

TAR Campania, Sezione Prima, Sentenza n. 1307 del 27 febbraio 2024

Appalti di lavori – Cause di esclusione – Trasformazione società da SCARL a SRL – Non comporta esclusione dalla gara – Principio di tassatività

Pubblicato il 27/02/2024

N. 01307/2024 REG.PROV.COLL.

N. 04363/2023 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4363 del 2023, proposto da (...) S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato (...), con domicilio eletto in (...).

contro

Città Metropolitana di (...), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato (...), con domicilio eletto in (...);

Ministero (...), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli, domiciliataria ex lege in Napoli, via Diaz, n. 11;

Comune di (...), non costituito in giudizio.

nei confronti

(...) S.r.l. (Già (...) Scarl), in persona del legale rappresentante pro tempore,

rappresentato e difeso dagli avvocati (...), con domicilio eletto in (...).

per l'annullamento

- 1) della Determinazione n. 69 del 31.07.2023 (Reg. Gen. n. 322 del 31.07.2023) con la quale il Comune di (...) ha disposto in favore della (...) S.c.a.r.l. l'aggiudicazione definitiva dell'appalto avente ad oggetto i “Lavori di riqualificazione e rigenerazione urbana di Piazza Garibaldi nel comune di (...)”;
- 2) Della nota del 3.08.2023 con la quale il Comune di (...) ha provveduto a comunicare alla ricorrente il predetto provvedimento di gara;
- 3) Della proposta di aggiudicazione formulata dalla Commissione di Gara all'esito della seduta del 24.05.2023;
- 4) Della Determinazione n. 55 del 13.06.2023 (Reg. Gen. n. 218) recante l'approvazione della proposta di aggiudicazione;
- 5) Della Determinazione n. 13 del 23.02.2023 (Reg. Gen. N. 59) recante l'approvazione del Verbale di Gara della CITTÀ METROPOLITANA DI (...) del 22.02.2023;
- 6) Del Verbale di Gara della CITTÀ METROPOLITANA DI (...) del 22.02.2023 nella parte in cui è stata disposta l'ammissione alle successive fasi di gara della (...) S.C.A R.L.;
- 7) Dei Verbali di Gara relativi alle sedute pubbliche del 3.04.2023 del 18.04.2023 e del 24.05.2023 nonché dei Verbali di Gara relativi alla seduta riservata destinata all'esame dell'offerte tecniche nella parte in cui è stata valutata l'offerta della S.C.A R.L.;
- 6) Di ogni altro atto connesso conseguente o preliminare lesivo degli interessi dedotti in giudizio.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Città Metropolitana di (...), del Ministero (...) e della (...) S.r.l. (già (...) Scarl);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 gennaio 2024 il dott. Maurizio Santise e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso tempestivamente notificato all'Amministrazione resistente e regolarmente depositato nella Segreteria del T.a.r., la società ricorrente ha esposto quanto segue:

a) con la deliberazione n. 141 del 2022, il Comune di (...) approvava il progetto esecutivo, relativo ai “Lavori di riqualificazione e rigenerazione urbana di Piazza Garibaldi”, per un importo complessivo pari ad euro 1.100.000,00 (finanziato dal PNRR nell’ambito degli investimenti per la rigenerazione urbana, volta alla riduzione dei fenomeni di marginalizzazione e degrado sociale);

b) con determina a contrarre n. 63 del 2022, veniva indetta la procedura di gara telematica per l'affidamento dell'appalto dei “Lavori di riqualificazione e rigenerazione urbana di Piazza Garibaldi”, da aggiudicarsi secondo il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa sulla base di importo a base d’asta per lavori di importo pari ad euro 839.692,05 (oltre agli oneri di sicurezza per euro 14.486,04), da svolgersi a cura della S.U.A.;

c) in data del 18.04.2023, la Commissione di gara disponeva l’esclusione dell’impresa (...) s.r.l.s., per non aver conseguito il punteggio minimo pari 60;

d) con determinazione n. 69 del 31.07.2023, il Comune di (...) disponeva l’aggiudicazione definitiva dell’appalto in favore della (...) S.c.a.r.l.; l’odierna ricorrente si posizionava al secondo posto in graduatoria.

Avverso il provvedimento di aggiudicazione in favore della controinteressata, la società ricorrente ha proposto il ricorso introduttivo del presente giudizio chiedendone l’annullamento, previa sospensione cautelare degli effetti, per i

seguenti motivi di censura:

I. Violazione dell'art. 2602 c.c., violazione dell'art. 2615 ter. c.c., violazione dell' art. 2484, comma 2, c.c., carenza di istruttoria, eccesso di potere: illogicità, sviamento di potere;

II. Violazione dell'art. 89 del d.lgs. n. 50/2016, violazione dell'art. 63, comma 1, del d.p.r. n. 207/2010, violazione dell'art. 7 del disciplinare di gara, carenza di istruttoria;

III. Violazione dell'art. 17.1 del disciplinare di gara, carenza di istruttoria eccesso di potere: illogicità e irrazionalità.

