

TAR Calabria, Sezione Staccata di Reggio Calabria, Sentenza n. 782 del 26 ottobre 2023

Appalti di lavori – Proposta di aggiudicazione – Atto endoprocedimentale adottabile dal responsabile di fase –
Aggiudicazione efficace di competenza del RUP

Pubblicato il 26/10/2023

N. 00782/2023 REG.PROV.COLL.

N. 00515/2023 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

Sezione Staccata di Reggio Calabria

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 515 del 2023, proposto da (Omissis), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG (Omissis), rappresentato e difeso dall'avvocato (Omissis), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

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

(Omissis), (Omissis), in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi (Omissis), domiciliataria *ex lege* (Omissis);

Comune di (Omissis), (Omissis), (Omissis), (Omissis), Ministero (Omissis) – (Omissis), in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, non costituiti in giudizio;

nei confronti

(Omissis), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

- del provvedimento di esclusione nei confronti dell'impresa (Omissis), comunicato con nota del 12 settembre 2023;
- del verbale di gara non meglio conosciuto nella parte in cui propone l'aggiudicazione nei confronti dell'impresa (Omissis), avente presentato il ribasso del 32,00%;
- dei verbali di gara del 7 e 8 settembre 2023, non meglio conosciuti, in quanto non pubblicati;
- della determina n. 339 Registro Settore e n. 3036 reg. gen. del 14 settembre 2023 (Omissis), in qualità di U.O.A. Stazione Unica Appaltante Metropolitana, di approvazione dei verbali di gara e della proposta di aggiudicazione nei confronti dell'impresa edile (Omissis);
- della determina n. 154 e n. 214 reg. gen. del 15 settembre 2023, di aggiudicazione definitiva del Comune di (Omissis);
- della nota del 26 settembre 2023, con la quale viene rigettata l'istanza di annullamento;
- della lettera di invito e del disciplinare di gara;
- di ogni altro provvedimento antecedente o successivo comunque connesso, presupposto o consequenziale, nonché
- per la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato;
- per il conseguimento dell'aggiudicazione e del contratto, dichiarando sin d'ora la disponibilità a subentrare nel contratto eventualmente stipulato;
- per il risarcimento di tutti i danni subiti a causa della mancata aggiudicazione, sia in termini di danno emergente che di lucro cessante.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 18 ottobre 2023 il dott. Andrea De Col 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 (Omissis), indiceva, per conto del Comune di (Omissis), una gara a procedura telematica aperta ai sensi dell'art. 71 D.lgs. n. 367/2023 in combinato disposto con l'art. 225 comma 8 D.lgs. n. 36/2023 e del D.L. n. 77/2021 (conv. in L. n. 108/2021), da aggiudicarsi con criterio del prezzo più basso, per la realizzazione dei *“lavori di adeguamento sismico, messa in sicurezza e ristrutturazione del plesso scolastico G. Capua – Intervento su unità strutturale in M.O”*, per un importo a base di gara, pari a € 607.484,46.

2. L'intervento è espressamente finanziato con le risorse previste dal PNRR -Missione 4 – Istruzione e Ricerca – Componente 1 – Potenziamento dell'offerta dei servizi di istruzione: dagli asili nido alle Università – Investimento 3.3 *“Piano di messa in sicurezza e riqualificazione dell'edilizia scolastica”*, finanziato dall'Unione europea – *Next Generation EU*.

Il termine per l'aggiudicazione era fissato per il 15.09.2023, mentre quello per la consegna dei lavori per il 30.11.2023.

3. Tra i requisiti di capacità tecnico-professionale, la *lex specialis* di gara prescriveva il possesso in capo a ciascuno concorrente di una valida attestazione SOA per le seguenti categorie di lavorazioni: a) categoria prevalente OS21, class. II, importo pari ad € 322.887,05; b) categoria scorporabile OG1, cl. II, importo pari a € 265.697,10.

La ricorrente Impresa (Omissis) (d'ora in avanti, solo (Omissis)), premesso di essere qualificata per l'intero importo nella categoria prevalente, partecipava alla gara, dichiarando nel DGUE di voler subappaltare *“nei limiti di legge”* sia la categoria OS21 che la OG1 e di possedere per avvalimento la categoria scorporabile.

4. A tale riguardo, essa riferisce di aver prodotto in sede di domanda di partecipazione il contratto di avvalimento con cui l'Impresa (Omissis) (d'ora in avanti, solo (Omissis)) si è obbligata verso la Stazione appaltante e verso l'ausiliata a fornire: *“la categoria OG1 III della certificazione Soa richiamata in premessa, per una quota pari al 100% dell'importo richiesto dal bando di gara; tutti i mezzi e le attrezzature, i macchinari, i beni finiti, i materiali, il personale che hanno consentito il conseguimento della qualificazione e che verranno messe a disposizione del concorrente per tutta la*

durata dell'appalto; le modalità con le quali verranno messi a disposizione i mezzi, i macchinari, i beni finiti sono quelle del noleggio".

5. Con determinazione n. 72240 del 12.09.2023 la Stazione appaltante escludeva la (Omissis), ritenendo che il contratto di avvalimento fosse generico e indeterminato nell'oggetto, con la conseguenza che la ricorrente sarebbe priva di attestazione SOA per la categoria OG1 cl. II.

6. Con determinazione n. 339 del 13.09.2023 - RG n. 3036 del 14.09.2023, la Stazione appaltante approvava i verbali di gara e la proposta di aggiudicazione, formulata nel verbale dell'08.09.2023 in favore di Impresa edile (Omissis), che aveva presentato rispetto ad una terza concorrente rimasta in gara l'offerta con il maggior ribasso (32%).

