

TAR Campania, Sezione Seconda, Sentenza n. 62 del 4 gennaio 2025

Appalti di servizi – Sostituzione impresa raggruppata per carenza dei requisiti – Ammessa solo se tempestiva – Esclusa dopo il rilievo della SA

Publicato il 04/01/2025

N. 00062/2025 REG.PROV.COLL.

N. 03909/2024 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3909 del 2024, proposto da (...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG (...), rappresentato e difeso dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

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

nei confronti

(...), (...), (...), in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli avvocati (...), con domicilio eletto presso lo studio (...); (...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa

dall'avvocato (...), con domicilio eletto presso il suo studio in (...);

per l'annullamento

a) della Determinazione dirigenziale rep. generale n. 787 del 29.07.2024 a firma del Dirigente della IV Direzione del Comune di (...) nella parte in cui ha disposto l'efficacia dell'aggiudicazione della procedura aperta per il servizio di assistenza domiciliare anziani e assistenza domiciliare disabili, in favore della costituenda ATI tra (...), (...) e (...);

b) del verbale di gara n. 3 del 02/07/2024, nella parte in cui la Commissione ha valutato congrua l'offerta economica dell'ATI tra (...), (...) e (...), attribuendo alla stessa il punteggio più alto tra tutti i concorrenti e determinandone di fatto l'aggiudicazione;

c) dei verbali di gara nn. 1, 2 e 3 nella parte in cui hanno ammesso e non escluso, nonché provveduto alla valutazione delle offerte tecnica ed economica dell'ATI tra (...), (...) e (...);

d) di tutti gli atti richiamati nei provvedimenti impugnati e di ogni altro atto, qualora esistente e non conosciuto, se e in quanto lesivo degli interessi della ricorrente;

e) di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale, comunque lesivo degli interessi della ricorrente;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 dicembre 2024 la dott.ssa Mariagiovanna Amorizzo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società ricorrente ha partecipato alla procedura aperta indetta dal Comune di (...) per l'affidamento del servizio di assistenza domiciliare anziani e assistenza domiciliare disabili, svoltasi a mezzo della Piattaforma telematica “*TuttoGare PA*” ai sensi dell’art. 71 del D.Lgs. n. 36/2023 e da aggiudicarsi con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa per un importo a base d’asta pari ad € 468.306,01 Iva esclusa, comprensivo dei costi della manodopera stimati in € 445.787,62 esclusi gli oneri per la sicurezza aziendale pari ad € 1.639,34.

All’esito della procedura, alla quale hanno partecipato n. 4 operatori economici, l’appalto è stato aggiudicato all’ATI costituendo tra (...), (...) e (...). La ricorrente si è, invece, classificata al secondo posto.

Con il ricorso in trattazione (...) s.r.l. impugna la Determinazione dirigenziale rep. generale n. 787 del 29.07.2024 nella parte in cui ha dichiarato efficace l’aggiudicazione disposta in favore della costituenda A.T.I. tra le società (...), (...) e (...) e la declaratoria di inefficacia del contratto d’appalto eventualmente stipulato medio tempore, nonché la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno in forma specifica, mediante affidamento del servizio in suo favore o, in via subordinata, per equivalente monetario.

Il ricorso è affidato ai seguenti motivi:

I. violazione degli artt. 3, 41 e 97 Cost., eccesso di potere per difetto di istruttoria. violazione e falsa applicazione dell’art. 41 del D.Lgs n. 36/2023 e della *lex specialis*, arbitrarietà, errore sui presupposti, erroneità dell’offerta economica dell’o.e. aggiudicatario, violazione della par condicio, perplessità dell’azione amministrativa. Illogicità, ingiustizia manifesta.

La ricorrente ha esposto un costo della manodopera inferiore a quello indicato dalla stazione appaltante nei documenti di gara senza fornire alcuna giustificazione sul rispetto dei minimi salariali, ovvero della più efficiente organizzazione aziendale che tale costo possa sostenere.

L'inattendibilità dell'offerta sarebbe avvalorata dalla previsione di un costo della sicurezza più alto di quello previsto dalla *lex specialis*.

