

TAR Sicilia, sez. staccata di Catania, Sezione Terza, Sentenza n. 1355 del 10 aprile 2024

Appalti di servizi – Avvalimento – Impresa ausiliaria deve possedere tutti i requisiti di qualificazione – Requisito di idoneità professionale

Publicato il 10/04/2024

N. 01355/2024 REG.PROV.COLL.

N. 00453/2024 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 453 del 2024, proposto da (...), in relazione alla procedura CIG (...), rappresentato e difeso dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di (...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

(...) S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia,

- della determina del Dirigente del Settore 8° “turismo, beni e politiche culturali” n. 52 del 28 febbraio 2024 di presa d’atto della proposta di aggiudicazione del 30 gennaio 2024 e conseguenziale aggiudicazione definitiva in favore della ditta (...) S.r.l. della gara avente ad oggetto la “Gestione delle visite dei siti culturali comunali aperti al pubblico” -CIG: (...) – CPV: Servizi connessi alla gestione 79420000 4”;
- ove occorra, i verbali di gara approvati con la precitata determina;
- della proposta di aggiudicazione di cui al verbale del 30-1-2024;

nonché, per la declaratoria

di inefficacia del contratto di appalto eventualmente medio tempore stipulato;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di (...) e di (...) S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 27 marzo 2024 il dott. Daniele Profili e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.1. Il Comune di (...) ha indetto la procedura ad evidenza pubblica in epigrafe per l'affidamento della “*Gestione delle visite dei Siti culturali comunali aperti al pubblico*”, per un periodo di 60 mesi, con importo del valore a base d'asta pari a € 720.000,00. Il bando di gara, pubblicato il 5 ottobre 2023, ha previsto l'adozione del criterio del minor prezzo per l'aggiudicazione dell'appalto in questione, in ossequio a quanto previsto dall'art. 108, co. 3, del d.lgs. n. 36/2023.

1.2. All'esito della selezione risultavano ammesse alla procedura soltanto l'odierna parte ricorrente, con un ribasso indicato in sede di offerta economica pari al 12,60%, e la società controinteressata, con un ribasso del 53,67%.

1.3. Attesa l'importanza del ribasso proposto da quest'ultima, la stazione

appaltante chiedeva dei chiarimenti intesi a rendere noto se l'importo indicato negli atti di gara dovesse essere considerato comprensivo, o meno, della percentuale fissa del 30% spettante al Comune su ciascun biglietto venduto, così come previsto dalla *lex specialis* che, invero, stabiliva come “*La percentuale che la ditta aggiudicataria dovrà corrispondere all'Ente, derivante dai proventi della vendita dei biglietti d'ingresso, sarà composta dalla percentuale minima del 30% (già riconosciuta) aumentata dalla percentuale di ribasso applicato sull'importo a base d'asta offerto dall'aggiudicataria in sede di gara (30%+ % del ribasso d'asta)*”, precisando ulteriormente, al punto VII.6, che “*La percentuale del ribasso applicata sull'importo a base d'asta, espressa in cifre e ripetuto in lettere (con non più di quattro decimali), che si intende corrispondere all'Ente in aggiunta alla quota fissa del 30% per ogni biglietto. In caso di discordanza tra la percentuale indicata in cifre e quella indicata in lettere, prevale l'indicazione in lettere*”.

Sempre avuto riguardo all'offerta economica, il disciplinare di gara, poi, specificava come “*La percentuale di ribasso offerta in sede di gara verrà corrisposta all'Ente in aggiunta alla quota già stabilita del 30% per ogni biglietto*”.

