel nostro ordinamento; alla luce delle argomentazioni successive, pertanto, si chiedeva al Tribunale di pronunciarsi sulla nullità e/o inefficacia dell'atto istitutivo del trust menzionato, ai sensi e per gli effetti dell'art. 8, c. p. a.; l'istituto del trust, di derivazione anglosassone, rappresenta una forma di segregazione patrimoniale dell'individuo, "qualora dei beni siano posti sotto il controllo di un trustee nell'interesse del beneficiario" (cfr. art. 2 della Convenzione dell'Aja); in questi termini, l'effetto segregativo proprio del trust deve ritenersi suscettibile di tutela nel nostro ordinamento, solo all'esito di uno stretto scrutinio di meritevolezza e liceità della causa che lo accompagna, altrimenti rappresentando un'illegittima deroga al principio generale, di cui all'art. 2740 c. c., secondo cui: "Il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri. Le limitazioni della responsabilità non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge"; in questo senso, la giurisprudenza di legittimità si era, in più occasioni, occupata d'individuare i casi, in cui l'atto istitutivo di un trust possa ritenersi rappresentativo d'interessi meritevoli di tutela per il nostro ordinamento, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1322 c. c., precisando che "presupposto coesenziale alla stessa natura dell'istituto è che detto disponente perda la disponibilità di quanto abbia conferito in trust, al di là di determinati poteri che possano competergli in base alle norme costitutive. Tale condizione è ineludibile al punto che, ove risulti che la perdita del controllo dei beni da parte del disponente sia solo apparente, il trust è nullo e non produce l'effetto segregativo che gli è proprio"; nella specie, dalla lettura dell'atto istitutivo del trust P.I.G.I.M.A. emergeva, con evidenza, la totale assenza di quel presupposto coesenziale, relativo alla perdita di disponibilità, in capo al conferente, imposto dalla giurisprudenza menzionata; infatti: 1) il conferente del trust era lo stesso sig. Lombardi, legale rappresentante della Lombardi s. r. l., in cui tale trust è socio al 100%; 2) amministratore (cd. trustee) era la sig.ra Clorinda D'Angelo, moglie del sig. Lombardi; il rapporto di coniugio, intercorrente tra conferente ed amministratore, non poteva non far emergere una modalità di "trust", cosiddetta autodichiarata, in cui il soggetto che amministra i beni del trust corrisponde a colui che concretamente conferisce i beni, come tale inammissibile per legge; 3) la sede amministrativa del trust era la stessa della società, a maggior dimostrazione della totale assenza d'indisponibilità o, comunque, impossibilità di gestione da parte del conferente dei beni, inseriti nel trust; 4) sebbene lo scopo dichiarato del trust fosse quello di far fronte ai bisogni dei figli, ai sensi dell'art. 6 dell'atto istitutivo "Il trust ha termine alla scadenza di 30 (trenta) anni dalla data di sottoscrizione di questo Strumento, ovvero alla morte del Disponente, del Trustee e Guardiano (...). Giunto a scadenza potrà essere prorogato di ulteriori 30 (trenta) anni qualora non si siano raggiunte le finalità del trust (...). Al termine del trust prenderà inizio la fase della distribuzione del Patrimonio in Trust ai Beneficiari Finali e Beneficiari del Reddito"; in questo senso, appariva evidente l'intento, esclusivamente segregativo, del conferente, volto a non far aggredire il proprio patrimonio da terzi, piuttosto che l'intento di realizzare ulteriori interessi, meritevoli di tutela per l'ordinamento; in conclusione, doveva riconoscersi la nullità del trust sopra descritto; ad ogni modo, quand'anche lo si fosse ritenuto lecito, la Lombardi s. r. l. avrebbe dovuto comunque essere esclusa dalla gara, in quanto i beneficiari dichiarati nell'atto istitutivo del trust non avevano presentato le dichiarazioni sul possesso dei requisiti generali, ex art. 38 D. Lgs. n. 163/06.