II. violazione e falsa applicazione dell'art. 67 del D.Lgs.n. 36/2023 e della *lex specialis*. sviamento di potere, difetto di istruttoria. arbitrarietà.

Dalla documentazione amministrativa emergerebbero rilevanti carenze nelle verifiche sul possesso dei requisiti. In particolare, evidenzia che l'A.T.I. aggiudicataria è così composta: (...), in qualità di mandataria, ha dichiarato di eseguire il 52% delle prestazioni; (...) ai sensi dell'art. 65 del D.Lgs. n. 36/2023, comma 2 lett. b), c) e d), ha indicato come cooperativa esecutrice "(...)" che eseguirà l'8% delle prestazioni, mentre (...) il 40%.

Sotto un primo profilo si deduce che le imprese partecipanti all'A.T.I. non hanno indicato separatamente i requisiti di fatturato posseduti da ciascuna e, pertanto, non è dato sapere se (...), capogruppo-mandataria, abbia o meno la quota maggioritaria di fatturato; né se le componenti dell'A.T.I. possano vantare il fatturato in misura pari alla percentuale corrispondente alla partecipazione all'A.T.I.

In secondo luogo, per la dimostrazione del requisito del fatturato specifico e di quello di capacità tecnica, l'A.T.I. aggiudicataria ha fatto riferimento ai requisiti posseduti dalle società (...) e (...).

Tuttavia il consorzio (...), - che in base all'art. 67 comma 2 lettera a) del D.Lgs. n. 36/2023, si qualifica sulla base dei requisiti posseduti dalle consorziate - non ha indicato la consorziata da cui trae i requisiti previsti dalla *lex specialis*, nè ha prodotto l'elenco delle consorziate così da consentire la suddetta verifica (oltre che quelle relative alla sussistenza di eventuali situazioni di controllo).

Inoltre la (...) indicata dal Consorzio (...) come esecutrice dell'appalto (...) è iscritta all'albo regionale delle cooperative sociali nella sezione B per attività (gestione di rifiuti) non pertinenti con quelle del servizio oggetto della gara.

La medesima (...) esecutrice non avrebbe firmato il protocollo di legalità,

incurrendo nella causa di esclusione indicata a pag. 11 del disciplinare di gara.

In terzo luogo, si deduce che l'A.T.I. Aggiudicataria avrebbe beneficiato della riduzione della garanzia provvisoria del 50%, nonostante abbia ommesso di presentare la dichiarazione relativa al possesso della certificazione di qualità della (...).

In quarto luogo, l'offerta tecnica mancherebbe della dichiarazione/progetto di assorbimento del personale dell'affidataria uscente richiesta in applicazione della clausola sociale.

Infine difetterebbe, all'interno delle buste dell'offerta dell'A.T.I. aggiudicataria, il documento di riconoscimento dei legali rappresentanti delle società che compongono l'A.T.I. aggiudicataria.

Si sono costituite l'Amministrazione resistente e la controinteressata instando entrambe per il rigetto nel merito del ricorso.

La domanda cautelare formulata in seno al ricorso è stata accolta con ordinanza n. 1672/2024 del 6 settembre 2024, con la seguente motivazione: *“Considerato che, ad un primo esame proprio della presente fase cautelare e con riserva di ulteriori approfondimenti nella fase di merito specie con riguardo alle censure contenute nel primo motivo, il ricorso appare assistito da sufficiente fumus boni iuris quantomeno con riguardo al profilo di censura contenuto nel secondo motivo relativo alla mancanza del requisito di idoneità professionale in capo alla (...) indicata dal Consorzio (...) come esecutrice dell'appalto, atteso che, ai sensi dell'art. 6.5 del bando “Il requisito relativo all'iscrizione nel Registro delle Imprese oppure nell'Albo delle Imprese artigiane di cui di cui al punto 6.1 deve essere posseduto dal consorzio e dai consorziati indicati come esecutori”;*

Ritenuto che la mancanza del suddetto requisito è suscettibile di determinare l'esclusione dell'aggiudicataria e che, dunque, sussiste il paventato periculum in mora;”.