1.4. La ditta controinteressata forniva i chiarimenti chiesti dall'Amministrazione, evidenziando come la sua offerta dovesse essere ritenuta comprensiva del 30% fisso da attribuire al Comune, con considerazioni accolte dalla stazione appaltante che, con l'atto di aggiudicazione del 30 gennaio 2024, oggi impugnato, ha rilevato come “*dalle determinazioni di competenza esclusiva del RUP, l'offerta economica della (...) deve intendersi comprensiva della quota fissa del 30% spettante al Comune, come sostenuto verbalmente dall'operatore economico durante la gara (non vi è traccia a verbale di tale intervento) e come ribadito anche nei chiarimenti forniti al RUP. Atteso che, alla luce di quanto valutato dal RUP, viene meno la presunta anomalia dell'offerta economica, il Presidente unitamente ai componenti del seggio di gara, confermano la proposta di aggiudicazione alla Ditta (...) S.r.l, precisando che la percentuale di ribasso complessiva del 53,67% comprende anche la quota fissa ed inderogabile del 30% fissata dalla Stazione Appaltante. Per quanto sopra se ne deduce quanto segue: la percentuale di ribasso offerta, da applicare alla base d'asta, risulta pari al 23,67%, così*

come richiesto dal bando di gara al punto VII.6. titolato “offerta economica” e secondo le effettive intenzioni dell’Operatore Economico”.

1.5. Avverso quest’ultima determinazione è insorta parte ricorrente mediante la proposizione dell’odierno ricorso affidato alle seguenti censure:

I) Violazione del paragrafo VII.6 del bando, rubricato “Offerta Economica” – Violazione degli artt. 3, 17, comma 4 e art. 71, comma 1, nonché comma 3 dell’art. 101 del d.lgs 36/2023 – Violazione dell’art. 97 Cost., dei principi di imparzialità, buon andamento e trasparenza -Violazione dei principi di concorrenza e di *par condicio* tra gli operatori. Con la prima doglianza parte ricorrente lamenta l’illegittima modifica postuma dell’offerta economica presentata dalla ditta controinteressata, per effetto dei chiarimenti sopra riportati.

II) Violazione degli artt. 100 e 104, co. 4, lett. b) del d. lgs 36/2023 – Violazione del punto VI. 11 del bando di gara e dei punti 6, 6.1. e 6.2. del disciplinare. Con la seconda censura viene contestato il possesso, da parte dell’aggiudicataria, del requisito speciale dell’idoneità professionale, che avrebbe dovuto essere attestato dall’iscrizione alla camera di commercio per una categoria di attività attinente all’oggetto dell’appalto, così come previsto, a pena di esclusione, dal punto VI. 11 del bando di gara e dal punto 6.1 del disciplinare. Nello specifico, la controinteressata risulterebbe svolgere, in via secondaria, l’attività di “*gestione delle visite guidate di siti pubblici e privati*” (codice 91.03) a decorrere (solo) dal 26 ottobre 2023, ossia a partire da una data successiva rispetto a quella di pubblicazione del bando (5 ottobre 2023), non potendo così dimostrare, al di là del mero dato formale, adeguata esperienza e competenza avuto riguardo allo specifico settore di riferimento, non avendo mai potuto esercitare qualsivoglia attività in esso rientrante.

III) Violazione degli artt. 11, 108, co. 9 e 110 co. 5, lett. d) del d.lgs. n. 36/2023. Violazione del C.C.N.L. in materia di pubblici servizi, turismo e ristorazione per come richiamato nell’art. 5 del capitolato -Violazione della retribuzione minima,

tutelata dall'art. 36 Cost. -Violazione della clausola sociale prevista dall'art. 9 del disciplinare e dall'art. 16 del capitolato -Violazione Art. 110 del d.lgs. n. 36/2023 per mancata valutazione della congruità, serietà, sostenibilità e la realizzabilità della migliore offerta -palese anomalia dell'offerta aggiudicataria. Con il terzo mezzo di impugnazione viene contestata la mancata compiuta verifica dei costi della manodopera indicati nell'offerta economica della società controinteressata da parte della stazione appaltante;

IV) Violazione degli artt. 100 e 104, co. 4, lett. b) del d. lgs. n. 36/2023 – Violazione del punto VI. 11 del bando di gara e del punto 6.1 e 6.2. del disciplinare. Con l'ultima censura parte ricorrente lamenta il mancato possesso del requisito dell'idoneità professionale previsto dalla *lex specialis* in capo all'ausiliaria ditta (...) S.r.l., della quale l'aggiudicataria si è avvalsa per attestare il possesso del requisito di capacità economico-finanziaria.

