

Pubblicato il 11/02/2022

N. 00951/2022 REG.PROV.COLL.
N. 04768/2021 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 Ottava)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4768 del 2021, proposto da Rdr S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Parisi, Luigi Cerbone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Gesesa S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Gianluca Brancadoro, Carlo Mirabile, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Appalti e Servizi S.r.l., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

previa emanazione di idonee misure cautelari,

a) della determinazione prot. n. 25805 del 20.09.2021 a firma del R.U.P. di GESESA S.p.a., trasmessa a mezzo pec in pari data, con la quale è stata disposta – previa approvazione dei pregressi verbali di seduta di gara e previa specifica approvazione del verbale di gara del 16.09.2021 assunto al prot. di

GESESA S.p.a. con n. 25766 del 17.09.2021 recante proposta di aggiudica in favore della Appalti e Servizi Srl formulata dalla Commissione - l'aggiudicazione definitiva in favore della Appalti e Servizi Srl dello "Accordo Quadro per il Servizio di Manutenzione Programmata, Manutenzione Ordinaria e Straordinaria e Pronto Intervento a Servizio delle Apparecchiature Elettriche, Elettromeccaniche e Idrauliche installate negli impianti dei siti gestiti da GESESA Spa ricadenti nel distretto Calore-Irpino - CIG: 87818747AD", per un importo pari a € 413.777,01 al netto del ribasso offerto del 18,00 % oltre I.V.A. come per legge;

b) della determinazione a firma del R.U.P. di GESESA S.p.a. del 26.08.2021 prot. n. 23884, recante ammissione alla fase successiva della selezione di tutti i concorrenti in gara;

c) della determinazione a firma del R.U.P. di GESESA S.p.a. del 30.7.2021 prot. n. 23355, recante ammissione al soccorso istruttorio di tutti i concorrenti in gara;

d) dei verbali del 14.07.2021 (acquisito al protocollo di GESESA con n. 37712 del 16.07.2021), del 24.08.2021 (prot. n. 23833 del 24.08.2021), del 16.09.2021 (prot. n. 25766 del 17.09.2021);

e) della nota del 21.10.2021 a firma del R.U.P. di GESESA S.p.a. mediante la quale è stata trasmessa alla Appalti e Servizi S.r.l. copia dell'istanza di accesso agli atti effettuata da R.D.R. S.p.a. in data 22.09.2021;

f) quatenus opus, della determinazione prot. n. 19927 del 25.6.2021 recante proroga termini per la presentazione delle offerte;

g) di ogni altro atto preordinato, presupposto, connesso e conseguente, parimenti lesivo, ancorché non conosciuto, ivi compresi gli atti istruttori, i verbali di commissione e/o altri atti e provvedimenti (anche se non conosciuti), in ogni modo relativi alla suddetta procedura;

NONCHE' per la reintegrazione in forma specifica mercé declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato nelle more della definizione del giudizio dall'Amministrazione ex artt. 122 e 124 C.P.A., espressamente

dichiarando la disponibilità al subentro e, in subordine, del risarcimento dei danni per equivalente pecuniario ex artt. 30 e 124 C.P.A. in misura non inferiore all'utile non goduto ed al danno curricolare, con riserva di meglio precisare la domanda in corso di causa;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Gesesa S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 gennaio 2022 il dott. Luca Cestaro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

FATTO

1.1. La parte ricorrente, RDR s.p.a, impugna la determinazione prot. n. 25805 del 20.09.2021 con la quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva in favore della Appalti e Servizi S.r.l. dell' *“Accordo Quadro per il Servizio di Manutenzione Programmata, Manutenzione Ordinaria e Straordinaria e Pronto Intervento a Servizio delle Apparecchiature Elettriche, Elettromeccaniche e Idrauliche installate negli impianti dei siti gestiti da GESESA Spa ricadenti nel distreCo Calore-Irpino - CIG: 87818747AD”*; tale accordo contempla un valore pari a € 413.777,01 al netto del ribasso offerto del 18,00 % oltre I.V.A. come per legge.

