

Pubblicato il 08/10/2020

N. 00445/2020 REG.PROV.COLL.
N. 00985/2019 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Umbria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 985 del 2019, proposto da D'Agostino Angelo Antonio Costruzioni Generali S.r.l., Manelli Impresa S.r.l. e Consorzio Stabile Agoraa S.c. a r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avvocati Arturo Cancrini e Francesco Vagnucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

ANAS S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di Perugia, nella cui sede in Perugia, via degli Uffici n. 14, è *ex lege* domiciliataria, domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

ANAS S.p.A. – Gruppo FS Italiane, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

previa adozione di misure cautelari

- del provvedimento prot. n. P.0657023 del 20.11.2019 con cui ANAS S.p.A. – Gruppo FS Italiane ha disposto l'esclusione del RTI D'Agostino dalla gara indetta per l'affidamento dei lavori "S.S. 318 di Valfabbrica – tratto

Valfabbrica Schifanoia – interventi di completamento dal km 16+224 al km 19+354 – lotto 5 – 1° stralcio – parte B: raddoppio galleria Picchiarella e viadotto Tre Vescovi – 2° stralcio – raddoppio galleria Casacastalda e viadotto Calvario”;

- del par. III.1.3 del bando di gara e del par. 7.4 del disciplinare di gara – nella parte in cui esso dispone che il requisito inerente all’attestazione SOA “deve essere posseduto in misura maggioritaria dall’impresa mandataria” – ove interpretati nel senso che il requisito di qualificazione non possa essere soddisfatto anche mediante l’avalimento interno;

- nonché di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti, ancorché attualmente non conosciuti,

per la condanna

dell’Ente intimato a risarcire il danno cagionato alla ricorrente in forma specifica, mediante annullamento degli atti impugnati e conseguente riammissione alla gara del RTI costituendo,

con conseguente declaratoria di inefficacia

del contratto eventualmente nelle more stipulato con il concorrente illegittimo aggiudicatario e subentro nell’esecuzione del contratto eventualmente stipulato *ex art. 122 cod. proc. amm.*

e con riserva

di chiedere, in separato giudizio, il ristoro dei danni per equivalente monetario qualora risultasse impossibile la reintegrazione in forma specifica per fatto non imputabile o comunque non dipendente dalla volontà delle ricorrenti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l’atto di costituzione in giudizio di ANAS S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell’udienza pubblica del giorno 22 settembre 2020 il dott. Davide De Grazia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. – ANAS S.p.A. ha indetto una procedura per l'affidamento dell'appalto per la realizzazione di lavori di completamento sulla strada statale S.S. 318 di Valfabbrica, tratto Valfabbrica – Schifanoia, lotto 5, 1° stralcio, parte B, raddoppio galleria Picchiarella, viadotto Tre Vescovi, 2° stralcio, raddoppio galleria Casacastalda, e viadotto Calvario, per un importo a base d'asta complessivamente pari a euro 109.166.692,04, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

2. – Il costituendo raggruppamento temporaneo di imprese tra le ditte D'Agostino Angelo Antonio Costruzioni Generali S.r.l., Manelli Impresa S.r.l. e Consorzio Stabile Agoraa S.c. a r.l. partecipava alla gara.

2.1. – Il RTI indicava le seguenti quote di partecipazione ed esecuzione dei lavori: D'Agostino: 55,00%; Manelli: 22,50%; Agoraa: 22,50%.

2.2. – Ai fini dell'esecuzione delle opere ricondotte dal bando nella categoria prevalente OG4, il RTI indicava le seguenti quote d'esecuzione: D'Agostino 70,92%; Manelli 16,79%; Agoraa 12,29%.

2.3. – Per soddisfare il requisito di qualificazione richiesto dalla *lex specialis* in OG4, sia la mandataria D'Agostino che la mandante Manelli facevano ricorso all'avvalimento interno della mandante Agoraa, la quale metteva a disposizione di ciascuna delle due imprese ausiliate la propria capacità tecnica operativa come attestata e documentata dall'attestazione SOA per categorie OG4, classifica VIII, e il seguente compendio di risorse: n. 1 direttore tecnico (nella persona dell'ing. Giuseppe Urso); n. 2 dipendenti; gli stessi mezzi ed attrezzature (autocarri, escavatori, furgoni, betoniere, demolitori, bobcat e via dicendo, indicati con gli stessi numeri di targa o di matricola).

