

Publicato il 11/01/2022

N. 00175/2022 REG.PROV.COLL.
N. 02537/2021 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

sul ricorso numero di registro generale 2537 del 2021, integrato da motivi aggiunti, proposto da

-OMISSIS- S.r.l. (di seguito: -OMISSIS-), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Migliarotti, con recapito digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Provveditorato Interregionale Opere Pubbliche Campania Molise Puglia e Basilicata - Sede di Napoli (di seguito: Provveditorato), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli, domiciliataria ex lege in Napoli, via Diaz 11 e con recapito digitale come da PEC da Reginde;

nei confronti

-OMISSIS-, società cooperativa (di seguito: -OMISSIS-), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Riccardo Schininà, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

- -OMISSIS- (di seguito: -OMISSIS-), -OMISSIS- S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, non costituiti in giudizio;

per l'annullamento:

Riguardo al ricorso introduttivo, notificato il 5 giugno 2021 e depositato il successivo 10, al primo ricorso per motivi aggiunti, notificato il 1° luglio 2021 e depositato il successivo 7 ed al secondo ricorso per motivi aggiunti, notificato e depositato il 15 ottobre 2021:

- a) del provvedimento prot. n. -OMISSIS- col quale il Provveditorato ha aggiudicato la gara per l'affidamento dei lavori di adeguamento funzionale dell'immobile demaniale ex “Ospedale Civile S. Sebastiano” di Caserta, al costituendo Raggruppamento temporaneo d'impresе (RTI) tra il -OMISSIS- e -OMISSIS- s.r.l. (di seguito: RTI -OMISSIS---OMISSIS-);
- b) di ogni altro atto presupposto e/o connesso ancorché non conosciuto;
- c) nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto, ove nelle more stipulato, e per il subentro nella sua esecuzione da parte della società ricorrente che ne dichiara la disponibilità;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di -OMISSIS- e del Provveditorato;

Vista l'ordinanza cautelare n. 1192 del 24 giugno 2021;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 novembre 2021, il dott. Gianmario Palliggiano, presente l'avv. A. Ferri per l'Avvocatura distrettuale dello Stato; acquisite le richieste di passaggio in decisione dell'avv. Migliarotti e dell'avv. Schininà;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- -OMISSIS- ha partecipato alla procedura di gara avente ad oggetto i lavori di completamento per la ristrutturazione e l'adeguamento funzionale dell'immobile demaniale, ex sede dell' “Ospedale civile S. Sebastiano” di

Caserta, sito in Piazza Marconi, da destinare a nuova sede del Comando Provinciale della Guardia di Finanza di Caserta, per un importo a base d'asta di € 5.142.528,16.

In estrema sintesi, all'esito della gara era risultata la seguente graduatoria, riguardo ai primi cinque operatori economici sugli otto idoneamente classificati:

- 1° RTI -OMISSIS- s.p.a.;
- 2° -OMISSIS- s.c.a.r.l.;
- 3° RTI -OMISSIS-
- 4° RTI -OMISSIS-- -OMISSIS-;
- 5° -OMISSIS-.

La Stazione appaltante aveva tuttavia considerato anomale le offerte proposte dal RTI -OMISSIS-, primo classificato, e dal RTI -OMISSIS-, terzo classificato. Sicché ha aggiudicato la gara al Consorzio stabile Policost, secondo classificato, la cui offerta è stata invece ritenuta congrua.

Il RTI Grade e il RTI -OMISSIS- hanno proposto, ciascuno per proprio conto, ricorso avverso l'aggiudicazione di Policost che, a sua volta, ha risposto con ricorsi incidentali.

Questo TAR, con la sentenza n. 1226 del 2020, nel valutare legittimi i motivi ai fondamento dell'esclusione dalla gara di entrambi i concorrenti, ha accolto sia il ricorso principale proposto dal RTI -OMISSIS- sia quello incidentale proposto dal Consorzio Policost, con l'effetto di annullare l'aggiudicazione in favore del RTI -OMISSIS-

Con la sentenza n. 1227 del 2020, questo TAR ha, invece, respinto il ricorso proposto dal RTI -OMISSIS-, confermando la legittimità del provvedimento di esclusione assunto dalla stazione appaltante.

Entrambe le sentenze sono state impugnate davanti al Consiglio di Stato che, nel riunire i ricorsi, con la sentenza n. 7943 del 2020, relativamente al ricorso proposto dal Consorzio Policost, ha confermato, con parziale diversa

motivazione, la sentenza di primo grado, mentre ha respinto il ricorso presentato dalla società -OMISSIS-.