7. Con determinazione n. 154 del 15.09.2023, il Comune di (Omissis) prendeva atto della determinazione di approvazione dei verbali di gara e della proposta di aggiudicazione.

8. Con il ricorso in esame, (Omissis) lamenta quindi l'illegittimità della propria esclusione dalla gara e della conseguente "aggiudicazione" dell'appalto, avendo la S.A. erroneamente ravvisato la mancanza dei requisiti tecnico-professionali in capo alla stessa che, già qualificata nella categoria prevalente per l'intero importo dei lavori essendo in possesso dell'attestato SOA in OS21 per la classifica III, aveva prodotto un contratto di avvalimento con un'impresa qualificata in OG1, classifica III, come autorizzato dal bando di gara.

Nello specifico, la ricorrente prospetta i seguenti profili di illegittimità:

8.1. *Violazione e falsa applicazione dell'art. 100 co.4 D.lgs. n. 36/2023 e dell'art. 30 Allegato II 12 e dell'art. 119 D.lgs. 36/2023-Violazione della lex specialis, eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione.*

Con il primo motivo di doglianza, la ricorrente sostiene di essere qualificata per la categoria scorporabile OS21 indipendentemente dalla validità o meno del contratto di avvalimento perché: a) alla stregua dell'art. 30 comma 1 dell'Allegato II.12 al D. lgs. n. 36/23 ("*i requisiti relativi alle categorie scorporabili non posseduti dall'impresa devono da questa essere posseduti con riferimento alla categoria prevalente*"), sarebbe comunque qualificata in OS21 cl. III per € 1.033.000,00 ovvero per un importo nettamente superiore al valore dell'appalto (€ 561.411,57); b) la OG1 non sarebbe più annoverabile tra le categorie a qualificazione obbligatoria di cui il concorrente deve necessariamente essere in possesso, stante l'intervenuta abrogazione tacita dell'art. 12 D.L. n. 47/2014.

In ogni caso, anche a voler considerare tuttora vigente la suddetta disposizione, la ricorrente avrebbe dichiarato

di subappaltare per intero la categoria OG1, essendo a ciò pacificamente autorizzata sia dall'art. 12 D.L. n. 47/2014 che dalla stessa *lex specialis* che non prescrive alcun limite al subappalto delle lavorazioni in essa contemplate.

8.2. *Violazione e falsa applicazione dell'art. 104 D.lgs. n. 36/2023, violazione della lex specialis ed eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione.*

Con il secondo motivo di doglianza, la ricorrente contesta la ritenuta genericità del contratto di avvalimento posta dalla Stazione appaltante a fondamento del provvedimento di esclusione.

Essa invoca l'art. 104 comma 2 D.lgs. n. 36/2023, a norma del quale per i lavori di importo pari o superiore ad € 150.000,00 sarebbe sufficiente, quanto al pretesto dell'attestazione SOA, che il contratto indichi "*le dotazioni tecniche e le risorse che avrebbero consentito all'operatore economico di ottenere l'attestazione della qualificazione richiesta*", qui coincidenti con l'intero complesso aziendale (mezzi, risorse e manodopera) messi a disposizione dalla ditta ausiliaria.

8.3. *Violazione dell'art. 101 D.lgs. n. 36/2023-violazione del principio del favor participationis -Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione e per travisamento dei fatti.*

Con il terzo motivo di doglianza (Omissis) chiede, in via subordinata, l'annullamento degli atti gravati, avendo la stazione appaltante illegittimamente disatteso la possibilità di attivare il soccorso istruttorio "sanante" nella ritenuta accezione estensiva recepita dall'art. 101 D.lgs. n. 36/2023 che consentirebbe di integrare (anche) il contenuto del contratto di avvalimento.

9. Al fine di dimostrare la sussistenza del proprio interesse, concreto ed attuale, all'annullamento dell'esclusione e dell'"aggiudicazione" a favore della ditta risultata prima graduata, (Omissis) ha sostenuto che la propria offerta economica, una volta riammessa in gara, sarebbe risultata l'effettiva aggiudicataria, riportando in assoluto il ribasso maggiore (32,28 %) rispetto alle altre due concorrenti.

Di conseguenza, la ricorrente, contestualmente all'annullamento dei provvedimenti impugnati previa sospensione dell'efficacia, chiede la condanna dell'Amministrazione intimata al risarcimento del danno in forma specifica attraverso l'aggiudicazione del contratto o, in subordine, al risarcimento del danno per equivalente.

10. Le Amministrazioni statali intimata si sono costituite con atto di mera forma depositato il 12.10.2023, invocando il rigetto del ricorso.

11. La (Omissis), di (Omissis) si è costituita in giudizio con memoria difensiva depositata il 16.10.2023, eccependo la parziale inammissibilità del ricorso per l'assenza di un provvedimento di aggiudicazione "efficace" ora espressamente prevista dall'art. 17 D.lgs. n. 36/2023 ed insistendo, nel merito, per la reiezione del gravame.

12. Non si sono costituiti in giudizio né il Comune di (Omissis) né l'Impresa Edile (Omissis), quest'ultima evocata come soggetto controinteressato.

13. Alla camera di consiglio del 18.10.2023 la difesa erariale ha eccepito il difetto di legittimazione passiva del (Omissis) e del (Omissis), in quanto estranei al presente giudizio.