2.4. – A propria volta, la mandataria D'Agostino prestava in avvalimento alla mandante Agoraa il requisito di cui al par. 7.3, lett. d), ossia il fatturato specifico per lavori in OG4 svolti nel decennio antecedente all'indizione della gara, all'uopo mettendo a disposizione i pertinenti requisiti di capacità economica, finanziaria e tecnico-organizzativa.

3. – Con nota del 29.10.2019, ANAS chiedeva al RTI di fornire chiarimenti in ordine ai contratti di avvalimento stipulati dal Consorzio Agoraa con le altre due imprese del raggruppamento.

4. – Con nota del 6.11.2019, il RTI forniva i chiarimenti richiesti.

5. – Con provvedimento del 20.11.2019, ANAS disponeva l'esclusione dalla gara del RTI adducendo sostegno due distinti profili ostativi, ovvero:

- in primo luogo, *«la mandante Consorzio Stabile Agoraa Scarl ha messo a disposizione della mandataria D'Agostino Angelo Antonio Costruzioni Generali S.r.l. e della mandante Manelli Impresa S.r.l., l'attestazione SOA nella categoria prevalente OG4 individuando all'interno dei relativi contratti di avvalimento identiche risorse e mezzi che – nelle intenzioni del Consorzio – avrebbero dovuto essere utilizzati in maniera asincrona ed in tempi differenziati»*, mentre *«ai sensi dell'art. 89, comma 1, ultimo inciso, del D.Lgs. n. 50/2016 affinché il contratto non sia nullo (per indeterminatezza dell'oggetto) è necessario che vi sia una adeguata specificazione dei mezzi e del personale richiesti»*;

- in secondo luogo, l'avvalimento prestato dalla mandante Agoraa in favore della mandataria D'Agostino determina *«il capovolgimento dell'ordine di il capovolgimento dell'ordine di grandezza tra mandataria e mandante cosa che, in tutta evidenza, altera illegittimamente l'equilibrio interno al raggruppamento»*.

6. – In data 6.12.2019 il RTI formulava istanza di annullamento in autotutela dell'esclusione dalla gara.

7. – Non avendo ricevuto riscontro all'istanza di cui al punto che precede, con ricorso del 20.12.2019 il RTI D'Agostino ha impugnato dinnanzi a questo Tribunale Amministrativo Regionale il provvedimento di esclusione dalla gara sopra indicata e ne ha chiesto l'annullamento previa concessione di misure cautelari.

A fondamento del ricorso, il RTI ha posto i seguenti motivi:

A) violazione dei principi di buon andamento ed imparzialità, violazione degli artt. 83, c. 8, e 89 del d.lgs. n. 50/2016, eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento e ingiustizia manifesta, con riguardo alla questione

dell'invalidità dei contratti di avvalimento stipulati a favore di D'Agostino e Manelli;

B) violazione dei principi di buon andamento ed imparzialità, violazione degli artt. 48 e 83 del d.lgs. n. 50/2016 e dell'art. 92 del D.P.R. n. 207/2010, eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento e ingiustizia manifesta, con riguardo alla questione del capovolgimento dei ruoli tra la mandataria D'Agostino e il Consorzio Agoraa.

8. – ANAS si è costituita in giudizio per resistere al ricorso.

9. – Con ordinanza n. 3 del 15 gennaio 2020, il collegio ha respinto l'istanza di sospensione cautelare dell'atto impugnato.

10. – In vista dell'udienza pubblica di discussione del ricorso, originariamente fissata per il 24.03.2020, il raggruppamento ricorrente ha depositato memoria. L'ANAS ha depositato memoria di replica.

11. – All'udienza pubblica del 22 settembre 2020 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

12. – È materia del contendere la legittimità dell'esclusione del RTI ricorrente dalla gara indicata in epigrafe.

12.1. – Prima di passare all'esame del ricorso, occorre premettere che, come si desume dalla articolazione della motivazione del provvedimento impugnato (e, in particolare, dall'*incipit* della seconda motivazione: «*A ciò si aggiunga che*»), l'esclusione è stata disposta da ANAS in considerazione di due profili considerati autonomamente ostativi alla partecipazione del raggruppamento, ovvero:

- il mancato assolvimento, nella stipulazione dei contratti di avvalimento tra i componenti del raggruppamento, dell'onere di adeguata specificazione dei mezzi e del personale di cui all'art. 89, c. 1, d.lgs. n. 50/2016;

- il capovolgimento dell'ordine delle grandezze tra mandataria e mandante, con conseguente alterazione dell'equilibrio interno al raggruppamento, determinato dall'avvalimento della mandante Agoraa da parte della

mandataria D'Agostino per l'esecuzione dei lavori nella categoria prevalente OG4 per un ammontare pari al 70,92% del valore complessivo degli stessi.