Dopo la produzione d'ulteriore memoria, nell'interesse della MSM Ingegneria, la Lombardi s. r. l. replicava al ricorso incidentale, e riepilogava gli argomenti, che fondavano l'auspicato, da parte sua, accoglimento del gravame principale, anche previo contrasto delle difese, spiegate al riguardo dalle controparti.

All'esito dell'udienza in camera di consiglio del 19 dicembre 2016, la Sezione rigettava la domanda cautelare, articolata dalla ricorrente principale, sulla base della motivazione che segue:

“Rilevato che – impregiudicato ogni approfondimento, nella fase di merito – non paiono, prima facie, emergere ragioni d'estrema gravità e urgenza, atte a sorreggere, nella materia de qua, l'adozione delle richieste misure cautelari, in considerazione:

della natura dei lavori a farsi, consistenti nel risanamento idrogeologico di un centro storico, con carattere quindi d'urgenza, in considerazione dei riflessi in tema d'incolumità pubblica, la quale consiglia quindi, nell'ottica del bilanciamento dei contrapposti interessi, di dare prevalenza, in questa fase, all'interesse di natura superindividuale;

della consistenza, prima facie, del ricorso incidentale escludente, proposto dall'aggiudicataria;

Rilevato, altresì, che il merito va fissato con urgenza, e che la complessità delle tematiche, implicate dal presente gravame, giustifica la compensazione delle spese di fase tra le parti;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania – Sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)

respinge la domanda cautelare, nei sensi di cui in motivazione;

fissa, per la trattazione di merito del ricorso, l'udienza pubblica del 7 febbraio 2017.

Compensa le spese della presente fase cautelare”.

Dopo il deposito di documentazione, nell'interesse di tutte le parti, e lo scambio di memorie conclusive e di replica, da parte delle medesime, all'udienza pubblica del 7 febbraio 2017 il ricorso era trattenuto in decisione.

DIRITTO

Va esaminato prioritariamente il ricorso incidentale escludente della Delta Lavori s. p. a., conformemente alla massima seguente, espressione d'un indirizzo consolidato: “Quando il ricorso incidentale è finalizzato a contestare la legittimazione del ricorso principale – ossia il c.d. ricorso incidentale escludente o paralizzante, cui va riconosciuta detta “qualifica” solo quando in esso siano dedotte censure relative all'accertamento dei requisiti soggettivi di partecipazione alla gara del ricorrente principale o dei requisiti oggettivi della sua offerta, ossia delle violazioni che, ove accertate, determinerebbero la mancata ammissione ab origine ovvero la successiva esclusione del concorrente – il suo esame deve necessariamente assumere carattere pregiudiziale, in quanto la sua accertata fondatezza precluderebbe al Giudice l'esame delle domande proposte della ricorrente principale ad esclusione dei casi di palese infondatezza, irricevibilità, inammissibilità o improcedibilità del ricorso principale, nei quali il Giudice ben potrebbe, per ragioni di economia processuale, esaminarlo in via prioritaria” (T. A. R. Bologna (Emilia – Romagna), Sez. II, 6/12/2016, n. 1012).

Ciò posto, e non verificandosi nessuna delle ipotesi, prefigurate nella parte conclusiva della massima che precede, rileva il Collegio che il ricorso incidentale è fondato.

Carattere dirimente, con assorbimento d'ogni altra doglianza, di tale natura, riveste la considerazione del motivo, rubricato sub 1) in detto gravame incidentale, motivo che di seguito, sinteticamente, si ripropone: l'ammissione della Lombardi s. r. l. a concorrere alle successive fasi del confronto competitivo è illegittima in quanto la stessa ha perso i requisiti di qualificazione, prescritti dalla *lex specialis* di gara e dichiarati, in sede di presentazione dell'offerta; ciò, in quanto una delle tre imprese ausiliarie, di cui si la stessa Lombardi s'è avvalsa, a tal fine, s'è vista ridurre, *medio tempore*, la categoria SOA posseduta e prestata, in tal modo irrimediabilmente inficiando la partecipazione della ricorrente principale alla gara.