Il Collegio, ritenendo sussistenti i presupposti per la definizione del giudizio con sentenza in forma semplificata ai sensi degli artt. 60 e 120 comma 6 c.p.a, avvisate le parti, ha quindi trattenuto la causa per la decisione.

14. In rito, deve essere preliminarmente disattesa l'eccezione di carenza di legittimazione passiva sollevata dalla difesa erariale con riferimento ad alcune delle Amministrazioni statali intimare.

L'appalto oggetto di contenzioso rientra tra quelli finanziati nell'ambito del PNRR, e pertanto soggiace all'applicazione, sul piano processuale, dell'art. 12 *bis*, comma 4, del D.L. n. 68/2022, a tenore del quale "*Sono parti necessarie dei giudizi disciplinati dal presente articolo le amministrazioni centrali titolari degli interventi previsti nel PNRR ai sensi dell'articolo 1, comma 4, lettera l), del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, convertito con modificazioni, dalla legge 29 luglio 2021, n. 108, per le quali si osservano le disposizioni delle leggi speciali che prescrivono la notificazione presso gli uffici dell'Avvocatura dello Stato. Si applica l'articolo 49 del codice del processo amministrativo, di cui all'allegato 1 al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104*".

La norma non chiarisce se le "parti necessarie" siano da considerare come amministrazioni resistenti, ovvero controinteressate, ma si limita ad istituire un litisconsorzio necessario.

A norma del richiamato art. 1 comma 4 lettera l) sono "*amministrazioni centrali titolari di interventi previsti nel PNRR*", i Ministeri e strutture della Presidenza del Consiglio dei ministri responsabili dell'attuazione delle riforme e degli investimenti previsti nel PNRR.

Ritiene il Collegio che se per un verso, nessun provvedimento impugnato risulta essere stato adottato dalle citate "amministrazioni centrali", per altro tutte le Amministrazioni statali qui intimare devono considerarsi titolari di un interesse alla corretta gestione ed impiego dei fondi PNRR da parte della Stazione appaltante; esse rivestono il ruolo non di "amministrazioni resistenti", in quanto estranee al potere amministrativo in contestazione, ma

semmai di controinteressate in senso sostanziale, avendo interesse alla conservazione degli atti impugnati, in quanto frutto di una gestione dei fondi del Piano ritenuta corretta.

Al di là dell'evidente unitarietà della difesa dell'Amministrazione statale che già di per sé scongiurerebbe la frammentazione del rapporto processuale dal lato passivo, l'eccezione è, quindi, infondata.

15. Sempre in rito, il Collegio deve farsi carico dell'eccezione formulata dalla (Omissis), di inammissibilità parziale del ricorso sul presupposto che non sarebbe ancora intervenuta l'aggiudicazione definitiva.

L'eccezione è fondata, seppure con la precisazione di cui in appresso.

Vertendosi in materia di appalto finanziato con le risorse previste dal PNRR si dubita dell'immediata operatività dell'art. 17 D.lgs. n. 36/2023 che, invece, la Stazione appaltante, con la determinazione n. 339 del 13.09.2023, ha mostrato di ritenere applicabile alla procedura di gara in questione.

Ciò in considerazione di quanto appresso.

Ai sensi dell'art. 225 comma 8 D.lg. 36/2023 ("Disposizioni transitorie e di coordinamento") "In relazione alle procedure di affidamento e ai contratti riguardanti investimenti pubblici, anche suddivisi in lotti, finanziati in tutto o in parte con le risorse previste dal PNRR e dal PNC, nonché dai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione europea, ivi comprese le infrastrutture di supporto ad essi connesse, anche se non finanziate con dette risorse, si applicano, anche dopo il 1° luglio 2023 e disposizioni di cui al decreto-legge n. 77 del 2021, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 108 del 2021, al decreto-legge 24 febbraio 2023, n. 13, nonché le specifiche disposizioni legislative finalizzate a semplificare e agevolare la realizzazione degli obiettivi stabiliti dal PNRR, dal PNC, nonché dal Piano nazionale integrato per l'energia e il clima 2030 di cui al regolamento (UE) 2018/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018".

Tra le norme semplificatorie che continuano ad applicarsi ai soli appalti PNRR dopo il 01.07.2023 e fino al 31.12.2023 rientra l'art. 8 D.L. n. 76/2020, il cui vigore fino al 31.12.2023 è stabilito dall'art. 224, co. 2 D.lgs. n. 36/2023 che ha soppresso l'inciso contenuto nel comma 1 del medesimo art. 8 "e fino alla data del 30 giugno 2023", garantendone l'ultrattività oltre la data predetta.

L'art. 8, comma 2 lett. a), D.L. n. 76/2020 prescrive che "è sempre autorizzata la consegna dei lavori in via d'urgenza e, nel caso di servizi e forniture, l'esecuzione del contratto in via anticipata nelle more della verifica dei requisiti di cui all'art. 80 del medesimo decreto legislativo, nonché dei requisiti di qualificazione previsti per la partecipazione alla procedura".

Detta disposizione sembra derogare all'obbligo di verifica dei requisiti dell'operatore economico prima della formalizzazione dell'aggiudicazione di cui all'art. 17 comma 5 D.lgs. n. 36/2023, rendendo possibile, nel caso di appalti PNRR, procedere all'aggiudicazione nelle more della verifica delle dichiarazioni rese dall'aggiudicatario in sede di gara e, dunque, provvedere all'esecuzione dell'appalto già in questa fase.