In considerazione della disposizione di cui all'art. 104, co. 4, cod. app., l'ausiliaria deve dichiarare di essere in possesso dei requisiti speciali previsti dall'art. 100, difettando nel caso di specie quello dell'idoneità professionale, non avendo essa reso alcuna dichiarazione alla stazione appaltante in merito ed essendo comunque dimostrato *per tabulas*, come da visura camerale depositata agli atti, che essa non risulti essere iscritta presso la camera di commercio per lo svolgimento di attività attinenti a quelle relative alla commessa pubblica di cui trattasi.

2. Si sono costituiti in giudizio il Comune resistente e la ditta controinteressata che hanno chiesto il respingimento del gravame in quanto infondato.

3. Con memoria del 25 marzo 2024 parte ricorrente ha replicato agli scritti difensivi delle controparti insistendo per l'accoglimento del ricorso.

4. Alla camera di consiglio del 27 marzo 2024, previo avviso reso alle parti ai sensi dell'art. 60 c.p.a., come trascritto a verbale, il ricorso è stato trattenuto in decisione per la sua definizione con sentenza breve.

Il ricorso è fondato e merita accoglimento.

5. Meritevoli di favorevole apprezzamento risultano essere sia il secondo che il quarto motivo di gravame per le ragioni appresso precisate.

5.1. Per quanto concerne il requisito dell'idoneità professionale, sia il punto VI.11 del bando di gara che il punto 6.1 del disciplinare prevedevano, a pena di esclusione, che le partecipanti dovessero attestare di essere iscritte presso la CCIAA di appartenenza per una categoria di attività attinente a quella oggetto dell'appalto.

Come sopra anticipato, la società aggiudicataria, costituitasi il 12 ottobre 2022 per lo svolgimento di attività di *“cura e manutenzione di aree verdi, giardini pubblici e privati, aiuole e parchi”*, solo a partire dal 26 ottobre 2023, ossia dopo la pubblicazione del bando di gara, ha aggiunto l'attività secondaria di *“gestione delle visite guidate di siti pubblici e privati”* alla sua precedente iscrizione nel registro delle imprese.

L'anzidetto requisito, dunque, risulterebbe essere posseduto dall'aggiudicataria entro i termini di scadenza per la presentazione delle candidature ai fini della partecipazione alla selezione di cui trattasi.

Tuttavia, una prospettazione eminentemente formale, quale quella pocanzi evidenziata, non può trovare l'avallo del Collegio, alla luce del diverso orientamento della giurisprudenza amministrativa, cui si intende aderire, che non ritiene l'iscrizione in questione di per sé sufficiente ad attestare il possesso del prescritto requisito dell'idoneità professionale in capo all'operatore economico, posto che la sua funzione deve essere ritenuta quella di certificare il possesso di competenza ed esperienza professionale effettiva, e non solo potenziale, nello svolgimento del servizio oggetto di gara.

Più compiutamente, con affermazioni relative alle disposizioni del codice degli appalti previgente ma estendibili al caso di specie, non essendo rilevabili innovazioni in tema apportate dal nuovo d.lgs. n. 36/2023, la giurisprudenza ha precisato come *“la dimostrazione dell'iscrizione alla Camera di Commercio per una definita attività (oggetto dell'affidamento) vuol significare che, attraverso la certificazione camerale, deve*

