

## **TAR Campania, Sezione Prima, Sentenza n. 5716 del 20 ottobre 2023**

Appalti di lavori PNRR – Avvalimento – Indicazione nel contratto dell'art. 89 D.lgs. 50/2016 – No esclusione per prevalenza sostanza su forma – Si applica D.lgs. 50/2016

Publicato il 20/10/2023

**N. 05716/2023 REG.PROV.COLL.**

**N. 04162/2023 REG.RIC.**



**REPUBBLICA ITALIANA**

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

### **SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 4162 del 2023, proposto da: (Omissis) in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG (Omissis), rappresentata e difesa dall'avvocato (Omissis), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia ed eletto presso il suo studio in (Omissis);

*contro*

Comune di (Omissis), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato (Omissis), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Centrale Unica di Committenza (Omissis), non costituita in giudizio;

*nei confronti*

(Omissis) non costituita in giudizio;

(Omissis), in persona dei legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi (Omissis);

(Omissis), non costituito in giudizio;

*per l'annullamento*

a- del verbale di gara del 12.9.2023, comunicato con pec del 13.9.2023, con il quale è stata disposta l'esclusione della società (Omissis), e, contestualmente, previa graduatoria provvisoria, è stata disposta la proposta di aggiudicazione dell'appalto in parola nei confronti dell'impresa (Omissis) inerente l'affidamento dei "Lavori di adeguamento sismico della scuola "(Omissis)" - Codice Ares (Omissis)", finanziato dall'Unione Europea - Next Generation UE nell'ambito del PNRR - Missione 4 - Componente 1 - Investimento 3.3. CIG (Omissis);

b- della nota inviata via pec in data 12.9.2023, con la quale il Responsabile 5° Settore/RUP comunicava l'esclusione della società (Omissis), trasmettendo il verbale di gara sub a) e prospetto di aggiudica;

c- ove occorra, della nota di riscontro prot. n. 27490 del 19.9.2023, comunicata in pari data, a firma del Responsabile del 5° Settore/RUP, con la quale è stata respinta l'istanza di annullamento in autotutela dell'esclusione formulata dalla ricorrente con nota del 15.9.2023 prot. 26968;

d- della determina di aggiudicazione n. 717 del 14.9.2023, a firma del Responsabile Unico del Procedimento, con la quale è stato aggiudicato "in via definitiva l'appalto in oggetto all'impresa (Omissis)", comunicata, dalla CUCPS, con pec del 14.9.2023;

e- ove occorrer possa, dell'Avviso di comunicazione di aggiudicazione della CUC (Omissis) inviato via pec in data 14.9.2023;

f- di tutti i verbali di gara, relativi al procedimento di gara per cui è lite, lesivi degli interessi della ricorrente;

g- ove occorra, dell'art. 20 della lettera Invito, ove inteso nel senso di dover escludere l'operatore economico che abbia richiamato l'art. 89 D.Lgs. 50/2106, ovvero nel senso così come interpretato dalla commissione di gara con verbale del 12.9.2023, e dal RUP con nota riscontro del 19.9.2023, per violazione dei principi di massima partecipazione, non discriminazione, di tassatività delle cause di esclusione, proporzionalità e ragionevolezza;

h- di tutti gli atti presupposti, preparatori, conseguenti e comunque connessi, a quelli impugnati in via principale comunque lesivi degli interessi della società ricorrente;

nonché per la declaratoria di riammissione alla gara della ricorrente, con ordine di riformulare la graduatoria definitiva e disporre l'aggiudicazione in favore della ricorrente per aver presentato il miglior ribasso economico e, quindi, la migliore offerta, previa esclusione della (Omissis) per offerta anomala oltre la soglia di anomalia (in applicazione

dell'art. 5 della Lettera di Invito);

nonché per la declaratoria, ex art. 121 e ss. c.p.a., di inefficacia del contratto di appalto ove - *medio tempore* - stipulato, con diritto della ricorrente - in sede di giurisdizione esclusiva ex art. 133 lett. e) c.p.a.- al subentro nel contratto di appalto, dichiarando sin d'ora la disponibilità ai sensi dell'art. 124 c.p.a.;

nonché, in alternativa, per la condanna della S.A. al risarcimento danni per equivalente in favore della ricorrente, in termini di danno emergente e lucro cessante (sia danno da perdita di chance 10%, sia del danno curriculare), ovvero a titolo di responsabilità da contatto sociale qualificato, ovvero, in alternativa, di responsabilità precontrattuale per violazione dei principi di correttezza, lealtà e buona fede.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di (Omissis), del (Omissis);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 11 ottobre 2023 il dott. Giuseppe Esposito 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.- La ricorrente era invitata a formulare offerta per la gara d'appalto per l'adeguamento sismico dell'indicato edificio scolastico (dall'importo complessivo di € 691.6667,44), partecipandovi in avvalimento con la (Omissis), per il prestito del requisito del possesso della certificazione SOA per la categoria di lavori OG1 classifica III bis.