Per effetto della conferma di entrambe le sentenze di questo TAR sono risultati esclusi dalla gara i primi tre classificati.

Nonostante il tempo trascorso, la stazione appaltante - in ossequio ai principi di economicità e di conservazione degli atti amministrativi, nonché di buona Amministrazione sancito dall' art. 97 Cost. e considerando la sussistenza dell'interesse pubblico al completamento dell'opera, in virtù dell'idoneità del progetto posto a base di gara - ha valutato utile ed opportuno procedere allo scorrimento della graduatoria. Per questo ha aggiudicato l'appalto al concorrente quarto classificato nella graduatoria di gara, ossia il RTI - OMISSIS---OMISSIS-, come era stato determinato a conclusione della seduta pubblica del giorno del 18 gennaio 2019.

2.- Di qui l'odierno ricorso introduttivo, notificato il 5 giugno 2021 e depositato il successivo 10, col quale -OMISSIS- ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione della gara in questione al costituendo RTI - OMISSIS---OMISSIS-.

Ha dedotto la seguente censura: Violazione dell'art. 80 d. lgs 50/2016.

Il provvedimento di aggiudicazione sarebbe pertanto viziato da difetto d'istruttoria e di motivazione per omessa puntuale verifica dell'esistenza di condotte elusive della normativa in materia di requisiti di gara.

Più in particolare, il RTI -OMISSIS---OMISSIS- ha indicato, quale consorziata esecutrice dei lavori, -OMISSIS-.

Orbene, il disciplinare di gara prevede, in conformità alla norma primaria, segnatamente l'art. 80, comma 4, d. lgs. 50/2016, l'inammissibilità alla partecipazione alla gara per coloro che versino in stato di fallimento ovvero che abbiano commesso violazioni gravi e definitivamente accertati inadempienti, relativamente agli obblighi di pagamento di imposte e tasse ovvero di contributi previdenziali, secondo la legislazione dello stato di appartenenza.

Come risulta dalle dichiarazioni rese in sede di gara, -OMISSIS- aveva conseguito l'attestazione SOA in data 29 settembre 2017 per aver fittato, in qualità di cessionaria-locataria, il ramo d'azienda della società cooperativa -OMISSIS- con atto notarile del 2 agosto 2017, essendo stata costituita pochi giorni prima, ossia il precedente 17 luglio.

L'art. 6 del contratto di cessione per fitto d'azienda stabilisce che tutti i crediti ed i debiti sorti anteriormente alla cessione restano a carico della locatrice -OMISSIS- Tra questi rientrano, ovviamente, anche quelli nei confronti del fisco, degli enti previdenziali ed assistenziali nonché delle casse edili.

Si manifesterebbe, pertanto, una condotta palesemente elusiva della normativa in materia di requisiti di partecipazione.

Inoltre, il legale rappresentante della -OMISSIS-, la cooperativa cessionaria e conduttrice dell'azienda, è il figlio del legale rappresentante dell'azienda cedente locatrice, con evidente continuità di gestione tra due soggetti solo formalmente distinti.

Sebbene, in sede di gara, -OMISSIS- abbia dichiarato l'esistenza del fitto di azienda ed abbia anche allegato il relativo contratto, a ciò non ha fatto seguito alcuna forma di controllo da parte della stazione appaltante che ha aggiudicato la gara al controinteressato senza indagare sull'esistenza, o meno, di forme di collegamento ovvero di trasmissibilità di cause di esclusione in capo alla -OMISSIS- e, quindi, a -OMISSIS-.

Per di più, in data 28 novembre 2017, -OMISSIS- è stata posta in liquidazione coatta amministrativa in ragione di un'esposizione superiore a euro 10 milioni anche per debiti fiscali e con enti previdenziali ed assistenziali.

In questo contesto, le cause di esclusione originariamente in capo alla -OMISSIS- si trasmettono alla -OMISSIS- per l'evidente continuità esistente tra i due soggetti.

-OMISSIS- ha partecipato alla gara in veste di consorzio esecutore dei lavori indicato dal consorzio -OMISSIS-, ragion per cui, ove fosse stato accertato

che non era in possesso dei requisiti di cui all'art. 80 del D. Lgs 50/2016, si sarebbe dovuta disporre l'esclusione del R.T.I. dalla gara.

3.- Il -OMISSIS- ed il Provveditorato si sono costituiti in giudizio con atti rispettivamente depositati il 17 ed il 18 giugno 2021.