Con ordinanza del 12 ottobre 2023, questa Sezione ha rigettato l'istanza di sospensione cautelare del provvedimento impugnato.

La Città Metropolitana di (...), il Ministero (...), la (...) S.r.l. (già (...) Scarl) si sono costituiti regolarmente in giudizio, contestando il ricorso e chiedendone il rigetto.

Alla pubblica udienza del 17 gennaio 2024 la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Tanto premesso in punto di fatto, il ricorso va rigettato per i motivi di seguito illustrati.

2.1. Con il primo motivo di ricorso, la ricorrente contesta la legittimazione della controinteressata a partecipare alla gara.

In particolare, l'aggiudicataria avrebbe partecipato alla procedura di gara quale imprenditore individuale, pur integrando una società consortile a responsabilità limitata. Secondo la ricorrente la società aggiudicataria "risultava costituita da un solo socio ovvero l'intero patrimonio risultava detenuto esclusivamente dal sig. (...), C.F. (...)"; tale circostanza sarebbe idonea a determinare lo scioglimento della società.

La doglianza è infondata per due concorrenti motivazioni.

Sotto un primo profilo, il d.lgs. n. 50/2016, applicabile *ratione temporis*, non prevede nessuna causa di esclusione per il caso in cui una società consortile resti temporaneamente con un solo socio.

Sotto altro distinto profilo, va rilevato che la società controinteressata ha perfezionato prima della notifica del ricorso (a far data dal 3 agosto) la trasformazione della società SCARL a SRL.

Lo scioglimento della società controinteressata non si è, quindi, mai verificato, ma, al contrario, allo specifico scopo di evitare la cessazione dell'ente la (...) ha attivato la necessaria procedura di trasformazione della società da consortile a capitalista ex art. 2500-octies c.c. Né si può affermare che la procedura di trasformazione costituisca motivo ostativo alla partecipazione alla gara pubblica, eludendo così il principio di tipicità e tassatività dei motivi di esclusione.

Va, inoltre, rilevato che la circostanza che la (...), nelle more della trasformazione, si sia venuta a trovare con un solo socio, persona fisica, non è idonea ad escludere l'aggiudicataria dal novero degli operatori economici indicati nell'art. 45 del d. lgs 50 del 2016. La norma va, infatti, interpretata alla luce del principio di neutralità delle forme, interpretazione compatibile con l'ampia definizione di operatore economico delineata direttiva 2014/24 UE, nonché con l'evoluzione della giurisprudenza comunitaria in materia. Coerentemente, l'articolo 3, comma 1, lett. p), d. lgs. n. 50/ 2016 definisce l'operatore economico come "persona fisica o giuridica, un ente pubblico, un raggruppamento di tali persone o enti, compresa qualsiasi associazione temporanea di imprese, un ente senza personalità giuridica, ivi compreso il gruppo europeo di interesse economico (GEIE) costituito ai sensi del decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240, che offre sul mercato la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi".

Nello stesso senso si pone l'art. 65 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, che, al primo comma, rinvia alla lettera l), dell'allegato I.1. Viene così definito operatore economico "qualsiasi persona o ente, anche senza scopo di lucro, che, a prescindere dalla forma giuridica e dalla natura pubblica o privata, può offrire sul mercato, in forza del diritto nazionale, prestazioni di lavori, servizi o forniture corrispondenti a quelli oggetto della procedura di evidenza pubblica".

Il relativo motivo di ricorso va, pertanto, respinto.

2.2. Quanto alla dedotta nullità del contratto di avvalimento per indeterminatezza dell'oggetto, il motivo di censura è infondato.

In linea di continuità con il consolidato orientamento giurisprudenziale in materia, questo Collegio ritiene “ammissibile l'avvalimento anche quanto alla SOA, purché la messa a disposizione del requisito mancante non si risolva nel prestito di un valore puramente cartolare e astratto, essendo invece necessario che dal contratto risulti chiaramente l'impegno 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”(cfr., Cons. Stato, sez. V, 10 gennaio 2022, n. 169; id. n. 3300/2023)

La giurisprudenza amministrativa ha poi precisato quanto segue: “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., Consiglio di Stato sez. V, 10/01/2022, n.169).

Nel caso di avvalimento avente ad oggetto l'attestazione SOA, oggetto di prestito è, quindi, l'apparato organizzativo (in termini di mezzi e risorse) del soggetto

avvalso o parte di questo, ma nella misura necessaria all'esecuzione del contratto (cfr. Cons. Stato, sez. V, 6 dicembre 2021, n. 8074 in cui si è ulteriormente specificato che "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"). Pertanto, il contratto di avvalimento può ben limitarsi a specificare quei requisiti e quelle risorse di cui l'impresa ausiliata è sprovvista e che sono indispensabili ad integrare la sua organizzazione aziendale ai fini dell'esecuzione dell'opera (cfr., Cons. Stato, sez. V, 4 ottobre 2021, n. 6619; Cons. Stato, sez. V, 6 dicembre 2021, n. 8074).

