

Pubblicato il 26/02/2021

N. 00513/2021 REG.PROV.COLL.
N. 01139/2020 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 della Campania

sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1139 del 2020, integrato da motivi aggiunti, proposto da -OMISSIS- s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Nicola Salvi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Nocera Inferiore, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avvocato Sabato Criscuolo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Centrale Unica di Committenza dei Comuni di Nocera Inferiore, Angri, Mercato San Severino e Castel San Giorgio, non costituita in giudizio;

nei confronti

-OMISSIS-s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Emanuele D'Alterio, con domicilio digitale come da PEC da

Registri di Giustizia;

Trivel Pali s.r.l., non costituita in giudizio;

per l'annullamento, previa sospensiva

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- della determinazione di esclusione della ricorrente – di cui al verbale del 15.7.2020, successivamente notificato – dalla gara indetta per i lavori di miglioramento ed adeguamento sismico -OMISSIS-(-OMISSIS-);

- dell'aggiudicazione definitiva – ove intervenuta – della gara medesima alla controinteressata;

- di ogni altro atto premesso connesso e consequenziale, ivi espressamente compreso, ove occorra, il disciplinare di gara, paragrafo 5 “requisiti di partecipazione alla gara”, recante la richiesta, quale “requisito speciale”, della realizzazione da parte dei concorrenti, “Ai sensi dell’art. 100 d.lgs. n. 50/2016 (...) negli ultimi tre anni, di un intervento di adeguamento o miglioramento sismico di edifici di cui all’elenco B dell’allegato 1 del Decreto della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 21.10.2003, per un importo di esecuzione dell’intervento pari a quello posto a base di gara pari a euro 1.705.500,11 ultimato senza contenziosi regolarmente collaudato” in quanto previsione nulla, che si impugna ai sensi dell’art. 31, comma 4, c.p.a.;

nonché per la dichiarazione di inefficacia del contratto di appalto, eventualmente nelle more stipulato, ed il riconoscimento del diritto della ricorrente al subentro nell’esecuzione del contratto e, solo in subordine, del risarcimento del danno per equivalente;

per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati dalla -OMISSIS- s.r.l. il 28.10.2020:

- della determinazione dirigenziale prot. Settore n. -OMISSIS-con la quale si è proceduto all’approvazione dei verbali di gara ed all’aggiudicazione in favore

della controinteressata dalla gara indetta per i lavori di miglioramento ed adeguamento sismico -OMISSIS-;

- di ogni altro atto premesso connesso e consequenziale.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Nocera Inferiore e della -OMISSIS-s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 febbraio 2021 il dott. Raffaele Esposito e trattenuta la causa in decisione ai sensi dell'art. 25 del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La ricorrente impugna l'esclusione dalla procedura di gara per l'affidamento dei "Lavori di miglioramento ed adeguamento sismico - -OMISSIS-", bandita dal Comune di Nocera Inferiore tramite la propria Centrale di committenza.

Il bando prevedeva quale requisito di partecipazione il possesso di attestazione SOA per le categorie OG1 - classe III, OS21 - classe III e OS30 nonché il "requisito speciale", "ai sensi dell'art. 100 del d.lgs. n. 50/2016" della realizzazione "negli ultimi tre anni, di un intervento di miglioramento o adeguamento sismico di edifici di cui all'elenco B dell'allegato 1 del Decreto della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 21/10/2003, per un importo di esecuzione dell'intervento pari a quello posto a base di gara pari a euro 1.715.500,11 ultimato senza contenziosi e regolarmente collaudato".

Sulla base della documentazione prodotta ai fini della comprova, è stata rilevata la mancanza di quest'ultimo requisito da parte della ricorrente e ne è stata disposta l'esclusione con verbale n. -OMISSIS-.

L'impresa ha infatti eseguito più interventi della specie, la somma dei cui importi consente di raggiungere quello minimo previsto, ma nessuno di importo pari a quello richiesto; la documentazione di gara prevede infatti l'esecuzione di un unico intervento di importo almeno pari all'importo complessivo stimato dell'appalto.

In relazione a tale esclusione, con istanza del 28 aprile 2020, la ricorrente ha chiesto un parere di precontenzioso all'ANAC che, con delibera n. -OMISSIS-, ha ritenuto l'esclusione dell'impresa non conforme alla normativa di settore.

Con il provvedimento n. -OMISSIS-, a seguito della richiesta di ritiro del provvedimento di esclusione in ragione delle valutazioni condotte dalla Autorità di settore, l'Amministrazione ha ribadito l'esclusione, aggiungendo ai motivi già formulati anche la non veridicità delle dichiarazioni rese in fase di partecipazione circa il possesso del requisito in questione.

2. Con ricorso notificato il 14 settembre 2020 e depositato il 25 settembre 2020, la ricorrente insorge avverso il provvedimento di esclusione, lamentando, con unico e articolato motivo di ricorso, che:

- secondo l'art. 60, comma 3, del d.P.R. n. 207/2010 (ancora vigente in virtù dell'art. 216, comma 14, del d.lgs. n. 50/2016) l'attestazione SOA è condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento di lavori pubblici, con conseguente "divieto di aggravamento degli oneri probatori in materia di qualificazione" ovvero di richiedere requisiti ulteriori rispetto a quelli prescritti dalle norme, anche in considerazione il principio generale di cui all'art. 30 del d.lgs. n. 50/2016;

- la clausola della *lex specialis*, ove interpretata nel senso indicato dalla Stazione appaltante, risulterebbe nulla in quanto atipica, ai sensi dell'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016;