Vi è stata esclusa dal Seggio di gara, *“in quanto il contratto di avvalimento è privo degli elementi essenziali, siccome riferito a normativa (d.lgs.50/2016) superata con l'entrata in vigore del D.Lgs.36/2023 a cui si riferisce peraltro la presente procedura d'affido ad evidenza pubblica. Il D.Lgs. 36/2023 ha sostanzialmente modificato l'istituto dell'avvalimento. Tale aspetto determina di fatto la carenza dei requisiti essenziali previsti dal bando da parte del concorrente, carenza questa che non può essere sanata attraverso il soccorso istruttorio”* (verbale del 12/9/2023).

L'esclusione è stata ribadita, in riscontro all'istanza di annullamento in autotutela, con nota del RUP prot. 27490 del

19/9/2023, significando che il nuovo codice dei contratti pubblici “*ha eliminato di fatto l’avalimento cd. “di garanzia” riguardante la semplice messa a disposizione di requisiti di carattere astratto e referenziale quali ad esempio il fatturato e le pregresse esperienze [...], affidando al RUP il compito di accertare “che le prestazioni oggetto di contratto siano svolte direttamente dalle risorse umane e strumentali dell’impresa ausiliaria che il titolare del contratto utilizza in adempimento degli obblighi derivanti dal contratto di avalimento”* (art. 104, co. 9, del d.lgs. n. 36/2023).

Il ricorso avverso l’esclusione e l’aggiudicazione in favore della controinteressata è affidato a quattro motivi, con cui sono denunciati la violazione della *lex specialis* (art. 20 della lettera di invito) e dell’art. 104 cit., oltre all’eccesso di potere sotto molteplici profili e alla violazione dei principi di tassatività delle cause di esclusione, di *par condicio* e massima partecipazione, nonché alla violazione dell’art. 5 della lettera di invito in relazione all’art. 54, co. 1, del d.lgs. n. 36/2023.

Si è costituito in giudizio per resistere il Comune di (Omissis), depositando memoria e documentazione.

Si sono costituiti altresì il (Omissis), ai quali il ricorso (unitamente al Ministero dell’Istruzione e del Merito) è stato notificato, in base a quanto dispone l’art. 12-*bis*, co. 4, del D.L. 16 giugno 2022, n. 68, convertito con legge 5 agosto 2022, n. 108.

All’udienza in camera di consiglio dell’11 ottobre 2023, per la trattazione dell’istanza cautelare, è stato formulato alle parti l’avviso ex art. 60 c.p.a. e il ricorso è stato assegnato in decisione.

2.- Sussistono le condizioni per la definizione del presente giudizio con una sentenza in forma semplificata, ai sensi dell’art. 60 c.p.a., sentite sul punto le parti costituite, trascorso il termine dimezzato di dieci giorni dalla notificazione del ricorso, accertata la completezza del contraddittorio e dell’istruttoria, in assenza della volontà delle parti di proporre motivi aggiunti, ricorso incidentale o regolamento di competenza, ovvero regolamento di giurisdizione.

Nel primo motivo la ricorrente osserva che nel contratto di avalimento sono state specificate le risorse, le attrezzature e i mezzi messi a disposizione dall’ausiliata ma, per mero refuso, in esso veniva indicato l’art. 89 del d.lgs. n. 50/2016 e fatto riferimento al requisito economico-finanziario, oltre che tecnico professionale.

Sulla scorta di ciò, contesta la valutazione della Commissione (secondo cui il contratto di avalimento sarebbe privo degli elementi essenziali, poiché riferito alla normativa anteriore al d.lgs. n. 36/2023), affermandone il contrasto con il principio di tassatività delle cause di esclusione e lamentando che non sia stato ritenuto ammissibile il soccorso istruttorio (ponendosi la necessità di una precisazione formale, senza intaccare l’offerta).

Con altro motivo è censurata la *“inedita e fuorviante parabola argomentativa”* di cui al riscontro all’istanza di autotutela, poiché ignora che il contratto di avvalimento riguarda il requisito tecnico professionale (SOA), non già quello economico finanziario, erroneamente invocando il comma 9 dell’art. 104 sull’effettuazione diretta da parte dell’ausiliaria delle prestazioni, il cui accertamento è demandato alla fase esecutiva.