Vengono, in particolare, in rilievo i documenti, allegati sub 4) e 5) al gravame incidentale, dai quali, senz'altro, si ricava come l'Impresa di Costruzioni "Perito Edile Pietro Torchia", di cui la Lombardi s. r. l. s'è avvalsa, al fine di comprovare il possesso, da parte sua, del requisito di qualificazione, costituito dalla categoria OG13, classifica III, abbia, medio tempore, perduto la detta classifica, venendo attestato in capo alla medesima, con il certificato della SOA Mediterranea s. p. a. del 12.07.2016, n. 54806/3/00, il possesso (soltanto) della classifica II della predetta categoria OG13.

Tale decremento di classifica – dalla III alla II – verificatosi all'interno nella categoria scorporabile di opere generali "Opere di ingegneria naturalistica" (OG13), per la quale erano previste, nel disciplinare di gara (Sez. III) lavorazioni, pari a € 801.884,42 (e, di conseguenza, la soluzione di continuità verificatasi, in corso di gara, nel possesso del requisito di qualificazione de quo) si pone in violazione, anzitutto, della *lex specialis* di gara, e in particolare del punto E) del par. XI.2.2, prevedente la documentazione da produrre a pena di esclusione (ovvero la "dimostrazione del possesso di attestazione per attività di costruzione o di progettazione e costruzioni rilasciata da società di attestazione (SOA) di cui al titolo III del d. P. R. 207/2010 e s. m. i. regolarmente autorizzata e in corso di validità che documenti il possesso della qualificazione nelle categorie di opere generali e nella categoria di opere specializzate di lavori a loro attribuite secondo gli importi di cui alla precedente Sezione III (...)" ; essa è, inoltre, in contrasto con gli artt. 40, 46 e 49 del d. l. vo 163/2006, nonché 76 e ss. del d. P. R. 207/2010, vigenti *ratione temporis*, come interpretati dall'A. P. del Consiglio di Stato, nella fondamentale sentenza, n. 8 del 20.07.2015 ("Nelle gare di appalto per l'aggiudicazione di contratti pubblici i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità").

La ricorrente principale ha, tuttavia, affermato, in senso contrario, che tale soluzione di continuità nel possesso dell'attestazione SOA, riferita all'Impresa di Costruzioni Perito Edile Pietro Torchia e alla categoria di lavorazioni OG13 class. III (per effetto dell'incontestato, riferito decremento di classifica, dalla III alla II), non sarebbe stato ostativo della sua partecipazione alla gara (*rectius*: non avrebbe costituito causa d'esclusione dalla medesima), perché: – a) l'impresa Pietro Torchia era, in quanto comunque in possesso della classifica II, qualificata per l'importo di lavori di tale classifica (€ 516.000,00), incrementato di un quinto, ex art. 61 cpv. d. P. R. 207/2000, e quindi per un importo di lavorazioni in OG13, pari a € 619.200,00; – b) la Lombardi s. r. l. aveva espressamente dichiarato, in sede di gara, di voler subappaltare, ad imprese in possesso delle relative qualificazioni, le opere relative alle categorie scorporabili (...) OG13, nella misura del 30%, ovvero pari all'importo di € 240.565,33; – c) sommando l'importo dei lavori, per i quali l'impresa ausiliaria era qualificata, e quello dei lavori, da subappaltarsi – da parte della Lombardi s. r. l. – ad altra impresa, del pari "in possesso della necessaria qualificazione", si raggiungeva la cifra di € 859.765,33 di lavori, ovvero un importo largamente superiore a quello, per cui la ricorrente incidentale aveva contestato il descritto deficit di qualificazione (vale a dire l'importo a base di gara, pari a € 801.884,42 per tale categoria).

La "prova del nove" circa la correttezza di tale approccio ermeneutico sarebbe derivata da ciò, che ben avrebbe potuto, in teoria, la Lombardi s. r. l., subappaltare integralmente l'intero importo di lavori della categoria OG13, senza essere tenuta, giusta la recente giurisprudenza dell'A. P. del C. di S. sul punto, ad indicare, già in sede di gara, il nominativo della, o delle imprese, subappaltatrici.