1.2. La parte ricorrente premette che il ricorso è da ritenersi tempestivo in quanto l'accesso alla documentazione di gara, e, in particolare, a quella dell'offerta della controinteressata è stato consentito solo in data 3.11.2021.

La parte ricorrente censura gli aspetti descritti di seguito.

I - Violazione del principio della par condicio competitorum - violazione dell'art. 97 cost. - violazione dell'art. 83 del d.l.g.s n. 50/2016 - violazione della lex specialis, con particolare riferimento all'art. 3 del disciplinare di gara - eccesso di potere - sviamento - irragionevolezza - illogicità manifesta - erronea ponderazione della fattispecie contemplata - travisamento - altri profili.

In particolare, il disciplinare di gara, all'art. 3, richiedeva che i concorrenti dimostrassero di aver realizzato “con esito positivo, negli ultimi tre anni antecedenti la data di pubblicazione del bando di gara, servizi nel settore oggetto dell'appalto, per un importo almeno pari ad €. 500.000,00”.

Ebbene, la controinteressata dimostrava di aver prestato i seguenti servizi nel triennio precedente, rispondenti, sotto il profilo meramente quantitativo, al limite prescritto dal disciplinare:

a) contratto di subappalto stipulato in data 4.6.2018 con Cicchetti Remo & Figlio Srl nell'ambito dei lavori a quest'ultima affidati da ACEA ATO 2 Spa per l'esecuzione dei lavori di alimentazione integrativa del sistema idrico di Frascati dell'VIII Sifone - CIG 64013356614; i lavori oggetto di subappalto, a mente dell'art. 5 del medesimo contratto, consistevano in lavori edili in categoria OG1 per l'importo di 150.000,00; b) appendice del 6.11.2018 al contratto sub a), ancora in categoria OG1, con incremento di € 355.000,00; in definitiva, quindi, il subappalto in parola sommava € 505.000,00.

Senonché, tali contratti riguardano l'esecuzione di lavori e non, invece, i richiesti servizi di manutenzione programmata e straordinaria - compreso il pronto intervento - a servizio delle apparecchiature elettriche, elettromeccaniche e idrauliche installate negli impianti dei siti gestiti da GE.SE.SA. s.p.a. ricadenti nel distretto Calore irpino.

Inoltre, la categoria sarebbe del tutto diversa anche quanto al settore poiché i lavori di cui si ragiona afferiscono alla categoria OG1 (edifici civili e industriali) e non alla categoria generale OG6 a cui si riferisce il bando.

II. Violazione dell'art. 97 cost. - violazione degli artt. 83, 87 e 89 del d.lgs. n. 50/2016 - violazione normativa ISO 5001/2018 - eccesso di potere - sviamento - irragionevolezza - illogicità manifesta - erronea ponderazione della fattispecie contemplata - difetto di motivazione - abnormità - altri profili.

Illegittima, poi, sarebbe la positiva valutazione del contratto di avvalimento relativo al sistema di qualità ISO 5001/2018. In primo luogo, il contratto di avvalimento per simili certificazioni di qualità non sarebbe ammesso (sebbene

la parte dia atto dell'esistenza di un orientamento permissivo). In secondo luogo, comunque, la certificazione riguarda solo formalmente "l'intero assetto organizzativo dell'impresa che ha consentito l'acquisizione della certificazione" allorché il compenso è pari a solo il 2% del valore dell'appalto.

III. Violazione dell'art. 97 cost. - violazione degli artt. 47 e 89 del d.lgs. n. 50/2016 - eccesso di potere - sviamento - falsità della causa - irragionevolezza - illogicità manifesta - omessa ponderazione della fattispecie contemplata - difetto di motivazione - contraddittorietà - altri profili.

Si rileva, poi che la Appalti e Servizi s.r.l. si sia avvalsa delle attestazioni SOA in OG6 ed in OS22 possedute dal Consorzio Stabile Unyon in classifiche adeguate all'importo d'appalto.