Il -OMISSIS- il successivo 18 ha contro-dedotto sostenendo la legittimità delle determinazioni della stazione appaltante.

Il Provveditorato, a sua volta, in data 21 giugno 2021, ha depositato memoria con la quale ha posto in evidenza di avere proceduto, contrariamente alle affermazioni di parte ricorrente, ad effettuare ulteriori controlli, dai quali è emerso un DURC regolare con riferimento sia alla società -OMISSIS-, indicata come impresa esecutrice, sia alla società cedente l'azienda, -OMISSIS-

Alla data del 21 giugno 2021, invece, non è stato più possibile richiedere un DURC per quest'ultima, in relazione al suo stato di messa in liquidazione.

Pertanto, dal DURC reperito negli archivi dell'INAIL, datato 30 Aprile 2017 e con validità fino al 28 agosto 2017, efficace dunque nel periodo d'interesse, risalendo il contratto di fitto dell'azienda al 3 agosto 2017, emerge che la posizione contributiva è regolare. Ne consegue che la stazione appaltante non sarebbe tenuta più ad alcuna ulteriore verifica (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 14 giugno 2019, n. 4023).

Con ordinanza n. 1192 del 24 giugno 2021, la Sezione ha respinto la richiesta di sospensione cautelare dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati, atteso che "allo stato non sembra sussistere l'invocato danno grave ed irreparabile, posto che l'aggiudicazione della gara per l'affidamento dei lavori in favore del costituendo RTI -OMISSIS---OMISSIS- risulta essere subordinato all'accertamento del possesso dei requisiti di ordine generale dichiarati in sede di gara nonché agli esiti delle verifiche antimafia, anche in relazione al provvedimento interdittivo antimafia, prot. n. 0154726 del 19 maggio 2021, emesso dalla Prefettura di Caserta a carico della società -OMISSIS-, indicata dal Consorzio aggiudicatario quale esecutrice dei lavori."

-OMISSIS-, in data 27 maggio 2021, ha depositato in giudizio documentazione amministrativa; il successivo 3 giugno, l'offerta tempo e l'offerta economica.

4.- In relazione a questi depositi, -OMISSIS-, avverso gli stessi atti già impugnati col ricorso introduttivo, ha proposto ricorso per motivi aggiunti, notificato il 1° luglio 2017 e depositato il successivo 7, col quale ha articolato censure integrative volte a contestare la conformità dell'offerta dell'aggiudicataria alle regole di gara.

Più in particolare si duole della violazione del disciplinare di gara e del difetto d'istruttoria nonché di motivazione riguardo al punteggio che la Commissione giudicatrice ha attribuito all'offerta tempo del RTI controinteressato, stante la sostanziale indeterminatezza della stessa.

Come risulterebbe dal verbale di gara del 18 gennaio 2019, il distacco che separa -OMISSIS- dalla ricorrente è di soli 0,65 punti, avendo ottenuto il primo 87,350 punti e la seconda 86,700 punti.

Ciò che accomuna le due offerte è l'attribuzione di 10 punti per l'offerta tempo.

Ai fini della prova di resistenza, la ricorrente osserva che, nell'ipotesi in cui il RTI -OMISSIS--OMISSIS- avesse ricevuto, come da capitolato, un punteggio per l'offerta tempo pari a zero, la ricorrente sarebbe risultata prima classificata.

Tuttavia, l'offerta tempo del consorzio -OMISSIS- non sarebbe rispettosa del disciplinare di gara né della norma primaria posto che, dagli elaborati prodotti dal concorrente, emerge una discordanza tra la dichiarazione di offerta (456 giorni) ed il contenuto del cronoprogramma (429,12 oppure 307,27).

5.- In seguito, in data 20 settembre 2021, l'Avvocatura dello Stato ha depositato la nota prot. n. 13416 del 23 luglio 2021, con la quale il Provveditorato informa che, in data 16 luglio 2021, il Consorzio -OMISSIS- ha individuato nella società -OMISSIS- s.r.l. la nuova consorziata esecutrice dei lavori in luogo della -OMISSIS- la quale, nel frattempo, era stata attinta da

una interdittiva antimafia, come da provvedimento della Prefettura – Ufficio territoriale del Governo di Napoli, n. -OMISSIS-(all. 12 alla memoria depositata il 21 giugno 2021 dal Provveditorato).

Nella medesima nota è stato altresì comunicato che erano in corso le verifiche, in capo alla suddetta -OMISSIS- s.r.l., circa il possesso dei requisiti di ordine generale richiesti dalla vigente normativa per l'assunzione dell'appalto in argomento.