In primo luogo, rileva il Collegio come – relativamente a tali argomentazioni – alcune considerazioni s'impongano da subito: a) la costruzione, abilmente forgiata da parte ricorrente principale rimane tale, ovvero, per l'appunto, una costruzione difensiva, elaborata *ex post*, al fine di giustificare, in sede contenziosa, la censurata carenza di qualificazione, nella categoria OG13, per effetto del decremento di classifica, in tale categoria, subito nelle more dall'impresa ausiliaria, di cui la stessa s'era avvalsa; ma il fatto storico, del decremento in questione, rimane incontestato; b) la considerazione, secondo la quale ben avrebbe potuto, la Lombardi s. r. l., subappaltare

integralmente le lavorazioni di tale categoria, rimane, a sua volta, null'altro che una mera ipotesi (nella realtà, il subappalto dichiarato è rimasto circoscritto al 30% di tali lavori), e, quindi, nulla può valere, ai presenti fini.

In secondo luogo, il Collegio ritiene di condividere le osservazioni critiche, espresse dalla difesa della ricorrente incidentale, nella propria memoria del 21.01.2017, e rivolte ad evidenziare le aporie, insite in un tal modo d'argomentare (da parte della Lombardi s. r. l.):

“A fronte di ciò, controparte vorrebbe sanare in sede processuale tale evidente lacuna, mediante un'artificiosa ricostruzione dei requisiti potenzialmente posseduti dalla Lombardi s. r. l., secondo cui le lavorazioni inerenti ad un'unica categoria di qualificazione (OG13, classifica III) dovrebbero essere svolte da tre operatori economici (uno di essi neanche identificato), nessuno dei quali autonomamente in possesso del relativo requisito e in evidente spregio alla normativa rilevante in tema di qualificazione e dimostrazione dei requisiti da parte dei partecipanti alla gara (...). Tale artificiosa ricostruzione, infatti, non può non tener conto che la Lombardi s. r. l., oltre a non essere in possesso di idonea qualifica nella categoria OG13, neanche è autonomamente qualificata nella categoria prevalente OG8, cat. V, in spregio al chiaro tenore dell'art. 92, co. 1, d. P. R. n. 207/10, secondo cui “I requisiti relativi alle categorie scorporabili non posseduti dall'impresa devono da questa essere posseduti con riferimento alla categoria prevalente”. Né, tantomeno, tale evidente carenza può essere (...) recuperata mediante il rinvio al meccanismo incrementale di cui all'art. 61, d. P. R. n. 207/10, *evidentemente legittimo solo ove indicato in sede di gara, non già in sede processuale per ovviare alla irrimediabile e sopravvenuta perdita del requisito speciale*; tanto più laddove l'offerente non è autonomamente in possesso di alcuna qualificazione richiesta dalla lex specialis, dovendo ricorrere a ben tre avvalimenti per ciascuna delle qualifiche richieste; non v'è chi non veda come in un caso del genere debba trovare applicazione il principio generale di cui all'art. 61, co. 2, secondo periodo, d. P. R. n. 207/10 secondo cui il meccanismo incrementale si attua solo a condizione che l'impresa sia “qualificata per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo dei lavori a base di gara”. A ciò si aggiunga, inoltre, che l'artificiosa ricostruzione proposta in sede processuale da controparte *sembra dimenticare gli effetti irrimediabili che la perdita del requisito di qualificazione in capo ad uno degli ausiliari produce in ordine alle risorse, ai materiali e ai mezzi prestati e garantiti anche nei confronti della Stazione Appaltante*; la perdita del requisito di qualificazione in capo all'ausiliario, infatti, implica l'impossibilità comprovata di adempiere alle medesime obbligazioni contrattuali originariamente cristallizzate nel contratto di avvalimento prodotto in gara, con conseguente grave incertezza in capo alla Stazione Appaltante, in ordine a chi debba compiere quelle determinate prestazioni e, soprattutto, se la compagine partecipativa sia in possesso di idonei requisiti materiali e di qualificazione per eseguirli. In ultima analisi, pertanto, la perdita del requisito di qualificazione in capo ad una delle imprese ausiliarie (peraltro neanche posseduto dalle altre ausiliarie, né tantomeno dalla Lombardi) comporta il venir meno anche in capo all'offerente dei requisiti obbligatori di partecipazione alla gara in esame (...).”