Sul punto, l'odierna controinteressata ha depositato un contratto ex art. 89 C.C.P. mediante il quale l'ausiliaria si obbligava a fornire il proprio modello organizzativo e di controllo, il know-how tecnologico e commerciale a mezzo della propria Direzione Tecnica, nonché, essendo pacificamente l'avvalimento della qualificazione mediante attestazione SOA di natura operativa e non di garanzia, l'elenco delle risorse e dei mezzi e, segnatamente, *"una squadra tipo composta da 1 operaio specializzato, 1 operaio qualificato e 1 operaio comune (facenti parte della struttura consortile)" e "tutti i mezzi, le attrezzature, i beni finiti ed i materiali nelle proprie disponibilità (facenti parte della struttura consortile): ponteggi - tavole in metallo e tavole fermapiè per ponteggi - giunti per ponteggi; n. 1 autocarro; n. 1 betoniera; n. 1 mola; n. 1 trapano; n. 1 avvitatore; n. 1 smerigliatrice; n. 2 carriole; minuteria varia"*.

Tali fattori della produzione, tuttavia, non sarebbero posseduti. La visura camerale versata in atti, evidenzia che l'Unyon Consorzio Stabile ha in organico soli 5 dipendenti - presumibilmente con funzioni amministrative - così distribuiti: - 2 presso la sede di Scafati; - 3 presso la sede di Santa Maria la Carità, peraltro non registrati nel secondo trimestre 2021. In alcun modo, invece, viene comprovata la proprietà e/o comunque la disponibilità dei mezzi e delle attrezzature elencate né, tantomeno, il contratto di avvalimento

offre indicazioni circa eventuali consorziati che, in ipotesi, potrebbero concretamente prestare gli indicati fattori per l'esecuzione della commessa.

Invero, la mancata dimostrazione circa l'effettiva titolarità in capo al Consorzio ausiliario – il quale non risulta avere dimensione operativa come si evince dalla visura camerale esibita - di risorse umane e materiali vizia di nullità il contratto, determinando l'illegittimità dell'ammissione per effetto della diminuita garanzia in favore della Stazione appaltante.

Peraltro, appare francamente fuor di dubbio che ove si fosse inteso fruire delle risorse e dei mezzi di uno o più consorziati, il contratto di avvalimento avrebbe dovuto specificamente indicare degli operatori, ex art. 47 comma 2 C.C.P., con ogni conseguente onere dichiarativo, al fine di consentire alla stazione appaltante di condurre quelle verifiche che, invece, come è evidente, sono del tutto mancate nel caso di specie, palesandosi un evidente difetto di istruttoria quanto meno nella fase di verifica dei requisiti dichiarati ex art. 48 C.C.P.

1.3. Si costituisce la GESESA s.p.a. che – oltre ad aver eccepito la tardività del ricorso - ha effettuato le controdeduzioni illustrate di seguito.

A) I due contratti di subappalto impiegati riguardano lavori effettuati nel settore di riferimento. L'appalto, in particolare, sarebbe relativo tanto ai servizi quanto ai lavori “trattandosi di attrezzature tecniche ed elettrotecniche che richiedono necessariamente per la loro installazione lavori edili”. L'impresa aggiudicataria, poi, è qualificata nella categoria OG11 che comprende i servizi di cui all'appalto di cui si discute. V'è, poi, da considerare l'esistenza di un ulteriore contratto per l'esecuzione di lavori sempre nel settore dell'appalto del 6.4.2021 (importo 150.000 euro).

B) Anche il secondo motivo di ricorso è infondato in quanto, com'è stato rilevato dalla stessa ricorrente, l'ausiliaria ha messo a disposizione l'intera organizzazione aziendale e tanto è sufficiente per l'avvalimento della certificazione di qualità non potendosi sindacare la determinazione del compenso.

C) L'infondatezza del terzo motivo di ricorso deriva dalla inconsistenza della prospettazione, in quanto non vi sono reali ragioni per ritenere che il consorzio non disponga delle risorse promesse e "non spetta" alla ricorrente sindacare l'assetto operativo dell'impresa ausiliaria.