16. Ciò chiarito in termini di carattere generale e venendo al caso in esame, il Tribunale non ravvisa né nella determinazione n. 339 del 13.09.2023 della (Omissis), né, tantomeno, nella determinazione di presa d'atto del Comune di (Omissis), gli estremi di un'aggiudicazione definitiva impugnabile.

Nella procedura in esame, come si è detto, la Stazione appaltante ha espressamente ritenuto di dover applicare le nuove regole dettate per gli appalti ordinari (art. 17 comma 5 D.lgs. n. 36/2023).

Quest'ultima disposizione, al primo periodo, D.lgs. n. 36/2023 precisa che *“l'organo preposto alla valutazione delle offerte”* (nel caso del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa la commissione di gara o nel caso del criterio del maggior ribasso il RUP o il Responsabile di fase, come qui avvenuto, sui verbali predisposti dal seggio di gara) *“predisporre la proposta di aggiudicazione alla migliore offerta non anomala”*.

Il secondo periodo del comma in commento, laddove prevede che *“L'organo competente a disporre l'aggiudicazione esamina la proposta, e, se la ritiene legittima e conforme all'interesse pubblico, dopo aver verificato il possesso dei requisiti in capo all'offerente, dispone l'aggiudicazione, che è immediatamente efficace”*, si riferisce al RUP con poteri a valenza esterna, ma può anche ipotizzarsi -ed è ciò che si è verificato in concreto- un procedimento che si sviluppa fisiologicamente con una proposta di determinazione di aggiudicazione (o atto equivalente) predisposta dal Responsabile di fase per il proprio dirigente/responsabile del servizio, unico organo in questo caso abilitato a manifestare all'esterno la volontà dell'Ente (v. anche all.I.2 al D.lgs. n. 36/2023).

La “novità” rispetto alla precedente disciplina di cui all'art. 32 D.lgs. n. 50/2016 concerne la sequenza procedimentale afferente l'affidamento dell'appalto, essendo scomparso dall'ordito normativo il “doppio” passaggio dell'aggiudicazione non efficace e la successiva (post verifica positiva sul possesso dei requisiti) dell'aggiudicazione efficace.

Ebbene, con determinazione n. 339 del 13.09.2023 il Dirigente del Servizio degli Appalti Pubblici della (Omissis), ha semplicemente “adottato”, facendola propria, la proposta di aggiudicazione del Responsabile di fase che ne rinviava l'efficacia *“ad un successivo provvedimento da adottarsi dopo aver verificato il possesso dei requisiti in capo*

all'offerente" (v. doc. n. 5 di parte resistente).

Tuttavia, l'organo dirigenziale competente, dopo aver esaminato la proposta, non ha disposto alcuna aggiudicazione, immediatamente efficace, non essendo stato ancora positivamente effettuato il controllo dei requisiti in capo all'aggiudicatario.

La proposta di aggiudicazione, per quanto qui "approvata" dal Responsabile di fase, rimane (e lo rimarrebbe anche in costanza dell'art. 32 comma 5 D.lgs. n. 50/2016 in assenza di un "provvedimento di aggiudicazione" produttivo di effetti all'esterno) un atto endoprocedimentale, privo di contenuto decisorio, idoneo tutt'al più a far nascere una mera aspettativa di fatto in capo all'aggiudicatario alla positiva definizione del procedimento.

Mancando, in definitiva, il provvedimento di aggiudicazione definitiva, l'eccezione va accolta e il ricorso deve essere *in parte qua* dichiarato inammissibile per carenza di interesse.

17. Il ricorso è invece ammissibile e va scrutinato nel merito con riferimento alla denunciata illegittimità dell'esclusione disposta dalla (Omissis), con nota del 12.09.2023 (v. doc. 5 di parte ricorrente).

La decisione di estromettere (Omissis), dalla gara trova fondamento in un'unica e specifica ragione e cioè nella genericità del contratto di avvalimento prodotto ai fini dell'attestazione SOA per la categoria OG1 cl. II, "prestata" dall'ausiliaria (Omissis).

Riguardo al contratto di avvalimento, la Stazione appaltante ha ritenuto che *"le parti hanno manifestato una volontà generica di messa a disposizione di risorse e mezzi, senza indicare, neanche con rinvio ad allegati, quali di quelle dotazioni tecniche di cui l'ausiliaria dispone, siano ritenute necessarie per la qualificazione in sede di gara". Si legge, infatti, "la società ausiliaria fornisce...la categoria OG1 III della certificazione Soa ..., per una quota pari al 100% dell'importo richiesto dal bando di gara; tutti i mezzi e le attrezzature, i macchinari, i beni finiti, i materiali, il personale che hanno consentito il conseguimento della qualificazione...". Ritenuto che l'evidente genericità del contratto di avvalimento tecnico - operativo si risolve in una nullità radicale del contratto che, operando ab origine, comporta che il concorrente sia privo del requisito di capacità sin dal momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara, imponendone l'esclusione dalla procedura medesima"*.

18. Rispetto a questo nucleo argomentativo, con un primo gruppo di censure la ricorrente ha dedotto di essere un operatore economico qualificato "anche" nella categoria scorporabile OG1 cl. II a prescindere dal "prestito" del requisito SOA ottenuto con l'avvalimento, criticando l'illegittimità del provvedimento di esclusione nella parte in cui ha ommesso di tenerne conto.