12.2. – Il provvedimento gravato, essendo basato sulle due ragioni indipendenti sopra sintetizzate, si configura come atto con motivazione plurima (o “plurimotivato”).

Ne consegue che, secondo consolidata giurisprudenza, solo l'accertata illegittimità di tutti i singoli profili può comportare l'illegittimità e il conseguente annullamento dell'atto, mentre l'infondatezza delle censure indirizzate verso uno solo dei motivi su cui esso riposa determina il rigetto del ricorso, con assorbimento delle censure dedotte avverso gli altri capi della motivazione, in quanto la conservazione dell'atto implica la perdita di interesse del ricorrente all'esame delle altre doglianze (cfr. TAR Lazio, Roma, sez. II, 16 settembre 2020, n. 9588; si vedano anche Cons. Stato, sez. VI, 18 luglio 2016, n. 3194; Cons. Stato, sez. IV, 5 febbraio 2013, n. 694; Cons. Stato, sez. IV, 8 giugno 2007, n. 3020; TAR Campania, Napoli, sez. III, 9 febbraio 2013, n. 844).

Trattandosi di provvedimento plurimotivato, infatti, è sufficiente che anche soltanto una delle ragioni poste a fondamento del medesimo – ciascuna autonomamente idonea a legittimare l'esercizio del potere amministrativo – resista ai motivi di gravame affinché il ricorso possa essere rigettato (TAR Campania, Napoli, sez. VII, 23 aprile 2019, n. 2246; Cons. Stato, sez. III, 3 novembre 2016, n. 4611).

13. – Tanto premesso, con la prima doglianza di ricorso il RTI D'Agostino impugna il provvedimento di esclusione dalla gara per cui è causa in relazione al profilo motivazionale concernente il mancato assolvimento dell'onere di specificità dell'avvalimento.

13.1. – Come già accennato, la prima ragione ritenuta dalla Stazione appaltante autonomamente ostativa alla partecipazione del RTI ricorrente risiede nella considerazione che *«la mandante Consorzio Stabile Agoraa Scarl ha messo a disposizione della mandataria D'Agostino Angelo Antonio Costruzioni Generali*

S.r.l., e della mandante Manelli Impresa S.r.l., l'attestazione SOA nella categoria prevalente OG4, individuando all'interno dei relativi contratti di avvalimento identiche risorse e mezzi che – nelle intenzioni del Consorzio – avrebbero dovuto essere utilizzati in maniera asincrona ed in tempi differenziati», mentre «ai sensi dell'art. 89, comma 1, ultimo inciso, del D.Lgs. n. 50 del 2016, affinché il contratto non sia nullo (per indeterminatezza dell'oggetto) è necessario che vi sia una adeguata specificazione dei mezzi e del personale richiesto», in modo da consentire alla stazione appaltante «di comprendere quali siano gli impegni concretamente assunti dall'ausiliaria nei confronti dei concorrenti e di verificare e controllare, in sede di gara e di esecuzione, che la messa a disposizione del requisito non sia meramente cartolare bensì corrisponda a una prestazione effettiva di attività e di mezzi da una impresa all'altra»;

13.2. – Al riguardo, il raggruppamento ricorrente deduce, in sostanza, che l'esclusione dalla gara disposta da ANAS sulla considerazione della invalidità dei due distinti contratti di avvalimento stipulati da Agoraa con le due ausiliate (D'Agostino e Manelli) sarebbe illegittima perché non terrebbe conto del fatto che, sebbene i due atti facciano effettivamente riferimento alle medesime risorse umane e strumentali, in nessuno di essi viene affermato che il prestito sarà *full time* o impegnerà le risorse in simultanea, potendo le stesse essere utilizzate dalle due imprese ausiliate in maniera asincrona, con conseguente assenza dei profili di incertezza rilevati dalla Stazione appaltante. Da qui, secondo il raggruppamento ricorrente, l'illegittimità del provvedimento di esclusione motivato, ai sensi dell'art. 89, c. 1, ultimo periodo, del d.lgs. n. 50/2016, dal difetto di specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria.

13.3. – La censura non è condivisibile.