1.4. All'udienza camerale del 2.12.2021, la parte ricorrente rinunciava alla domanda cautelare; la causa era, quindi, rinviata all'udienza pubblica del 26.1.2022, all'esito della quale era trattenuta in decisione.

DIRITTO

2. Ancor prima di passare alla trattazione del merito del ricorso, va rammentato che, in tema di contenzioso relativo alle procedure di affidamento di pubblici servizi, la sentenza è redatta «*in forma semplificata*» potendo, quindi, consistere «*in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo*» (artt. 120 co. 6 e 74 c.p.a.).

3.1. In via preliminare, va respinta l'eccezione di tardività formulata dalla GESESA.

In tal senso, coglie nel segno la prospettazione della parte ricorrente che rileva come i motivi di censura si appuntino sul contenuto dell'offerta dell'aggiudicataria che è stato possibile conoscere compiutamente solo all'esito dell'accesso agli atti effettuato in data 3.11.2021, data rispetto alla quale il ricorso – notificato il 15.11.2021 - è tempestivo.

Giova rammentare, in merito, che la giurisprudenza si è, ormai, attestata nel senso che il termine decorra dal momento in cui la documentazione su cui si basa il ricorso sia effettivamente messa a disposizione delle partecipanti alla gara. Rileva, quindi, la concreta possibilità di conoscenza degli atti senza che sia necessario proporre ricorsi "al buio" rispetto alla mera aggiudicazione prima di aver avuto piena contezza della documentazione di gara (v. C.d.S., Ad. Plen. n. 12/2020).

3.2. Tale conclusione non muta per la mera possibilità, concessa alla ricorrente, di partecipare alla seduta di gara "telematica" del 14.7.2021. Non è dimostrato, né è verosimile, che in quella occasione la società ricorrente

avrebbe avuto la possibilità di esaminare gli atti relativi all'offerta delle altre concorrenti. L'ostensione di tale documentazione, infatti, poteva essere garantita all'esito di un procedimento che consentisse di valutare la posizione dei controinteressati in relazione all'esistenza di possibili profili di riservatezza (tecnica o commerciale, v. art. 53 co. 5 lett. a d.lgs. 50/2016) e non, quindi, nel corso della seduta – peraltro telematica – di gara del 14.7.2021.

A conferma di quanto appena affermato, va detto che la stessa Stazione appaltante ha inteso dare avviso alla controinteressata della richiesta di accesso effettuata dalla RDR con nota del 21.10.2021 (versata in atti, allegato al ricorso n. 12) e, solo all'esito di tale procedimento, ha consentito l'accesso agli atti.

4.1. Passando al merito, è fondato il primo motivo di ricorso.

Il disciplinare di gara richiede la realizzazione, negli ultimi tre anni, di *“servizi nel settore oggetto dell'appalto”* per un importo pari almeno a 500.000,00 euro.

Tale requisito (cd. fatturato specifico), com'è pacifico tra le parti, è stato dimostrato mediante la produzione: a) del contratto di subappalto stipulato in data 4.6.2018 con Cicchetti Remo & Figlio Srl nell'ambito dei lavori a quest'ultima affidati da ACEA ATO 2 Spa per l'esecuzione dei lavori di alimentazione integrativa del sistema idrico di Frascati dell'VIII Sifone - CIG 64013356614; i lavori oggetto di subappalto, a mente dell'art. 5 del medesimo contratto, consistevano in lavori edili in categoria OG1 per l'importo di 150.000,00; b) dell'appendice del 6.11.2018 al contratto sub a), ancora in categoria OG1, con incremento di € 355.000,00; in definitiva, quindi, il subappalto in parola è giunto al valore di € 505.000,00, sufficiente a integrare il requisito di cui si discute.

La Stazione appaltante sostiene che tali lavori, effettuati nel settore OG11, integrino il descritto requisito del fatturato specifico affermando, in particolare, che la categoria OG11 racchiude le più specialistiche categorie OS3, OS28 e OS30.