Alla ricorrente consta che tali verifiche si siano concluse con esito positivo.

Per questo, ha presentato secondo ricorso per motivi aggiunti, notificato e depositato il 15 ottobre 2021, col quale ha formulato le seguenti ulteriori censure.

Violazione dell'art. 146 del D. lgs. 50/2016; difetto d'istruttoria.

Nell'appalto oggetto del presente giudizio, è previsto il possesso delle seguenti categorie: OG11, IV classifica, e OG2, IV classifica, per importi, rispettivamente, di € 2.936.803,22 e di € 2.205.724,94.

In sede di gara in consorzio aggiudicatario ha dichiarato di assumere, nell'ambito del raggruppamento temporaneo, il 100% della categoria OG2 indicando in -OMISSIS- la consorziata in possesso della suddetta categoria.

Con altra dichiarazione, -OMISSIS- ha precisato di non essere in possesso di dipendenti con la qualifica di operaio e di svolgere un mero supporto tecnico amministrativo alle imprese associate.

Dopo l'emissione di interdittiva antimafia a carico di -OMISSIS-, -OMISSIS- ha individuato quale nuova consorziata esecutrice -OMISSIS- s.r.l. che, tuttavia, è in possesso della sola categoria OG1 e non anche della categoria OG2, quella caratterizzante i lavori da affidare in appalto.

Secondo chiaro orientamento della giurisprudenza, il “cumulo alla rinfusa” dei consorzi stabili non può essere applicato per le qualificazioni nelle gare per lavori relativi ai beni culturali per i quali vi è una chiara disposizione derogatoria costituita dall'art. 146, comma 2, d. lgs 50 del 2016, laddove si stabilisce che: “I lavori di cui al presente capo – ovverosia interventi sui beni

culturali - sono utilizzati, per la qualificazione, unicamente dall'operatore che ha effettivamente eseguiti. Il loro utilizzo, quale requisito tecnico, non è condizionato da criteri di validità temporale.”

(cfr., anche questa Sezione n. 4417 del 2020).

Né il consorzio aggiudicatario potrebbe utilizzare la sua iscrizione nella categoria OG2 avendo espressamente dichiarato di non avere operai alle proprie dipendenze e di svolgere una mera attività di supporto alle imprese consorziate.

In conclusione il provvedimento di aggiudicazione andrebbe in ogni caso annullato atteso che -OMISSIS-, la società designata da -OMISSIS- quale esecutrice dei lavori, non è in possesso dell'imprescindibile requisito di qualificazione nella categoria OG2.

2) Violazione dell'art. 48 d. lgs 50/2016; Difetto d'istruttoria.

L'art. 48 d. lgs. 50/2016 consente la modifica soggettiva dei concorrenti a condizione che “non sia finalizzata ad eludere in tale sede la mancanza di un requisito di partecipazione in capo all'impresa consorziata”.

Nel caso di specie, non solo -OMISSIS- non ha dimostrato che, per effetto del fitto di azienda, vi sia una discontinuità nelle due gestioni, ma vi sono una serie di elementi che, al contrario, militano per una continuità gestionale con la cedente (la ricorrente cita a proprio favore, Cons. Stato, sez. VI, 7 ottobre 2021, n. 6706; Idem, 5 novembre 2014, n. 5470; Sez. III, 12 dicembre 2018, n. 7022).

6.- La causa è stata inserita nel ruolo dell'udienza pubblica del 17 novembre 2021 per la decisione nel merito.

Le parti hanno presentato memorie e repliche con le quali hanno ribadito le rispettive posizioni nonché note con richiesta di passaggio in decisione della causa che è stata quindi trattenuta dal Collegio a conclusione dell'udienza.

7.- Il ricorso è meritevole di accoglimento.

7.1.- Il Collegio ritiene di potere affrontare direttamente la prima censura del secondo ricorso per motivi aggiunti la quale costituisce, per l'evidente sua

fondatezza, la ragione più liquida ai fini della soluzione della causa (argomento ex Adunanza plenaria n. 5 del 2015).

Secondo orientamento già espresso da questa Sezione con la sentenza n. 4416 del 12 ottobre 2020, in linea con indirizzo ormai pacifico della giurisprudenza (TAR Parma, 27 maggio 2021, n. 139; Cons. giust. amm. Sicilia, 22 gennaio 2021, n. 49; Tar Palermo, sez. III, 26 maggio 2020, n. 1091; Cons. Stato, sez. V, 16 gennaio 2019, n. 403), il principio del “cumulo alla rinfusa” applicabile ai consorzi stabili, sebbene ammesso in via generale nella legislazione in materia di contratti pubblici, non può essere applicato per le qualificazioni, contrassegnate dalla categoria OG2, nelle gare relative a lavori su beni culturali, per i quali vige la chiara disposizione derogatoria, rispetto a quella generale che si ricava dal codice dei contratti pubblici, di cui all'art. 146 d. lgs, n. 50 del 2016.