Ciò perché (Omissis) sarebbe comunque qualificata per la categoria prevalente OS21 cl. III per € 1.033.000 ovvero per un importo nettamente superiore al valore dell'appalto (€ 561.411,57) e perché la categoria scorporabile OG1 non sarebbe più annoverabile tra le categorie a qualificazione obbligatoria di cui il concorrente deve necessariamente essere in possesso, stante l'intervenuta abrogazione tacita dell'art. 12 D.L. n. 47/2014. Le categorie a qualificazione obbligatoria, infatti, sono quelle che, se superano il 10% dell'importo complessivo dei lavori o 150.000 euro e fanno parte delle scorporabili, non possono essere eseguite dall'impresa affidataria se sprovvista di tale categoria, ma devono essere subappaltate ad imprese qualificate.

Il motivo è infondato.

La tesi esposta dalla ricorrente muove dal nuovo assetto normativo delineato dall'art. 100 co. 4 del D.lgs. n. 36/2023 in tema di qualificazione degli operatori economici.

Tale disposizione rinvia all'art. 30 dell'Allegato II.12 secondo cui *“il concorrente singolo può partecipare alla gara qualora sia in possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi relativi alla categoria prevalente per l'importo totale dei lavori ovvero sia in possesso dei requisiti relativi alla categoria prevalente e alle categorie scorporabili per i singoli importi. I requisiti relativi alle categorie scorporabili non posseduti dall'impresa devono da questa essere posseduti con riferimento alla categoria prevalente”*.

Dovendo interpretare la disposizione in un'ottica funzionale alla coerenza e alla sistematicità del dato normativo, se ne ricava che (Omissis), può certamente essere annoverata tra i concorrenti in possesso dei requisiti tecnico-organizzativi relativi alla categoria prevalente (OS 21 cl. II) per l'importo totale dei lavori (€ 1.033.000 contro € 561.411,57) essendo qualificata per una categoria superiore (OS 21 cl. III), mentre non possiede i requisiti relativi alla categoria scorporabile né per il singolo importo € 265.697,10 né per l'intero valore dell'appalto.

Ne potrebbe però discendere, secondo lo sviluppo argomentativo attoreo, che non essendo più rinvenibile nel nuovo Codice dei contratti la distinzione tra categoria di lavorazioni a qualificazione “obbligatoria” e “non obbligatoria” imposta dall'art. 12 D.L. n. 47/2014 - da intendersi, anzi, come tacitamente abrogata ai sensi dell'art. 15 disp. att. c.c. - l'impresa che è qualificata in OS21 per l'importo totale dei lavori lo sarebbe automaticamente anche per la categoria scorporabile (OG1).

Questa tesi prova troppo e va disattesa per almeno due ragioni.

Sotto il profilo testuale, rileva in primo luogo la disposizione del bando/disciplinare di gara (punto 6.2. lett. a),

non impugnata *in parte qua*, che definisce espressamente come “a qualificazione obbligatoria” le lavorazioni da eseguirsi in OG1 (“*attestazione SOA rilasciata da società regolarmente autorizzate, in corso di validità ed adeguata, ai sensi dell'allegato II.12 del D.lgs 36/2023, per categorie e classifiche, ai valori dell'appalto. Le lavorazioni relative alla cat. scorporabile OG1, a qualificazione obbligatoria, possono essere eseguite dall'appaltatore solo se in possesso della relativa qualificazione, scorporate ai fini di RTI di tipo verticale o subappaltate per intero ad impresa qualificata*”).

A prescindere dalla clausola vincolante prevista dalla *lex specialis*, soccorre, per autorevolezza della fonte, anche la relazione al nuovo codice dei contratti nella quale, invero solo sotto la rubrica dell'art. 119 co.17 (“subappalto”), si riporta che “*La questione dell'ammissibilità del subappalto per l'esecuzione dei lavori riguardanti le categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria - attualmente desumibile dalla perdurante vigenza dell'art. 12, comma 14, del decreto-legge 28 marzo 2014, n. 47, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 maggio 2014, n. 80 - attiene alla qualificazione degli operatori economici, di cui in particolare, all'art. 100*”.

Con la nuova disciplina del sistema di qualificazione degli operatori economici introdotta dal D.lgs. n. 36/2023 e nell'attuale vigenza dell'art. 12 D.L. n. 47/2014, si può dunque affermare che tutte le categorie di opere scorporabili, sia generali che specializzate, dovranno, dal 1° luglio 2023, considerarsi a qualificazione obbligatoria, ovvero l'aggiudicatario, per eseguirle, dovrà essere in possesso della relativa qualificazione, oppure dovrà necessariamente ricorrere al subappalto.

Tale interpretazione, oltre a configurare un esito rassicurante del quadro normativo in tema di qualificazione degli operatori economici, ha il pregio di armonizzarsi con l'art. 2 comma 2 del citato allegato II.12, laddove prescrive che “*La qualificazione in una categoria abilita l'operatore economico a partecipare alle gare e a eseguire i lavori nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto*”, il che fa dedurre che per “eseguire i lavori” è necessario essere in possesso di adeguata qualificazione.

20. Non può nemmeno considerarsi validamente espressa la dichiarazione di voler subappaltare la categoria scorporabile OG1 cl. II.

Sotto questo profilo, la censura non merita accoglimento perché (Omissis) ha dichiarato in sede di domanda di partecipazione di subappaltare il 30% e non il 100% della categoria delle lavorazioni lavori in OG1 cl. II (v. doc. n. 10 di parte resistente), volontà espressamente ribadita anche in sede di DGUE (v. doc. n. 3 di parte ricorrente-pag. 6), laddove l'impresa in parola ha confermato di voler subappaltare la OS21 e la OG1 “*nei limiti di*

legge?