4.2. La medesima stazione appaltante, inoltre, dà risalto al contratto di subappalto del 6.4.2018 (sub c) stipulato tra la società Cicchetti Remo & Figlio S.r.l. e Appalti e Servizi derivante dal contratto di appalto con ACEA ATO 2 S.p.a. per l'esecuzione di lavori di "alimentazione integrativa del sistema idrico di Frascati dell'VIII Sifone - CIG 6401356614". In particolare, il contratto di sub appalto in questione prevedeva la realizzazione delle opere di: prefabbricazione quadri; fornitura di gruppi elettrogeni e trasformatori e tutto quanto necessario per dare compiuta l'opera relativa agli impianti elettrici (cat. OG11 per un importo presuntivo di 150.000 euro).

Orbene, il contratto sub c), da un lato, non sembra essere coerente con il requisito temporale richiesto (tre anni dalla pubblicazione del bando che è del 4.6.2021) e, dall'altro, non è sufficiente a integrare l'importo richiesto (150.000 a fronte 500.000 euro richiesti). Può, quindi, prescindere dal verificare se il contratto riguardi "servizi" o "lavori" coerenti con quelli richiesti dal bando.

4.3. Ritornando, quindi, ai contratti sub a) e sub b), la Stazione appaltante sostiene che il bando abbia natura complessa riguardando tanto i servizi quanto i lavori e si sofferma, poi, sulla onnicomprensività della categoria OG11 che ricomprenderebbe le categorie specialistiche richieste dall'appalto.

In merito, va considerato che la categoria OG11 comprende le categorie specialistiche OS3, OS28 e OS30, mentre il bando richiede le categorie OG6 oltre alle categorie OS22 e OS30. Non v'è, quindi, perfetta coincidenza.

Ciò che assume un rilievo preminente, peraltro, è che i due contratti riguardano "lavori edili" nella categoria OG1 e non, invece, servizi di manutenzione di impianti tecnologici come richiesto dal capitolato di gara. L'oggetto della gara qui in discussione, infatti, contempla l'esecuzione di servizi di manutenzione afferenti "*alle apparecchiature elettriche, elettromeccaniche e idrauliche installate negli impianti del SII (servizio idrico integrato) gestiti da GE.SE.SA. spa ricadenti nel distretto calore-irpino*" e, in particolare, dei servizi di: "a.

Manutenzione programmata; b. Manutenzione ordinaria e straordinaria; c. Servizi di pronto intervento”.

In merito, va precisato che la giurisprudenza non richiede che il fatturato “specifico” implichi l’esecuzione di servizi identici mentre è ritenuto necessario che i servizi presi in considerazione presentino elementi di “similitudine” con quelli richiesti. Tale similitudine può essere verificata mediante il confronto tra le concrete prestazioni richieste e quelle oggetto dei precedenti contratti che integrano il requisito del fatturato ‘specifico’ (v. Consiglio di Stato sez. V, 31/05/2018, n.3267; T.A.R. Napoli, Campania, sez. III, 01/07/2020, n.2726).

Nel caso di specie, l’eccentricità delle prestazioni di cui ai menzionati contratti di subappalto sub ‘a’ e sub ‘b’ è evidente in quanto essi (versati in atti, v. allegato 19 alla produzione del 30.11.2021) contemplano l’esecuzione non di servizi di manutenzione, ma di lavori edili ascrivibili alla categoria OG1 pur se connessi all’ambito della gestione del servizio idrico (la prestazione consiste nella realizzazione di “lavori” di “*alimentazione integrativa del sistema idrico di Frascati dell’VII sifone*”).

Non risulta, quindi, dimostrata la necessaria similitudine delle prestazioni impiegate per integrare il requisito del fatturato specifico richiesto dal disciplinare in quanto i contratti impiegati a tal fine riguardavano la realizzazione di lavori edili (cat. OG1) e non, invece, la manutenzione di specifici impianti tecnologici (cat. OG6, OS22 e OS30).