Il menzionato art. 146, al comma 2, stabilisce, infatti, testualmente che: “I lavori di cui al presente capo [ossia interventi sui beni culturali, ndr] sono utilizzati, per la qualificazione, unicamente dall'operatore che ha effettivamente eseguiti. Il loro utilizzo, quale requisito tecnico, non è condizionato da criteri di validità temporale”.

Il precedente comma 1 precisa, altresì, che: “In conformità a quanto disposto dagli articoli 9-bis e 29 del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, per i lavori di cui al presente capo è richiesto il possesso di requisiti di qualificazione specifici e adeguati ad assicurare la tutela del bene oggetto di intervento”.

Dall'esegesi delle due disposizioni appena illustrate, emerge con evidenza che un operatore economico il quale abbia eseguito lavori su un bene culturale può “spendere” – ai fini della qualificazione - il relativo requisito esclusivamente in proprio senza possibilità di prestarlo, nemmeno nell'ambito di consorzi stabili, agli associati né, eventualmente, assumere come propri i lavori di questi ultimi (cfr., anche, TAR Campania, Salerno, sez. I, 15 maggio 2020, n. 508 che richiama Cons. Stato, sez. V, 26 ottobre 2018, n. 6114).

7.2.- Nel caso di specie, in sede di gara, -OMISSIS- aveva dichiarato di assumere, nell'ambito del raggruppamento temporaneo, il 100% della categoria OG2, indicando quale esecutrice la consorziata -OMISSIS-, in possesso della qualifica relativa alla suddetta categoria.

Con altra dichiarazione (cfr. all. 6 alla produzione della ricorrente del 15 ottobre 2021), il -OMISSIS- ha precisato di non essere in possesso di dipendenti con la qualifica di operaio e di svolgere un mero supporto tecnico amministrativo alle imprese associate.

Dopo che -OMISSIS- è stata colpita da interdittiva antimafia, il -OMISSIS- ha individuato quale nuova consorziata, esecutrice materiale dei lavori, -OMISSIS- s.r.l.; quest'ultima, tuttavia, è in possesso della sola categoria OG1 e non anche della OG2. Ne deriva la palese carenza del requisito di qualificazione specifico ed adeguato, da parte della materiale esecutrice dei lavori, diretto ad assicurare la concreta tutela del bene oggetto d'intervento in capo al soggetto designato per l'esecuzione dei lavori, carenza che si estende al consorzio aggiudicatario, il quale, pertanto, avrebbe dovuto essere, escluso dalla gara, a seguito delle verifiche condotte nel corso del protrarsi del procedimento di aggiudicazione.

5.- La fondatezza della doglianza ha carattere assorbente sulle altre censure per le quali non è necessario procedere al relativo esame.

In conseguenza dell'accoglimento del ricorso e dei relativi motivi aggiunti vanno disposti:

- l'annullamento degli atti impugnati e, in particolare, dell'aggiudicazione in favore del RTI -OMISSIS---OMISSIS-.
- in relazione alla posizione conseguita in graduatoria, immediatamente seguente a quella del RTI -OMISSIS--Energia, va disposta l'aggiudicazione in favore della società ricorrente della gara d'appalto in discussione ed il conseguente affidamento del relativo contratto, ovvero il subentro nell'esecuzione dello stesso, laddove fosse stato medio tempore stipulato e già in parte eseguito.

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 e sui relativi motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li accoglie con gli effetti di cui in motivazione.

Condanna il Provveditorato Interregionale per le Opere pubbliche Campania, Molise, Puglia, Basilicata e il -OMISSIS-, società cooperativa, al pagamento in favore della ricorrente delle spese del giudizio che liquida, per ciascuno, in € 3.000,00, oltre accessori di legge e rimborso, ciascuno per la metà, del contributo unificato.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 9, paragrafo 1, del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare la -OMISSIS- (-OMISSIS-) e la società cooperativa -OMISSIS-

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 17 novembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Gianmario Palliggiano, Presidente FF, Estensore

Giuseppe Esposito, Consigliere

Maurizio Santise, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE
Gianmario Palliggiano

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.