Dovendo le categorie a qualificazione obbligatoria essere subappaltate ad imprese munite di specifica attestazione, si registra nel caso di specie una “scopertura” del 70% di lavorazioni in OG1 che non può essere eseguita da nessun operatore economico, qualificato o non qualificato che sia.

Al cospetto di una dichiarazione inerente i requisiti di ordine speciale, come tali idonei a strutturare i termini dell’offerta con riguardo alla capacità economica, tecnica e professionale per le esecuzioni delle prestazioni messe a gara, non è ammissibile, tanto meno in sede processuale, apportare alcun adattamento e/o interpretazione postuma dell’offerta, ancorché in assenza di qualsiasi limite percentuale al subappalto ora prevista dalla legge.

(Omissis), in definitiva, non può legittimamente affermare di essere in possesso dei requisiti qualificanti a partecipare alla gara per la categoria OG1 (cl. II), ricorrendo al subappalto che non copre, come notato, l’intera percentuale delle lavorazioni ma solo una parte.

21. Il secondo motivo è, invece, fondato.

Centrale nella disamina della censura è la questione se il contratto di avvalimento avente ad oggetto l’attestazione SOA per la categoria di opere scorporabili OG1 cl. II e allegato alla domanda di partecipazione (v. doc. n. 4 di parte ricorrente), sia idoneo a dare per acquisita l’effettiva disponibilità dell’apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l’attribuzione del requisito di qualità (risorse, mezzi, manodopera e dotazioni tecniche).

L’art. 2 di tale contratto prevede che *“La società ausiliaria si obbliga nei confronti della società concorrente, e con il presente atto anche nei confronti della stazione appaltante, a fornire... i requisiti necessari per la partecipazione alla gara di appalto di cui in premessa e a mettere a disposizione tutte le risorse necessarie per tutta la durata dell’appalto. In particolare, ai sensi dell’art. 88 del D.P.R. n. 207/2010 e ss.mm.ii. la società ausiliaria fornisce, in modo determinato e specifico, i seguenti requisiti:*

-la categoria OG1 III della certificazione Soa richiamata in premessa, per una quota pari al 100% dell’importo richiesto dal bando di gara;

-tutti i mezzi e le attrezzature, i macchinari, i beni finiti, i materiali, il personale che hanno consentito il conseguimento della qualificazione e che verranno messe a disposizione del concorrente per tutta la durata dell’appalto; le modalità con le quali verranno messi a disposizione i mezzi, i macchinari, i beni finiti sono quelle del noleggio”.

Secondo la tesi della Stazione appaltante, il contratto sarebbe generico e quindi affetto da nullità, in quanto non sarebbero state specificate le dotazioni tecniche e le risorse umane messe a disposizione dall'ausiliaria per l'esecuzione del contratto, rendendo alla committente impossibile comprendere quali siano gli impegni assunti dall'ausiliaria nei confronti della concorrente e quindi controllare in sede di esecuzione l'effettivo impiego da parte dell'ausiliata delle risorse messe a disposizione dall'ausiliaria stessa.

Secondo la tesi della ricorrente, viceversa, il contratto di avvalimento non sarebbe affatto generico, bensì determinato, o quanto meno determinabile, avendo la ditta ausiliata indicato di voler prestare l'intero complesso aziendale, ("tutte" le risorse, "tutti" i mezzi, "tutto" il personale) grazie al quale ha ottenuto la qualificazione in OG1 cl. III, non contestata in atti.

21.1 Le censure della ricorrente meritano, sul punto, il positivo apprezzamento del Collegio.

Il comma 2 dell'art. 104 precisa che, *"qualora il contratto di avvalimento sia concluso per acquisire un requisito necessario alla partecipazione a una procedura di aggiudicazione di un appalto di lavori di importo pari o superiore a euro 150.000 o di un appalto di servizi e forniture, esso ha per oggetto le dotazioni tecniche e le risorse che avrebbero consentito all'operatore economico di ottenere l'attestazione di qualificazione richiesta"*.

L'art. 26 dell'Allegato II.12 ("Contratto di avvalimento in gara e qualificazione mediante avvalimento"), non diversamente dall'art. 88 d.P.R. n. 207/2010, prevede che *"Per la qualificazione in gara, il contratto di cui all'articolo 104 del codice deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente: a) l'oggetto, le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico"; b) durata; c) ogni altro utile elemento ai fini dell'avvalimento"*.

Si tratta pertanto di accertare, alla stregua del nuovo impianto normativo, se l'avvalimento della SOA, speso in concreto dalla ricorrente ai fini della partecipazione alla gara, sia conforme all'attuale assetto normativo dell'avvalimento, essendo indispensabile che l'impresa ausiliaria metta a disposizione dell'impresa ausiliata concorrente 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 stessa (cfr. Cons. Stato, sez. V, 27 luglio 2017 n. 3710; Id, 18 marzo 2019 n. 1730).

22. Nel caso in esame, la Stazione appaltante ha ritenuto che il contratto che la ricorrente ha prodotto al fine di superare la carenza del requisito del possesso della qualifica in OG1, classifica II, fosse a tal fine inidoneo, ragionando, ad avviso del Collegio, in termini eccessivamente restrittivi e con riferimento ad una norma

regolatrice dell'istituto (art. 89 D.lgs. n. 50/2016) espunta ormai dall'ordinamento giuridico.