È ulteriormente affermato che l’indicazione nel contratto di avvalimento dell’art. 89 del d.lgs. n. 50/2016 non può costituire motivo di esclusione, in quanto l’art. 225, co. 8, del d.lgs. n. 36/2023 (richiamato dalla lettera di invito) ne prevede l’ultrattività, al pari dei decreti legge n. 76/2020 e n. 77/2021, per gli appalti finanziati con risorse PNRR.

Infine, rimarca la ricorrente che si sarebbe resa aggiudicataria, per effetto del miglior ribasso offerto (17%) e dell’automatica esclusione dell’offerta dell’aggiudicataria il cui ribasso percentuale (21%), con 5 concorrenti in gara, si poneva oltre la soglia di anomalia del 18,7%.

Il ricorso è fondato, nei seguenti termini.

Il contratto di avvalimento ne definisce l’oggetto (prestito del requisito costituito dall’indicata certificazione SOA: art. 2), reca l’impegno a mettere a disposizione dell’ausiliata la corrispondente organizzazione aziendale, declinata in termini di Know-How tecnologico e commerciale (con indicazione nominativa del direttore tecnico e dei soggetti dello staff tecnico), di specificazione delle attestazioni possedute (per la salute e sicurezza sul lavoro, la prevenzione incendi, il primo soccorso aziendale e la gestione delle emergenze), con allegato l’elenco dei mezzi e delle attrezzature e la messa a disposizione degli operai facenti parte dell’organizzazione aziendale, con nominativi da comunicare prima dell’inizio dei lavori (art. 3).

Il contratto contiene altresì l’indicazione del corrispettivo (art. 8).

A fronte dei dettagliati elementi da esso ricavabili, è indubbia la sua qualificazione in termini di contratto di avvalimento tecnico-operativo, di cui presenta il contenuto necessario che, com’è uniformemente affermato, si riassume nella *“concreta messa a disposizione di mezzi e risorse specifiche, e specificamente indicate nel contratto, indispensabili per l’esecuzione dell’appalto che l’ausiliaria ponga a disposizione del concorrente”* (TAR Marche - sez. I, 5/5/2023 n. 276).

Presentando innegabilmente questi elementi, risulta inesatta la valutazione compiuta dalla stazione appaltante che, nel reputare la mancanza di elementi essenziali (sul dato del riferimento all’abrogato codice dei contratti pubblici) ne ha travisato l’oggetto.

Invero, l’inesatto riferimento all’art. 89 del d.lgs. n. 50/2016 non può valere a fondare l’esclusione del concorrente,

occorrendo far prevalere la sostanza sulla forma e privilegiare l'evidenza mostrata dal contenuto del contratto (a prescindere dall'addotta permanente vigenza dell'abrogato codice dei contratti, per le opere finanziate con fondi PNRR).

Anche il richiamo al nono comma dell'art. 104 del d.lgs. n. 36/2023 si dimostra inesatto, essendo palese dal tenore della norma che le verifiche in ordine all'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto dell'avvalimento e al loro diretto impiego nell'appalto attengono alla fase posteriore dell'esecuzione e non possono quindi condizionare l'ammissione del concorrente.

Per queste motivazioni, in accoglimento del ricorso vanno dunque annullati l'impugnata esclusione e la disposta aggiudicazione, impregiudicata la successiva attività demandata alla stazione appaltante, in conseguenza dall'effetto conformativo discendente dalla presente decisione.

A tal proposito, non può trovare ingresso in questa sede la pretesa finale della ricorrente, volta a far dichiarare di aver proposto la migliore offerta non anomala, per farne discendere l'aggiudicazione in proprio favore, trattandosi di attività conseguente alla riammissione del concorrente per effetto dell'annullamento dell'esclusione, rimessa alla stazione appaltante, non potendo il Giudice pronunciarsi con riferimento a poteri non ancora esercitati (art. 34, co. 2, c.p.a.).

Il ricorso va dunque accolto nei termini ora illustrati.

Per la connotazione della vicenda contenziosa sussistono valide ragioni per disporre la compensazione per l'intero delle spese di giudizio tra le parti costituite, dichiarandole irripetibili nei confronti delle altre parti e ponendo a carico del Comune di (Omissis) il rimborso del contributo unificato.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati, nei termini di cui in motivazione.

Compensa per l'intero le spese di giudizio tra le parti costituite, dichiarandole irripetibili nei confronti delle altre parti, ponendo a carico del Comune di (Omissis) il rimborso del contributo unificato.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 11 ottobre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Giuseppe Esposito, Consigliere, Estensore

Maurizio Santise, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**Giuseppe Esposito**

**IL PRESIDENTE**

**Vincenzo Salamone**

**IL SEGRETARIO**