In terzo luogo, l'operazione interpretativa, tentata da parte ricorrente principale, in replica alla prima censura incidentale, è già stata valutata negativamente dalla giurisprudenza, che l'ha ricondotta al meccanismo – vietato – del “frazionamento del requisito”: “Il divieto del frazionamento del requisito esclude anche la possibilità di sopperire al difetto nell'ausiliaria dell'intero requisito richiesto mediante l'aumento del quinto (20%) ai sensi dell'art. 61 comma 2, d. P. R. n. 207 del 2010. Anche in questo caso, infatti, l'impresa ausiliaria non è autonomamente in possesso della qualificazione necessaria alla partecipazione alla gara. Ammettere la fruizione dell'aumento del quinto equivarrebbe a consentire di integrare il requisito avvalendosi di un soggetto non in possesso, a sua volta, del requisito stesso. E ciò in palese contrasto con la finalità dell'istituto dell'avvalimento, che è quella di fornire alle imprese la possibilità di ricorrere ai requisiti di altri soggetti, ma solo se e in quanto da questi ultimi integralmente e autonomamente posseduti” (T. A. R. Catanzaro (Calabria), Sez. I, 27/08/2013, n. 868).

In sostanza, ad avviso del Tribunale, da un lato c'è il fatto storico, incontestato, del decremento di classifica dell'impresa ausiliaria; e, dall'altro, una serie di considerazioni difensive, volte a dimostrare – contro l'evidenza – come detto peggioramento di classe non implichi un corrispondente deficit di qualificazione nell'impresa offerente;

da un lato, cioè, c'è la realtà dei fatti, e la conseguente violazione del principio, per cui i requisiti di qualificazione devono permanere, per tutta la durata dell'appalto, senza soluzione alcuna di continuità; dall'altro, il tentativo di dimostrare che, ciò nonostante, nulla sarebbe mutato, e che il decremento in questione sarebbe sostanzialmente neutro, tale cioè, da non mutare la sostanza delle cose.

Ma non s'è considerato, tuttavia, che: "Ai sensi dell'art. 40, d. lg. 12 giugno 2006 n. 163 i requisiti di qualificazione SOA devono sussistere non solo al momento della presentazione dell'offerta, ma permanere anche in ogni successiva fase del procedimento ad evidenza pubblica, *a tutela dell'affidamento della stazione appaltante sulla capacità tecnico – organizzativa dei partecipanti alle procedure di affidamento di contratti e di parità di trattamento tra questi ultimi*" (Consiglio di Stato, sez. V, 18/04/2012, n. 2247); parità di trattamento, che non verrebbe certo salvaguardata, ove s'ammettesse un'operazione ermeneutica, del genere di quella patrocinata dalla ricorrente principale.

Quanto, poi, alle altre notazioni difensive, a tale proposito, della Lombardi s. r. l. (contenute nelle memorie, prodotte in data 21.01.2017 e 27.01.2017) le stesse possono, in buona sostanza, condensarsi nell'ulteriore sviluppo argomentativo, secondo cui la disposizione dell'art. 92, comma 1, secondo alinea, del d. P. R. 207/2010 ("I requisiti relativi alle categorie scorporabili non posseduti dall'impresa devono da questa essere posseduti con riferimento alla categoria prevalente"), sarebbe stata comunque rispettata, nella specie, per effetto dell'aumento di un quinto, ex art. 61 cpv. d. P. R. 207/2010, applicato peraltro (non alla qualificazione, posseduta dalla stessa impresa ricorrente, Lombardi s. r. l., in possesso della sola categoria OG8, classifica III), bensì alla qualificazione (categoria OG8, classifica V), posseduta invece dall'ausiliaria, Costruzioni Lombardi s. r. l.