In primo luogo, appare non di poco momento sottolineare che l'art. 104 D.lgs. n. 36/2023, a differenza della citata disposizione normativa, non prevede più che la specificazione delle risorse e delle dotazioni tecniche sia stabilito a pena di nullità del contratto di avvalimento.

In secondo luogo, già sotto la vigenza dell'art. 89 D.lgs. n. 50/2016, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, nella decisione n. 22 del 2020, con riferimento all'avvalimento di una attestazione SOA aveva ribadito che *“la certificazione di qualità costituisce un requisito speciale di natura tecnico-organizzativa, come tale suscettibile di avvalimento, in quanto il contenuto dell'attestazione concerne il sistema gestionale dell'azienda e l'efficacia del suo processo operativo”*.

Tuttavia, per evitare che l'avvalimento dell'attestazione SOA, generalmente ammissibile per il *favor participationis* che permea l'istituto dell'avvalimento ed oggi ancor più da valorizzarsi alla stregua dei principi del libero accesso al mercato e della massima partecipazione alle gare (art. 3 e art. 10 D.lgs. n. 36/2023 - divenga in concreto un mezzo per eludere il rigoroso sistema di qualificazione nel settore dei lavori pubblici, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha più volte ribadito che *“l'avvalimento dell'attestazione SOA è consentito ad una duplice condizione: a) che oggetto della messa a disposizione sia l'intero setting di elementi e requisiti che hanno consentito all'impresa ausiliaria di ottenere il rilascio dell'attestazione SOA; b) che il contratto di avvalimento dia conto, in modo puntuale, del complesso dei requisiti oggetto di avvalimento, senza impiegare formule generiche o di mero stile.”* (cfr. Cons. Stato, sez. V, 13 aprile 2022 n. 2784; Id, 4 novembre 2021 n. 7370).

Si è ancora chiarito che *“quando oggetto dell'avvalimento sia un'attestazione SOA di cui la concorrente sia priva, occorre, ai fini dell'idoneità del contratto, che l'ausiliaria metta a disposizione dell'ausiliata l'intera organizzazione aziendale, comprensiva di tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse, che, complessivamente considerata, le ha consentito di acquisire l'attestazione da mettere a disposizione (Cons. Stato, sez. V, 16 maggio 2017, n. 2316, Cons. Stato, sez. V, 12 maggio 2017, n. 2226), sicché è onere del concorrente dimostrare che l'impresa ausiliaria non si impegna semplicemente a prestare il requisito soggettivo richiesto e, nel caso di specie, l'attestazione SOA, quale mero requisito astratto e valore cartolare, ma assume la specifica obbligazione di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata, in relazione all'esecuzione dell'appalto, le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità.”* L'avvalimento serve, infatti *“ad integrare una organizzazione aziendale realmente esistente ed operante nel segmento di mercato proprio dell'appalto posto a gara, ma, di certo, non consente di creare un concorrente virtuale costituito solo da una segreteria di coordinamento delle attività altrui, né di partecipare alla*

competizione ad un operatore con vocazione statutaria ed aziendale completamente estranea rispetto alla tipologia di appalto da aggiudicare” (cfr. Cons. Stato, sez. III, 10 giugno 2020, n. 3702).

In altre parole, nel caso di avvalimento che abbia ad oggetto l’attestazione SOA, oggetto di prestito è l’intero apparato organizzativo (in termini di mezzi e risorse) del soggetto avvalso o parte di questo, nella misura necessaria all’esecuzione del contratto (cfr. Cons. Stato, sez. V, 6 dicembre 2021, n. 8074 in cui si è ulteriormente chiarito che *“tale risultato (la disponibilità dell’intero complesso produttivo, n.d.s.) si potrebbe ottenere con un contratto di affitto di azienda o di ramo di azienda, ma la peculiarità di questa modalità di collaborazione tra imprese, che fa transitare l’avvalimento nella atipicità o, come altri dice, nella transtipicità, sta nel fatto che non si verifica il trasferimento definitivo dell’azienda, ma solo, appunto, una sua temporanea e parziale messa a disposizione per la singola gara e per il tempo necessario all’esecuzione del contratto d’appalto”*).

Quest’ultimo profilo – la correlazione tra apparato organizzativo oggetto del prestito e capacità di esecuzione del contratto d’appalto in affidamento – *“ha carattere decisivo poiché il concorrente privo del requisito di attestazione SOA dichiara alla stazione appaltante di essere sprovvisto della capacità tecnico – professionale di eseguire il contratto (o parte di esso o alcune specifiche lavorazioni), e che si impegna, tramite avvalimento, a recuperare la capacità mancante, ma perché ciò avvenga realmente è necessaria l’effettiva integrazione dei complessi aziendali dell’avvalente e dell’ausiliaria; diversamente, il contratto di avvalimento si risolve in una “scatola vuota” ossia in un trasferimento documentale cui non corrisponde alcun reale intervento dell’ausiliario nell’esecuzione dell’appalto, e, in definitiva, ove non si disponga diversamente, nell’affidamento dell’opera ad un concorrente che si è dichiarato incapace di eseguirla nella sua interezza”* (cfr. Cons. Stato, sez. V, 10 gennaio 2022 n. 169).

23. L’impegno dell’ausiliario deve, quindi, essere munito dei necessari requisiti della determinatezza, o quanto meno della determinabilità, ai sensi dell’art. 1346 cod. civ., onde prevenire contestazioni nella fase di esecuzione del contratto tra l’appaltatore e l’ausiliario che possano frustrarne il buon esito.