L'appello avverso la suddetta ordinanza è stato respinto con ordinanza della III Sezione del Consiglio di Stato, n. 3985/2024 del 25 ottobre 2024, per le seguenti ragioni: *“Considerato che, in disparte profili di possibile irricevibilità dell'appello cautelare, le*

questioni sottoposte al primo giudice potranno trovare celere definizione nell'udienza pubblica già fissata dinanzi al Tar per il prossimo 5 dicembre 2024, fermo restando che non emergono in questa sede evidenti profili di fondatezza delle censure dedotte contro l'ordinanza impugnata; Considerato, dunque, che non sussiste il profilo del periculum per l'accoglimento dell'appello cautelare; Ritenuto che le spese della presente fase possano essere compensate;”.

All'udienza pubblica del 5 dicembre 2024 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è fondato, con riguardo al profilo di censura contenuto nel secondo motivo di ricorso relativo alla mancanza del requisito di idoneità professionale in capo alla (...) indicata dal Consorzio (...) come esecutrice dell'appalto.

Come già rilevato in sede cautelare, l'art. 6.5 del disciplinare di gara prevede che *“Il requisito relativo all'iscrizione nel Registro delle Imprese oppure nell'Albo delle Imprese artigiane di cui di cui al punto 6.1 deve essere posseduto dal consorzio e dai consorziati indicati come esecutori”.*

È pacifico tra le parti che la (...) indicata dal consorzio (...) come società incaricata per l'esecuzione della quota di prestazione intestata al consorzio stesso è iscritta nella sezione B dell'Albo regionale delle cooperative sociali. Risulta, altresì, incontestato che l'iscrizione si riferisce alla seguente attività: *“Raccolta e trasporto dei rifiuti non pericolosi cat. 2 classe f e commercio e intermediazione di rifiuti senza detenzione cat. 8 classe f”*, che corrisponde all'attività esercitata in via prevalente dalla società stessa risultante dalla visura camerale.

Se è vero che, il disciplinare di gara all'art. 6.1. prevede quale requisito di idoneità professionale l'*“Iscrizione nel Registro delle Imprese oppure nell'Albo delle Imprese artigiane per attività pertinenti con quelle oggetto della presente procedura di gara”* e non per attività identiche a quelle oggetto della gara, appare, tuttavia, evidente che l'attività di raccolta, trasporto, commercio e intermediazione di rifiuti non possa ritenersi *“pertinente”* a quelle oggetto della gara, che si riferisce a servizi di assistenza

domiciliare socio-assistenziale di anziani e disabili, che l'articolo 3 del disciplinare-capitolato speciale di gara così descrive: *“Sono prestazioni di assistenza domiciliare:*

- *aiuto alla persona nello svolgimento delle normali attività quotidiane;*
- *sostegno alla mobilità personale;*
- *prestazioni di aiuto per famiglie che assumono compiti di accoglienza e di cura di persone diversamente abili fisici, psichici e sensoriali e di anziani.*

Le attività di assistenza consistono in:

- *aiuto per l'igiene e la cura della persona;*
- *aiuto per la pulizia della casa;*
- *lavaggio e cambio della biancheria;*
- *preparazione dei pasti;*
- *aiuto nello svolgimento di pratiche amministrative e di accompagnamento presso uffici;*
- *sostegno per la fornitura o l'acquisto, su richiesta, di alimentari, indumenti, biancheria e di generi diversi nonché di strumenti o tecnologie per favorire l'autonomia;*
- *attività di accompagnamento presso familiari e vicini e presso luoghi di interesse culturale o sportivo, finalizzata a mantenere o ristabilire relazioni affettive e sociali;”.*

Nessuna delle attività richiamate nel disciplinare/capitolato appare riconducibile neppure in parte alle attività di *“raccolta, trasporto, commercio e intermediazione di rifiuti”.*

Sotto altro profilo, il disciplinare, nel richiedere all'art. 6.5 (*“indicazioni sui requisiti speciali nei consorzi di cooperative, consorzi di imprese artigiane, consorzi stabili”*) che il requisito di idoneità professionale fosse posseduto sia dal consorzio che dai consorziati indicati per l'esecuzione, ha espresso una chiara opzione affinché gli operatori economici chiamati ad eseguire le prestazioni oggetto dell'appalto abbiano una specifica esperienza nell'ambito del settore oggetto di gara.