accertarsi il concreto ed effettivo svolgimento, da parte della concorrente, di una determinata attività, adeguata e direttamente riferibile al servizio da svolgere e che attività effettivamente esercitata ed oggetto sociale non possono essere considerati come concetti coincidenti. Ciò è stato affermato, con orientamento pressoché costante, dalla giurisprudenza amministrativa (sin da Cons. Stato, V, 19 febbraio 2003, n. 925), essendo noto che “la funzione della prescrizione della lex specialis della gara, con la quale si richiede ai concorrenti, ai fini della partecipazione, l'iscrizione alla Camera di Commercio (sia nel regime previgente ove era prevista dall'art. 39, comma 1, del codice dei contratti pubblici tra i requisiti idonei a dimostrare la capacità tecnica e professionale dell'impresa, sia, e ancor più, nell'impianto del nuovo Codice dei contratti pubblici, ove è assunta, con la previsione di cui all'art. 83 comma 1, lett. a del D.lgs. n. 50 del 2016, a requisito di idoneità professionale, anteposto ai più specifici requisiti attestanti la capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria dei partecipanti alla gara, di cui alle successive lettere b) e c) del medesimo comma) è finalizzata a selezionare ditte che abbiano una esperienza specifica nel settore interessato dall'appalto. Quando tale prescrizione si specifica nel senso che occorre dimostrare l'iscrizione per una definita attività (oggetto dell'affidamento), ciò significa che, attraverso la certificazione camerale, deve accertarsi il concreto ed effettivo svolgimento, da parte della concorrente, di una determinata attività, adeguata e direttamente riferibile al servizio da svolgere” (Cons. Stato, Sez. V, 4474/2022).

Ciò comporta che non possa essere riconosciuta alcuna rilevanza alla mera iscrizione nel registro delle imprese di un'attività conferente rispetto all'oggetto di gara laddove non sia assistita da adeguata ed effettiva competenza ed esperienza nel settore di riferimento.

Così come affermato da giurisprudenza altrettanto uniforme, non può giovare il fatto della mera contemplazione di un'attività nell'oggetto sociale, che esprime soltanto la misura della capacità di agire della società interessata, indicando i settori - invero, potenzialmente illimitati - nei quali la stessa potrebbe (in astratto) operare (cfr. C.g.a., 26 marzo 2020, n. 213; Cons. Stato, Sez. V, 10 aprile 2018, n. 2176; Sez. VI, 15 maggio 2015, n. 2486; Sez. III, 28 dicembre 2011, n. 6968; Sez. VI, 20

aprile 2009, n. 2380; Sez. V, 19 febbraio 2003, n. 925).

In altri termini, l'iscrizione nella camera di commercio per un'attività rientrante tra quelle contemplate dall'avviso di gara da parte dell'aggiudicataria, avvenuta solo dopo la pubblicazione del bando e in assenza, quindi, di qualsivoglia esperienza concreta e pregressa, non può essere ritenuta sufficiente per integrare il possesso del prescritto requisito di idoneità professionale contemplato, a pena di esclusione, dalla *lex specialis*.

Né, sul punto, può soccorrere l'avvalimento del (solo) requisito di capacità tecnico-professionale ottenuto dalla ditta (...) S.r.l. e relativo all'esecuzione, negli ultimi quattro anni, di almeno un servizio analogo a quello oggetto di gara in favore di una pubblica amministrazione.

L'art. 100 del d.lgs. n. 36/2023, così come conformemente previsto anche dal bando e dal disciplinare di gara, elenca tre distinti requisiti speciali: a) idoneità professionale; b) capacità economico-finanziaria; c) capacità tecnico-professionale.

Nel caso in esame, parte ricorrente ha fruito dell'istituto dell'avvalimento soltanto per le fattispecie *sub* b) e c), ma non per la a), come si evince dai contratti stipulati con le ditte ausiliarie.