Nel caso di specie, l’oggetto del contratto di avvalimento risulta determinabile “per relationem” sulla base del complesso delle risorse aziendali che valsero all’ausiliaria l’ottenimento della certificazione di qualità.

Reputa, infatti, il Collegio che, avendo l’ausiliaria specificato nel contratto di avvalimento di mettere a disposizione dell’ausiliata *“tutti i mezzi e le attrezzature, i macchinari, i beni finiti, i materiali, il personale che hanno consentito il conseguimento della qualificazione e che verranno messe a disposizione del concorrente per tutta la durata dell’appalto”* e cioè l’azienda intesa come complesso produttivo unitariamente considerato e già “testato” ai fini del conseguimento

della SOA in OG1 cl. III, la ricorrente abbia dimostrato che la messa a disposizione del requisito mancante non si risolve nel prestito di un valore puramente cartolare (ossia l'astratta attestazione SOA), ma nell'impegno "totalizzante" dell'impresa ausiliaria a prestare le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità a seconda dei casi: mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti.

D'altronde, l'esistenza del complesso aziendale da prestare da parte dell'ausiliaria, assunto a presupposto di validità dell'instaurando rapporto collaborativo per essere stato sufficiente a conseguire la qualificazione in OG1 cl. III, non è mai stata smentita dalla stazione appaltante.

Tanto più che nella documentazione allegata all'offerta-come sottolineato dalla ricorrente e non contestato in giudizio dalla (Omissis), - è dato di rinvenire la cartella denominata "avvalimento" contenente la dichiarazione attestante il possesso dei requisiti di carattere tecnico organizzativo dell'impresa ausiliaria (elenco mezzi) che le hanno pacificamente permesso di ottenere l'attestato SOA in corso di validità al 2023 (v. docc. n. 13 e n. 14 di parte ricorrente).

24. Deve, inoltre, convenirsi con la difesa della ricorrente quando richiama, in modo del tutto pertinente al caso concreto, l'art. 104 comma 9 D.lgs. n. 36/2023 (v. anche art. 8 lett. i) All. n. 1.2) che così dispone *"In relazione a ciascun affidamento la stazione appaltante in corso d'esecuzione effettua le verifiche sostanziali circa l'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto dell'avvalimento da parte dell'impresa ausiliaria, nonché l'effettivo impiego delle risorse medesime nell'esecuzione dell'appalto. A tal fine il RUP accerta in corso d'opera 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 avvalimento..."*.

Come si può notare, la norma affida al RUP importanti compiti di vigilanza e di controllo in fase di esecuzione del contratto circa l'effettivo impiego da parte dell'appaltatore delle risorse tecniche e strumentali messe a disposizione dall'ausiliaria con il contratto di avvalimento.

Ciò può avvenire anche tramite l'acquisizione "sul campo" di un aggiornato inventario dei beni aziendali che garantisca l'avvenuta prestazione effettiva di attività ed i mezzi da un'impresa all'altra e, conseguentemente, il "risultato" della buona esecuzione del contratto di appalto, dovendo altrimenti il RUP procedere alla sua risoluzione.

È corretto affermare, pertanto, che a mezzo dell'avvalimento (Omissis) ha acquisito il titolo di qualificazione (l'attestazione SOA in una classifica addirittura superiore a quella richiesta dal bando), della quale s'era dichiarata sprovvista nella domanda di partecipazione e con essa l'effettiva capacità di esecuzione del contratto di appalto oggetto di affidamento.

Il mezzo coglie, dunque, nel segno.

25. L'accertata fondatezza della doglianza da ultimo esaminata consente al Collegio di ritenere assorbita la terza censura e di annullare il provvedimento di esclusione illegittimamente adottato nei confronti della ricorrente.

Agli effetti conformativi della presente decisione, la (Omissis) è tenuta alla immediata riammissione della ricorrente alla procedura di gara e a concludere il procedimento con l'aggiudicazione definitiva dell'appalto a favore del miglior offerente.

Resta parimenti assorbita, per difetto di rilevanza, la richiesta risarcitoria per equivalente, avanzata dalla ricorrente in via subordinata.

26. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo a carico della (Omissis) che ha gestito la procedura di gara, mentre possono essere compensate nei confronti della Amministrazione (Omissis) resistente e dichiarate non ripetibili nei confronti del Comune intimato e della controinteressata non costituitisi in giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria, Sezione Staccata di Reggio Calabria, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così provvede:

- lo dichiara in parte inammissibile, ai sensi e nei limiti di cui in motivazione;
- per il resto lo accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati, ordinando alla (Omissis) di riammettere immediatamente in gara la ricorrente e di concludere la procedura di affidamento con l'aggiudicazione definitiva dell'appalto a favore del migliore offerente;
- condanna la (Omissis), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, al pagamento in favore della ricorrente, delle spese del presente giudizio che liquida in € 2.000,00 (duemila/00), oltre accessori come per legge, compensandole nei confronti della Amministrazione (Omissis) resistente e dichiarandole irripetibili nei confronti dell'impresa controinteressata e del Comune di (Omissis), non costituitisi in giudizio.

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

Così deciso in Reggio Calabria nella camera di consiglio del giorno 18 ottobre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Roberta Mazzulla, Presidente FF

Andrea De Col, Primo Referendario, Estensore

Alberto Romeo, Referendario

L'ESTENSORE
Andrea De Col

IL PRESIDENTE
Roberta Mazzulla

IL SEGRETARIO