Va anche detto che la conclusione non muta in ragione del possesso, in capo alla controinteressata, della qualificazione per attività OG11 in quanto il requisito del fatturato specifico, espressamente richiesto dal disciplinare di gara, presenta una propria autonomia e opera su un diverso piano.

5.1. Sebbene sia irrilevante ai fini della decisione, è opportuno esaminare brevemente le ulteriori due censure che, diversamente dalla prima, non sono suscettibili di positiva delibazione.

5.2. Quanto alla seconda censura, va detto che – diversamente da quanto ritenuto dalla parte ricorrente – le certificazioni di qualità sono suscettibili di avvalimento purchè l'impresa ausiliaria metta a disposizione dell'impresa ausiliata tutta la propria organizzazione aziendale comprensiva di tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse che complessivamente considerate le hanno consentito di acquisire la certificazione di qualità (da ultimo, v. Consiglio di Stato sez. V, 13/09/2021, n.6271).

Chiarita l'ammissibilità dell'avvalimento, non merita condivisione la doglianza di parte ricorrente nella parte in cui contesta l'esiguità del compenso per la messa a disposizione dell'intera organizzazione aziendale (o quanto meno della parte determinante per l'ottenimento della certificazione di qualità). Una simile valutazione, infatti, sconfinava nel sindacato di libere scelte imprenditoriali che non può essere utilmente esperito in questa sede; non emergono, peraltro, elementi concreti tali da far dubitare dell'operatività del contratto di avvalimento (relativo al sistema ISO 5001/2018).

5.3. Parimenti da respingere è la terza censura con la quale si contesta l'operatività dell'avvalimento relativo alle attestazioni SOA in OG6 ed in OS22 possedute dal Consorzio Stabile Unyon. La parte, invero, non contesta l'idoneità astratta del contratto - riferito a specifiche risorse aziendali sufficienti a integrare il prestito delle risorse sottese alle menzionate attestazioni SOA-, ma rileva come la visura camerale depositata evidenzia che il Consorzio non possiede simili risorse (poiché ha solo cinque dipendenti).

Tale asserzione che, in pratica, si sostanzia in una denuncia di inattendibilità e di opacità del contratto di avvalimento, è indotta da un dato formale (numero dei dipendenti inseriti nella visura alla data del 30.6.2021) che, appunto, farebbe presumere il mancato possesso delle risorse impiegate nel contratto medesimo e, in particolare, della forza lavoro (il contratto riguarda anche alcune attrezzature specificamente indicate).

Senonchè la conclusione raggiunta dalla parte ricorrente non è accoglibile per diversi ordini di ragioni. Da un lato, il numero di dipendenti impiegato nel

contratto di avvalimento è inferiore a quello indicato nella visura (tre a fronte di cinque dipendenti); dall'altro, è ben possibile che il Consorzio, dotato di numerose qualificazioni (si veda, ancora, la visura in atti), si avvalga di collaborazioni esterne o di altre forme contrattuali nel caso in cui assuma delle commesse di talchè il mero dato del numero dei dipendenti al 30.6.2021 non sarebbe, in ogni caso, sufficiente a dimostrare la tesi della parte ricorrente.

6. Alla luce delle considerazioni svolte al capo 4, il ricorso va accolto con conseguente annullamento degli atti impugnati nella parte in cui hanno determinato l'ammissione e, poi, l'aggiudicazione dell'accordo quadro alla controinteressata Appalti e Servizi s.r.l. Le spese di lite, liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza come per legge.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Ottava), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

-) lo accoglie;

per l'effetto,

-) annulla gli atti impugnati nei sensi indicati in motivazione;

-) condanna la Stazione Appaltante al pagamento delle spese di lite in favore della parte ricorrente che si liquidano in euro 3.000,00 (tremila) oltre al contributo unificato nella misura versata e agli accessori di legge;

-) ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 26 gennaio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Gaudieri, Presidente

Luca Cestaro, Consigliere, Estensore

Viviana Lenzi, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Luca Cestaro

Francesco Gaudieri

IL SEGRETARIO