Al riguardo, il Collegio non ravvisa ragioni, per discostarsi dalle contrarie osservazioni, rassegnate dalla ricorrente incidentale, nel proprio scritto difensivo del 27.01.2017, segnatamente nella parte in cui la stessa ha posto in risalto quanto segue: "Si sottolinea, infatti, ancora una volta come la Lombardi s. r. l. non possieda alcuna qualificazione prescritta dalla legge di gara, essendo ricorsa all'avvalimento di tre imprese per ciascuna delle tre categorie oggetto di gara. Tramite tale istituto, infatti, la Lombardi s. r. l. ha utilizzato i requisiti di qualificazione posseduti dalle tre imprese ausiliarie per dimostrare alla Stazione appaltante il possesso delle tre qualifiche SOA imposte dalla legge di gara; in altri termini, ad un'impresa ausiliaria corrispondeva la dimostrazione del possesso di una qualifica SOA. Ciò è perfettamente coerente con la *ratio* dell'istituto dell'avvalimento, attraverso cui un soggetto terzo presta all'offerente il singolo requisito autonomamente non posseduto dal concorrente e (non presente nella: nde) documentazione presentata in gara dal concorrente. E sempre in questa logica, si spiega l'eventuale (comunque non pacifica — cfr. sul punto T.A.R. Calabria, Catanzaro, I^a, 27.08.13, n. 868) possibilità anche in capo all'ausiliaria di ricorrere all'istituto premiante dell'incremento di un quinto per raggiungere la singola qualifica richiesta dalla legge di gara e prestata al concorrente che ne è privo. Proprio sulla base di tali notazioni preliminari, controparte ha fondato la sua prima (...) ricostruzione descritta nella memoria del 16.12.16; "dimenticandosi", tuttavia, che ai sensi dell'art. 92, co. 1, d. P. R. n. 207/10, "I requisiti relativi alle categorie scorporabili non posseduti dall'impresa devono da questa essere posseduti con riferimento alla categoria prevalente". In assenza di una categoria prevalente superiore alla cat. OG8, class. V, in altri termini, l'incremento di un quinto apoditticamente applicato da controparte per la categoria scorporabile non era sufficiente, né tantomeno legittimo, per coprire i requisiti non posseduti nella categoria scorporabile e, di conseguenza, per ricorrere al subappalto così come descritto in sede di gara. Ma sempre secondo le considerazioni suesposte, anche il secondo tentativo formulato dalla Lombardi s. r. l., nella successiva memoria del 21.01.17, non coglie nel segno, in quanto il meccanismo premiante dell'incremento di un quinto non viene utilizzato per dimostrare il possesso dello specifico requisito oggetto di avvalimento da parte della impresa ausiliaria Costruzioni Lombardi s. r. l. (categoria prevalente – cat. OG8, class. V), ma per dimostrare il possesso di un altro requisito, oggetto di (un) altro contratto di avvalimento (con l'impresa ausiliaria Costruzioni Perito Edile Pietro Torchia, categoria scorporabile – cat. OG13, class. III); ancor più precisamente, la Lombardi s. r. l. strumentalizza l'avvalimento nella categoria prevalente (attraverso l'incremento di un quinto) per colmare le lacune

incontestabilmente presenti nell'avvalimento della categoria scorporabile e ciò in aperto contrasto con gli artt. 61 e 92, d. P. R. n. 207/10 e con la stessa *ratio* dell'istituto, contemplato nell'art. 49, D. Lgs. n. 163/06".

In pratica, il Tribunale condivide pienamente l'affermazione, in detta memoria difensiva contenuta, secondo cui, allorché l'art. 92 d. P. R. n. 207/10 dispone che: "I requisiti relativi alle categorie scorporabili non posseduti dall'impresa devono da questa essere posseduti con riferimento alla categoria prevalente", è *l'impresa singolarmente considerata a dover coprire con la categoria prevalente le eventuali carenze presenti per la categoria scorporabile, non certo un soggetto terzo che si limita a prestare i requisiti, da esso autonomamente posseduti*, pena altrimenti la riproposizione del meccanismo, vietato, del frazionamento del requisito, e un "un utilizzo distorto dell'avvalimento, istituito volto a favorire la concorrenza, ma non certo a rimediare alle insanabili carenze, sopravvenute in capo all'operatore economico" (così, ancora, la citata memoria difensiva della Delta Lavori s. p. a.).