Come chiarito dalla giurisprudenza, la previsione dell'onere di specificazione delle risorse oggetto dell'avvalimento persegue lo scopo di mettere la stazione appaltante in condizioni di comprendere quali siano gli impegni concretamente assunti dall'ausiliaria nei confronti della concorrente nonché di verificare, in sede di gara, e di controllare, in sede di esecuzione, che la messa

a disposizione del requisito non sia meramente cartolare, ma si sostanzia nella prestazione effettiva, da parte della prima, delle attività e dei mezzi contrattualmente stabiliti.

13.4. – Orbene, risulta dagli atti di causa che con i due contratti di avvalimento stipulati tra il Consorzio Agoraa e la mandataria D'Agostino e tra il medesimo Consorzio Agoraa e la mandante Manelli Impresa S.r.l. ai fini del prestito, da parte dell'ausiliaria alle due ausiliate, del proprio requisito di qualificazione in OG4, class. VIII, la prima ha messo a disposizione delle seconde, oltre al titolo costituito dall'attestazione SOA, le seguenti risorse:

- lo stesso direttore tecnico, indicato nella persona dell'ing. Giuseppe Urso;
- n. 2 addetti, messi a disposizione direttamente ed indirettamente, facenti parte dell'organico dell'ausiliaria, i cui nominativi sarebbero stati comunicati prima dell'inizio dei lavori con le specifiche del relativo contratto;
- attrezzature e mezzi di cui agli elenchi allegati al n. 1 di ciascuno dei due contratti di avvalimento, dai quali si evince che i beni messi a disposizione delle due ausiliate sono i medesimi, essendo essi identificati con gli stessi numeri di targa o di matricola.

13.5. – Sebbene non ricorra l'ipotesi sovente descritta in giurisprudenza (formule contrattuali del tutto generiche ovvero meramente riproduttive del dato normativo o contenenti una parafrasi delle clausole della *lex specialis*), essendo le risorse messe a disposizione da parte dell'ausiliaria indicate con sufficiente grado di specificità nei contratti di avvalimento di cui si discute, deve tuttavia ritenersi che la messa a disposizione, da parte dell'ausiliaria, delle stesse risorse umane e strumentali in favore di D'Agostino e di Manelli sia tale da non permettere, in sede di gara, alla Stazione appaltante di comprendere quali siano esattamente gli impegni assunti in concreto da Agoraa nei confronti di ciascuna delle sue *partner*, e da pregiudicare il controllo della stessa Stazione appaltante in sede di esecuzione, con il rischio di inefficienze nello svolgimento dei lavori dovute all'eventualità della

sovrapposizione delle opere necessitanti l'intervento delle risorse messe a disposizione dall'ausiliaria.

In altri termini, le modalità seguite nella stipulazione dei contratti di avvalimento all'interno del raggruppamento ricorrente sono tali da determinare l'aggiramento dell'onere di adeguata specificazione dei mezzi e del personale messi a disposizione dell'ausiliata, risolvendosi in un'altra forma di prestito meramente cartolare del requisito di partecipazione.

Si deve considerare che nei due contratti in questione viene messo a disposizione delle due ausiliate lo stesso direttore tecnico, nella persona dell'ing. Giuseppe Urso, e che anche i beni strumentali (autocarri, furgoni, betoniere, demolitori, escavatori, bobcat e via dicendo) "prestati" alle due ausiliate sono i medesimi, come si evince dai numeri di targa e di telaio indicati negli elenchi allegati ai due contratti di avvalimento.

Se così è, non può darsi per scontato *a priori* che le lavorazioni implicanti il ricorso, da parte delle ausiliate, alle risorse messe a disposizione dall'ausiliaria potranno sempre svolgersi in tempi diversi ed in modo tale da scongiurare il rischio di sovrapposizioni, come ritenuto dal raggruppamento nella nota di riscontro alla richiesta di chiarimenti della Stazione appaltante e nel ricorso.

Anzi, appare più che ragionevole la preoccupazione, che traspare dalla motivazione del provvedimento, che, essendosi la mandataria impegnata ad eseguire la parte di gran lunga preponderante delle lavorazioni per le quali è richiesta la categoria OG4, per la maggior parte del tempo di esecuzione del contratto l'altra ausiliata sarà impossibilitata a giovare delle stesse risorse messe a disposizione da Agoraa.