Pur sottacendo sulla dubbia possibilità di ammettere l'avvalimento per il requisito dell'idoneità professionale, caratterizzato dall'iscrizione in uno specifico albo e/o elenco, sulla cui specifica questione la giurisprudenza maggioritaria formatasi nella vigenza del precedente codice degli appalti si è orientata in senso negativo (cfr. *ex multis* Cons. Stato, Sez. IV, sent. n. 2894/2023), non potrebbe comunque non essere rilevato come, nel caso in esame, i contratti di avvalimento stipulati facciano riferimento, in via esclusiva, ai requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale e non già all'idoneità professionale, come sopra anticipato.

Così come non può essere sostenuto, come invece paventato negli scritti difensivi delle controparti, che il requisito sostanziale dell'esperienza professionale sotteso all'iscrizione presso la Camera di Commercio possa essere desunto

dall'avvalimento del requisito sub c), venendo comunque in rilievo requisiti speciali ontologicamente e dal punto di vista normativo assolutamente diversi tra loro, non potendo dunque rilevare alcuna sorta di avvalimento "implicito", mediante il quale il possesso di uno specifico requisito ottenuto da una partecipante alla gara da una ditta ausiliaria possa estendere la sua portata nei confronti di altri requisiti speciali previsti dalla legge e dalla *lex specialis*, in assenza di conformi accordi in tal senso enunciati nel contratto di avvalimento.

La seconda doglianza risulta, dunque, essere meritevole di apprezzamento.

5.2. Parimenti fondata risulta essere la quarta censura, nella parte in cui si contesta la mancata dichiarazione e, comunque, il possesso, dei richiamati requisiti speciali di cui all'art. 100 cod. app. da parte della ditta ausiliaria (...) S.r.l., come previsto dall'art. 104, co. 4.

Su tale aspetto, il Collegio rileva l'assenza di specifiche difese del Comune resistente, mentre la ditta controinteressata si è limitata a sostenere che sarebbe in possesso dei requisiti previsti dal bando, atteso che "*Alla dichiarazione della esponente si devono considerare le dichiarazioni per i requisiti economici e tecnico professionali della (...) srl e della (...) srl*".

In ordine all'avvalimento l'art. 104, comma 4, lett. b) del d. lgs. 36/2023 così dispone: "*L'impresa ausiliaria è tenuta a dichiarare alla stazione appaltante: (...) b) di essere in possesso dei requisiti di cui all'articolo 100 per i servizi e le forniture*".

Nella dichiarazione resa dalla (...) S.r.l., ad onta della disposizione testé riportata, viene fatto espresso riferimento soltanto al possesso del requisito della capacità economico-finanziaria oggetto del contratto di avvalimento, ma non anche dei restanti requisiti speciali previsti dalla *lex specialis*.

Pur volendo considerare la mancata dichiarazione in tal senso quale mera omissione sanabile mediante soccorso istruttorio, va rilevato come parte ricorrente abbia dato adeguata dimostrazione in giudizio, mediante il deposito di una visura camera aggiornata, che la ditta ausiliaria risulti essere iscritta presso la Camera di

Commercio per lo svolgimento di attività di *“costruzione e allestimento di parcheggi automatizzati sia pubblici che privati; fornitura e posa in opera di segnaletica stradale verticale ed orizzontale, arredo urbano”*, ossia avuto riguardo al compimento di attività per nulla conferenti rispetto a quella relativa alla gara oggetto di contestazione, con discendente mancanza del possesso, da parte sua, del requisito di idoneità professionale previsto dal bando e dal disciplinare di gara, come sopra evidenziato. Sulla questione del necessario possesso dei requisiti speciali (tutti) da parte dell'ausiliaria, come previsto dal richiamato art. 104, co. 4, del nuovo codice appalto, la giurisprudenza amministrativa ha, di recente, precisato come tale disposizione debba essere interpretata nel senso che l'ausiliaria debba disporre *“...dei requisiti previsti dall'art. 100 del D.lgs. n. 36 del 2023, tra i quali vi è l'idoneità professionale; con riferimento appunto alla idoneità professionale, il disciplinare di gara prevede quanto segue: “6.1 Requisiti di idoneità professionale. A) iscrizione nel registro delle imprese oppure nell'albo delle imprese artigiane per attività pertinenti con quelle oggetto della presente procedura di gara”. Così descritta nel disciplinare l'idoneità professionale richiesta per il servizio oggetto di gara, è evidente che l'ausiliaria non posseda tale requisito, in quanto svolge un'attività per nulla pertinente con quella oggetto di gara... È quindi chiaro che l'avvalimento per cui è causa viola il disposto dell'art. 104 c. 4 del d.lgs. n. 36 del 2023”* (T.A.R. Campania, Salerno, sent. n. 315/2024).