Dunque, la giurisprudenza richiamata dalle parti resistenti secondo cui, *“in tema di gare pubbliche, ai fini della valutazione del requisito di idoneità professionale, per servizi "analoghi" (o, come nella specie, "coerenti" con l'oggetto dell'appalto) non deve aversi riguardo a*

servizi "identici", essendo piuttosto necessario ricercare elementi di similitudine fra i diversi servizi considerati." (Consiglio di Stato sez. V, 09/05/2024, (ud.19/12/2023, dep. 09/05/2024), n.4162), pur se pienamente condivisa dal Collegio, non è pertinente al caso in esame.

Precisa la suddetta pronuncia, infatti, che la valutazione della coerenza della tipologia di attività svolta rispetto a quelle oggetto di gara, debba essere condotta attraverso il *"confronto tra le prestazioni oggetto dell'appalto da affidare e le prestazioni oggetto dei servizi indicati dai concorrenti"*, avendo riguardo agli obiettivi, ai destinatari e alla natura dell'attività stessa.

Neppure rileva, ai fini del soddisfacimento del requisito in esame, la natura di (...) quale Cooperativa che persegue *"l'interesse generale della comunità alla promozione umana e all'integrazione sociale dei cittadini che, in base alla Legge n. 381 del 8 novembre 1991, può tradursi nella declinazione comune di "attività sociale"*", poiché la natura della società non basta a soddisfare lo specifico requisito di idoneità professionale richiesto dalla *lex specialis*, non surrogabile neppure attraverso la dimostrazione (peraltro non fornita, essendo stata solo riportata una parte delle attività comprese nell'oggetto sociale) dallo svolgimento di attività corrispondenti a quelle oggetto della gara, atteso che, secondo costante giurisprudenza, deve distinguersi *"tra il requisito dell'idoneità professionale e i requisiti esperienziali richiesti a dimostrazione della capacità tecnico-professionale dell'operatore. È indubbio che l'iscrizione alla Camera di Commercio costituisca requisito d'idoneità professionale (art. 83, commi 1 e 3, D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50) [...] nondimeno il pregresso effettivo svolgimento dell'attività (con i relativi risultati), (...), è requisito di capacità tecnico-professionale, che l'amministrazione può richiedere sia variamente provato attraverso l'allegazione delle precedenti esperienze professionali"* (così, da ultimo, n. 657 del 2023, che richiama, sempre di questa Sezione, la sentenza n. 4098 del 2021)" (così Consiglio di Stato sez. V, 09/05/2024, n.4162).

La controinteressata nelle proprie difese afferma, altresì, che il mancato possesso del requisito in capo alla consorziata esecutrice mai avrebbe potuto condurre

all'esclusione del controinteressato, poiché il consorzio in proprio è in possesso dello specifico requisito di idoneità professionale e, dunque, (...) avrebbe potuto essere esclusa ovvero sostituita con altra consorziata in possesso dello specifico requisito, senza possibilità di esclusione del R.T.I. Afferma, altresì, che ai sensi di quanto previsto dall'art.6.5 del Disciplinare *“nel caso in cui un consorzio abbia estromesso o sostituito una consorziata poiché priva di un requisito di ordine speciale di cui all'articolo 100 del Codice, si valutano le misure adottate ai sensi dell'articolo 97 del Codice al fine di decidere sull'esclusione”*.

Le suddette difese non possono condurre al rigetto del ricorso.

Quanto alla circostanza che il Consorzio avrebbe potuto qualificarsi in proprio, è pur vero che nella specie, ha invece, inteso agire attraverso una delle consorziate indicandola come esecutrice e l'art. 6.5 del disciplinare ha previsto in tal caso - a maggior garanzia del regolare espletamento del servizio - che il requisito in questione sia posseduto anche dalla consorziata esecutrice.