Ciò premesso, nel caso di specie, dalla lettura integrale del contratto di avvalimento risulta, in maniera esaustiva e specifica, l'indicazione di mezzi e manodopera messi a disposizione dall'ausiliaria. Segnatamente, l'Allegato A al contratto prevede: know-how tecnologico e commerciale; numero di tecnici per tipologia di lavoro messi a disposizione; numero necessario di squadre tipo con relativa composizione; puntuale indicazione di attrezzature e mezzi dati in prestito (riportati in apposito elenco).

Ne consegue che il contratto di avvalimento non appare meramente cartolare, né affetto dal dedotto vizio di genericità invalidante ex art. 89 del d. lgs. 50 del 2016.

2.3. Con il terzo motivo di ricorso, la ricorrente contesta la correttezza della procedura di attribuzione dei punteggi in relazione all'offerta tecnica da essa presentata.

In particolare, la ricorrente afferma:

- a) di avere diritto all'attribuzione di 5 punti – avendo offerto 5 anni di manutenzione post collaudo – in luogo dei 3 punti ad essa assegnati (in relazione al criterio B-MANUTENZIONE nella tabella ex art. 17.1 del disciplinare di gara);
- c) la mancata attribuzione di 0,20 punti, conseguente alla assegnazione del

coefficiente di valutazione pari a 0,80 (in relazione al criterio C4. GESTIONE AMBIENTALE). In tal senso, si legge nel ricorso che “tanto la ricorrente quanto l’aggiudicataria, come evincibile dalla tabella in atti, hanno ottenuto un identico coefficiente di valutazione (0,80) a cui però è seguita una diversa applicazione di punteggio, 3 punti per la (...) e 3,2 punti per la (...)”.

In relazione a tale gruppo di doglianze, la giurisprudenza consolidata ha evidenziato che:

- a) “la valutazione delle offerte tecniche, effettuata dalla commissione attraverso l'espressione di giudizi e l'attribuzione di punteggi, costituisce apprezzamento connotato da chiara discrezionalità tecnica, sì da rendere detta valutazione insindacabile salvo che sia affetta da manifesta illogicità (Cons. Stato, Sez. III, 9 marzo 2022, n. 1699);
- b) il sindacato del giudice amministrativo sull'esercizio dell'attività valutativa da parte della Commissione giudicatrice di gara non può sostituirsi a quello della Pubblica Amministrazione, e ciò in quanto la valutazione delle offerte rientra nell'ampia discrezionalità tecnica riconosciuta alla Commissione; le censure che attingono il merito di tale valutazione (opinabile) sono inammissibili perché sollecitano il giudice amministrativo ad esercitare un sindacato sostitutivo (Cons. Stato, Sez. V, 24 agosto 2022, n. 7448),
- c) è unicamente fatto salvo il limite della abnormità della scelta tecnica; per sconfessare il giudizio della Commissione giudicatrice non dimostrandosi sufficiente evidenziarne la mera non condivisibilità, dovendosi piuttosto dimostrare la palese inattendibilità e l'evidente insostenibilità del giudizio tecnico compiuto (Cons. Stato, Sez. IV, 1° marzo 2022, n. 1445).

Alla luce di tali coordinate ermeneutiche va respinto il primo profilo della censura volta a contestare la mancata attribuzione dei 5 punti.

La società controinteressata ha, infatti, evidenziato, con argomentazioni non contestate da parte ricorrente, che dalle regole di gara (art. 17.2 del disciplinare di

gara), non si desume l'automatica attribuzione di 1 punto per ogni anno di servizio, in quanto l'assegnazione dei punti avviene moltiplicando il punteggio massimo (5) per un coefficiente discrezionale tra 0 e 1, corrispondente ai giudizi di valutazione (da ottimo a inadeguato) da parte della Commissione. Ne consegue che solo il giudizio di "ottimo", cui corrisponde il coefficiente 1, avrebbe consentito alla ricorrente di raggiungere il punteggio massimo di 5 punti.

La condivisibile ricostruzione degli atti di gara formulata dalla controinteressata implica che, nei fatti, dunque, ciò che viene contestato è proprio la discrezionalità della Commissione nella valutazione delle offerte che ha valutato il progetto della ricorrente come adeguato, avendo la stessa totalizzato un punteggio pari a 0,6.

Sulla base di tali incontestate premesse, il relativo motivo di ricorso va respinto, perché la ricorrente non è stata in grado di provare aspetti di chiara irragionevolezza e illogicità nell'attribuzione dei punteggi da parte della commissione in favore della ricorrente.

2.4. La reiezione di tale motivo di ricorso rende superflua la valutazione della seconda censura, in quanto l'accoglimento della stessa non condurrebbe, comunque, all'accoglimento del ricorso, contestando la ricorrente, con tale censura, la mancata attribuzione di soli 0,20 punti, che non consentirebbero, comunque, alla ricorrente di classificarsi al primo posto.

Ciò considerato, il ricorso deve essere respinto.

Le ragioni che hanno condotto alla presente decisione giustificano la compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge. Spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 17 gennaio 2024 con

l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Giuseppe Esposito, Consigliere

Maurizio Santise, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Maurizio Santise

IL PRESIDENTE

Vincenzo Salamone

IL SEGRETARIO