Anche la quarta censura risulta dunque meritevole di favorevole deliberazione.

6. Venendo all'esame dei restanti due motivi di ricorso proposti dalla parte ricorrente il Collegio li ritiene, invece, infondati per le ragioni succintamente esposte di seguito.

6.1. Per quanto attiene all'asserita illegittima modifica dell'offerta economica da parte dell'aggiudicataria, per effetto della risposta dalla medesima fornita ai chiarimenti chiesti dalla stazione appaltante, la tesi di parte ricorrente non convince in quanto, in primo luogo, non v'è stata alcuna modifica dei dati contenuti nell'offerta presentata dalla società controinteressata che, invero, sono rimasti gli

stessi e sono stati soltanto interpretati nella specifica maniera indicata dall'aggiudicataria in sede di chiarimenti, senza considerare che, comunque, l'art. 101, co. 3, del nuovo codice dei contratti pubblici ha una formulazione estremamente ampia nel prevedere che *“La stazione appaltante può sempre richiedere chiarimenti sui contenuti dell’offerta tecnica e dell’offerta economica e su ogni loro allegato...chiarimenti resi dall’operatore economico non possono modificare il contenuto dell’offerta tecnica e dell’offerta economica”*.

Orbene, nel caso di specie alcuna modifica del contenuto dell'offerta dell'aggiudicataria è venuta in rilievo, dovendosi discorrere di meri chiarimenti intesi ad accertare l'effettiva volontà negoziale della concorrente, tenuto conto che le offerte presentate dalle partecipanti alle gare pubbliche, al pari di qualunque altro atto negoziale, sono suscettibili di interpretazione al fine di individuare l'esatta volontà dell'offerente, ove questa non sia chiaramente desumibile dagli atti in possesso dell'Amministrazione (cfr. in termini T.A.R. Sicilia, Palermo, sent. nn. 3787/2023 e T.A.R. Valle D'Aosta, sent. n. 25/2022).

6.2. Per quanto attiene, invece, alla terza censura con cui parte ricorrente ha lamentato la mancata e/o l'errata valutazione dei costi della manodopera indicati dalla ditta aggiudicataria nella propria offerta economica, il Collegio ritiene la doglianza destituita di fondamento alla luce delle compiute difese di controparte svolte con la memoria di costituzione del 22 marzo 2024.

7. Per le suesposte ragioni, il ricorso deve trovare accoglimento alla luce della fondatezza della seconda e della quarta censura, con discendente annullamento dell'aggiudicazione impugnata, senza alcuna statuizione sulla sorte del contratto non risultando dagli atti che esso sia stato ancora stipulato tra le controparti.

8. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate con il dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe

proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Condanna il Comune resistente e la società controinteressata, in parti uguali e ciascuna per la rispettiva quota, al pagamento delle spese relative all'odierno giudizio che si liquidano in complessivi euro 3.000,00 (tremila/00), oltre accessori di legge, se dovuti,

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa. Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 27 marzo 2024 con l'intervento dei magistrati:

Aurora Lento, Presidente

Daniele Profili, Referendario, Estensore

Valeria Ventura, Referendario

L'ESTENSORE

Daniele Profili

IL PRESIDENTE

Aurora Lento

IL SEGRETARIO