Con riguardo alle altre considerazioni, la controinteressata intende invocare il disposto dell'art. 97 del D.Lgs. 36/2023, richiamato anche dall'art. 6.5 del disciplinare.

L'art. 97, così recita: *“1. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 96, commi 2, 3, 4, 5 e 6, il raggruppamento non è escluso qualora un suo partecipante sia interessato da una causa automatica o non automatica di esclusione o dal venir meno di un requisito di qualificazione, se si sono verificate le condizioni di cui al comma 2 e ha adempiuto ai seguenti oneri:*

a) in sede di presentazione dell'offerta:

1) ha comunicato alla stazione appaltante la causa escludente verificatasi prima della presentazione dell'offerta e il venir meno, prima della presentazione dell'offerta, del requisito di qualificazione, nonché il soggetto che ne è interessato;

2) ha comprovato le misure adottate ai sensi del comma 2 o l'impossibilità di adottarle prima di quella data;

b) ha adottato e comunicato le misure di cui al comma 2 prima dell'aggiudicazione, se la causa

escludente si è verificata successivamente alla presentazione dell'offerta o il requisito di qualificazione è venuto meno successivamente alla presentazione dell'offerta.

2. Fermo restando l'articolo 96, se un partecipante al raggruppamento si trova in una delle situazioni di cui agli articoli 94 e 95 o non è in possesso di uno dei requisiti di cui all'articolo 100, il raggruppamento può comprovare di averlo estromesso o sostituito con altro soggetto munito dei necessari requisiti, fatta salva l'immodificabilità sostanziale dell'offerta presentata. Se tali misure sono ritenute sufficienti e tempestivamente adottate, il raggruppamento non è escluso dalla procedura d'appalto. Se la stazione appaltante ritiene che le misure siano intempestive o insufficienti, l'operatore economico è escluso con decisione motivata.

3. I commi 1 e 2 si applicano anche ai consorzi ordinari. Si applicano altresì ai consorzi fra imprese artigiane, nonché ai consorzi stabili limitatamente alle consorziate esecutrici e alle consorziate aventi i requisiti di cui i consorzi si avvalgono.”.

La disposizione si applica esclusivamente nell'ipotesi in cui lo stesso raggruppamento o consorzio abbia, nei tempi indicati dalla norma, comunicato alla stazione appaltante l'estromissione o la sostituzione del partecipante non in possesso dei requisiti, situazione che non si è verificata nel caso di specie.

La norma, tuttavia, consente un correttivo solo in caso di tempestiva e spontanea resipiscenza dell'operatore economico, ma non contempla l'ipotesi di sostituzione o estromissione successiva al rilievo della mancanza dei requisiti previsti dalla *lex specialis*.

Pertanto la norma non è invocabile nel caso di specie, in cui non sono rispettati i requisiti previsti dal bando e a tale mancanza non è stato posto tempestivo rimedio.

In conclusione il ricorso deve essere accolto, con declaratoria di illegittimità della ammissione della controinteressata, in mancanza dei requisiti di partecipazione.

Va, conseguentemente accolta la domanda di annullamento dell'aggiudicazione disposta in favore del controinteressato.

In via conformativa, l'Amministrazione è tenuta, previa effettuazione delle

verifiche previste dalla legge circa il possesso dei requisiti e la congruità dell'offerta, a disporre l'aggiudicazione in capo alla ricorrente, con ogni ulteriore conseguenza di legge.

In accoglimento delle relative domande va, altresì, dichiarata l'inefficacia del contratto eventualmente stipulato dalla stazione appaltante con la controinteressata e, in caso di positivo esito delle verifiche indicate in precedenza, disposto il subentro della ricorrente nell'esecuzione del contratto.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna il Comune di (...) e le parti controinteressate al pagamento delle spese di lite, che liquida in € 2.000,00 per ciascuna, (€ 4.000,00 in totale) oltre I.V.A. e C.P.A.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 5 dicembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Anna Pappalardo, Presidente

Maria Barbara Cavallo, Consigliere

Mariagiovanna Amorizzo, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Mariagiovanna Amorizzo

IL PRESIDENTE

Anna Pappalardo

IL SEGRETARIO