Del tutto irrilevante, infine, appare al Tribunale l'ulteriore deduzione difensiva della Lombardi (contenuta al termine della memoria, depositata il 21.01.2017), secondo cui l'ausiliaria Costruzioni Lombardi s. r. l. risultava comunque anche in possesso della categoria scorporabile OG13 (classifica II); si tratta, com'è facile intendere, di una circostanza del tutto anodina, e che non sposta di un millimetro il fulcro della questione, che è e resta quello, che s'è tratteggiato in precedenza; anzi, paradossalmente, proprio il tentativo, da parte della Lombardi s. r. l., di elaborare ulteriori argomenti, a sostegno della propria linea difensiva, pare il sintomo più evidente della sua intrinseca debolezza di fondo.

In conformità alle precedenti osservazioni, il ricorso incidentale va quindi accolto, con assorbimento degli altri motivi, anche contenuti nei relativi motivi aggiunti (non palesandosi alcuna ragione pratica, per scendere ugualmente al loro esame), e con conseguente improcedibilità, per sopravvenuto difetto d'interesse, del gravame principale, giusta giurisprudenza consolidata, per la quale cfr. la massima seguente: "Nei giudizi relativi alle procedure di affidamento, ove le censure del ricorso incidentale riguardino la partecipazione del ricorrente principale, l'accoglimento del mezzo di tutela sotto tale profilo rende improcedibile il ricorso principale, non sussistendo più in capo al ricorrente l'interesse concreto ed attuale alla decisione di quest'ultimo, neppure sotto l'aspetto della tutelabilità dell'interesse strumentale al rifacimento della gara" (T. A. R. Trento, (Trentino – Alto Adige), Sez. I, 8/04/2016, n. 191).

In base alla regola della soccombenza, spese e compensi di lite (oltre al rimborso del contributo unificato), in favore della ricorrente incidentale Delta Lavori s. p. a., vanno posti a carico delle controparti (Lombardi s. r. l. e Comune di Auletta), e sono liquidati come in dispositivo.

Sussistono, invece, eccezionali ragioni per compensarli, nei rapporti tra le soccombenti (sul ricorso incidentale) e l'altra controinteressata (non ricorrente incidentale) MSM Ingegneria s. r. l.; lo stesso dicasi, quanto ai rapporti tra la ricorrente principale, la ricorrente incidentale e le altre controinteressate (non costituite in giudizio) Robertazzi Costruzioni s. r. l. e Giglio Costruzioni s. r. l.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania – Sezione staccata di Salerno (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto dalla Lombardi s. r. l., e sul ricorso incidentale della Delta Lavori s. p. a. (e relativi motivi aggiunti), così provvede:

accoglie il ricorso incidentale;

dichiara improcedibile, per sopravvenuto difetto d'interesse, il ricorso principale;

condanna il Comune di Auletta e la Lombardi s. r. l. al pagamento, in favore della Delta Lavori s. p. a., di spese e compensi di lite, che liquida in € 1.500,00 (millecinquecento/00), a carico di ciascuna delle parti soccombenti, e

così, complessivamente, in € 3.000,00 (tremila/00), oltre accessori come per legge; condanna, altresì, il Comune di Auletta e la Lombardi s. r. l. alla rifusione, in parti eguali e con vincolo di solidarietà, in favore della Delta Lavori s. p. a., del contributo unificato, ove versato;

compensa ogni altra spesa di lite.

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

Così deciso, in Salerno, nella camera di consiglio del giorno 7 febbraio 2017, con l'intervento dei magistrati:

Francesco Riccio, Presidente

Giovanni Sabato, Consigliere

Paolo Severini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Paolo Severini

IL PRESIDENTE

Francesco Riccio