Ma, anche a prescindere dall'effettiva possibilità di programmare uno svolgimento asincrono, da parte delle due ausiliate, dei lavori richiedenti le risorse prestate da Agoraa, appare decisiva la considerazione che, se è vero che l'avvalimento non comporta la definitiva spoliazione delle risorse in capo al soggetto ausiliario, quest'ultimo, con il contratto di cui all'art. 89, c. 1, del Codice dei contratti pubblici, «*si obbliga verso il concorrente e verso la stazione*

appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente», obbligo che non può ritenersi compatibile con l'eventualità che la richiesta di impiego di quelle risorse intervenga in un momento in cui le stesse sono impiegate dall'altra ausiliata.

13.6. – Deve dunque ritenersi che i contratti di avvalimento stipulati tra i componenti del raggruppamento ricorrente non permettono alla stazione appaltante di comprendere quali siano gli impegni concretamente assunti dall'ausiliaria nei confronti della concorrente e di verificare, in sede di gara, e controllare, in sede di esecuzione, che la messa a disposizione delle risorse che ne formano oggetto non sia meramente cartolare ma si sostanzia nella prestazione effettiva di attività e di mezzi dall'una impresa in favore dell'altra.

Ne discende il rigetto del primo motivo di ricorso.

14. – Con il secondo motivo di ricorso, il RTI D'Agostino censura il profilo motivazionale del provvedimento di esclusione dalla gara con il quale la Stazione appaltante ha fatto leva sul capovolgimento dell'ordine delle grandezze tra mandataria e mandante, con conseguente alterazione dell'equilibrio interno al raggruppamento, determinato dall'avvalimento della mandante Agoraa da parte della mandataria D'Agostino per l'esecuzione dei lavori nella categoria prevalente OG4.

14.1. – Il motivo riguarda dunque la seconda ragione considerata dalla Stazione appaltante autonomamente ostativa alla partecipazione del raggruppamento alla gara di cui trattasi.

Con il “capo” di motivazione adesso in discorso, ANAS ha rilevato che *«ai sensi degli artt. 48 ed 83 del D.Lgs. 50/2016 e dell'art. 92 del D.P.R. 207/2010, la mandataria di un raggruppamento temporaneo deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria e, pertanto, pur essendo possibile il ricorso all'avvalimento va rispettata la predetta regola per cui la mandataria deve, “in ogni caso”, possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria perché, in caso contrario, di mandataria avrebbe “solamente il nome, ovvero la veste formale”»,* mentre nel caso di specie *«la mandataria D'Agostino Angelo Antonio Costruzioni Generali*

S.r.l. dichiara di voler eseguire i lavori nella categoria prevalente OG4 per un ammontare pari al 70,92% (pur essendo del tutto priva della relativa qualificazione per tale categoria di lavori) avvalendosi, come sopra visto, del requisito messo a disposizione dalla mandante», con conseguente «capovolgimento dell'ordine delle grandezze tra mandataria e mandante cosa che, in tutta evidenza, altera illegittimamente l'equilibrio interno al raggruppamento».

14.2. – Richiamate le considerazioni già svolte in ordine alle ricadute processuali della configurazione del provvedimento impugnato come atto con motivazione plurima, il secondo motivo deve essere dichiarato inammissibile, in ossequio all'orientamento secondo cui, *«in caso di provvedimento plurimotivato, il rigetto della doglianza diretta a contestare una delle ragioni giustificatrici dell'atto lesivo comporta la carenza di interesse della parte ricorrente all'esame delle censure ulteriori volte a contestare le altre ragioni giustificatrici dell'atto medesimo, atteso che, seppur tali ulteriori censure si rivelassero fondate, il loro accoglimento non sarebbe comunque idoneo a soddisfare l'interesse del ricorrente a ottenere l'annullamento del provvedimento lesivo, che resterebbe supportato dall'autonomo motivo riconosciuto sussistente e legittimo»* (cfr. TAR Lazio, Roma, sez. III *ter*, 21 luglio 2020, n. 8500 e la giurisprudenza ivi citata).

15. – In conclusione, il ricorso deve essere respinto.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna il raggruppamento ricorrente al pagamento in favore della parte resistente delle spese legali, che liquida in euro 3.000,00 (euro tremila/00) oltre oneri ed accessori di legge.

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

Così deciso in Perugia nella camera di consiglio del giorno 22 settembre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Potenza, Presidente

Enrico Mattei, Consigliere

Daide De Grazia, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Daide De Grazia

IL PRESIDENTE
Raffaele Potenza

IL SEGRETARIO