- la ricorrente è in possesso di attestazione SOA in corso di validità per le categorie e le classifiche previste e ha dimostrato di aver svolto nel triennio antecedente lavori analoghi per i corrispondenti importi;
- non è possibile fondare la richiesta del requisito controverso sull'art. 100 del citato d.lgs. n. 50/2016, in quanto tale disposizione consente alla Stazione appaltante di pretendere dall'aggiudicatario il possesso di requisiti ulteriori in relazione all'esecuzione del contratto e, di conseguenza, a una fase successiva a quella di gara;
- a seguito del parere ANAC, l'Amministrazione si è limitata a confermare il precedente provvedimento, rilevando il carattere non vincolante dello stesso e fornendo ulteriori ragioni a sostegno della propria determinazione. L'Amministrazione "avrebbe dovuto illustrare quali erano le ragioni che consentivano – in aderenza a principi logici e legali – di poter ulteriormente superare le giuste osservazioni dell'impresa e le corrette conclusioni dell'ANAC";
- alle ragioni già poste a fondamento del primo provvedimento, l'Amministrazione ha aggiunto quella relativa alla presunta falsità della dichiarazione resa in gara, che ben poteva essere rilevata già in occasione del precedente provvedimento o nell'ambito del contraddittorio innanzi all'Autorità di settore;
- la dichiarazione resa in merito al possesso dei requisiti corrisponde alla realtà in quanto l'importo dei lavori realizzati e collaudati negli ultimi tre anni corrisponde a quello previsto, come dimostrato documentalmente e come ammesso dalla stessa Stazione appaltante;
- nessuna falsa dichiarazione può essere configurata rispetto una previsione di gara che deve considerarsi affetta da nullità. "Se una clausola di bando è nulla, e quindi *ab origine tamquam non esset*, nessun profilo di mendacità può essere sollevato rispetto alla medesima, in quanto non può configurarsi alcun obbligo

dichiarativo rispetto al possesso di requisiti che la medesima illegittimamente richiede”;

- con riferimento all'onere di immediata impugnazione del bando di gara, in ragione del carattere immediatamente escludente della clausola relativa al requisito, si precisa che “in nessuna parte dell’art. 5 del disciplinare di gara si prevede che il “requisito speciale” di cui al numero 4) sia previsto a pena di esclusione” e, in ogni caso, lo stesso non può considerarsi immediatamente escludente o impeditivo della partecipazione, in quanto la ricorrente ha fatto affidamento sulla sufficienza dell’attestazione SOA;

- la ricorrente comunque è in possesso del requisito indicato. L’interpretazione del requisito fornita dall’Amministrazione, secondo la quale l’importo indicato deve essere realizzato mediante un’unica commessa, non poteva essere prevista;

- in ogni caso, ove la clausola relativa al requisito debba essere interpretata come escludente, la stessa sarebbe comunque nulla per violazione dell’art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016, con conseguente tempestività dell’impugnazione proposta.

La ricorrente chiede quindi che siano annullati gli atti impugnati, sia dichiarata la nullità della clausola di cui all’articolo 5, punto 4, del disciplinare di gara, sia dichiarata l’inefficacia del contratto eventualmente stipulato o in subordine riconosciuto e liquidato il risarcimento del danno.

3. Con ricorso per motivi aggiunti notificato il 23 ottobre 2020 e depositato il 28 ottobre 2020, la ricorrente impugna la successiva determinazione n. -OMISSIS-, conosciuta il 30 settembre 2020, con la quale l’Amministrazione ha approvato gli atti di gara e aggiudicato la procedura in favore dell’impresa controinteressata; la ricorrente ribadisce i motivi di impugnazione già esposti con il ricorso principale.

4. Si costituiscono l’impresa controinteressata e l’Amministrazione eccependo l’inammissibilità del ricorso per mancata impugnazione del verbale n. - OMISSIS-, di cui il verbale del -OMISSIS- ritualmente impugnato, costituisce

atto confermativo, adottato a seguito della delibera dell'Autorità di settore ma integrato nella parte motivata. L'atto impugnato, in quanto atto di riesame che ha confermato la precedente esclusione seppur con diversa motivazione, non è l'unico lesivo della sfera del ricorrente, pregiudicata altresì dal precedente atto tuttavia non impugnato.

In ogni caso la clausola recante il requisito ulteriore rispetto all'attestazione SOA andava impugnata immediatamente, in quanto immediatamente escludente, con conseguente tardività del ricorso.

5. Alla camera di consiglio 10 novembre 2020, su istanza del ricorrente la causa è cancellata dal ruolo con fissazione dell'udienza pubblica del 9 febbraio 2021, udienza a cui la causa è stata trattenuta in decisione.

6. Occorre preliminarmente rigettare l'eccezione di inammissibilità del ricorso per mancata impugnazione del verbale n. -OMISSIS- in quanto, a seguito del parere ANAC, l'Amministrazione ha ribadito l'esclusione della ricorrente ma ne ha rivalutato la posizione; l'Amministrazione ha infatti provveduto a integrare la motivazione con un'ulteriore ragione di esclusione riferita alla falsità delle dichiarazioni rese circa il possesso del requisito controverso, indice di una nuova istruttoria e una nuova ponderazione dei presupposti provvedimenti.

La determinazione già adottata con il verbale numero -OMISSIS- e la nota prot. n. -OMISSIS- risulta integralmente sostituita da quella assunta con il verbale n. -OMISSIS--, da considerarsi atto confermativo e non meramente confermativo del precedente, in ragione delle ulteriori valutazioni condotte e della rinnovata manifestazione di volontà della medesima Amministrazione, assorbente del precedente con effetto *ex tunc*.

7. Nel merito occorre premettere che:

- il requisito di cui al par. 5, punto 4, del disciplinare di gara prevede che i concorrenti "devono aver realizzato, negli ultimi 3 anni, un intervento di miglioramento o adeguamento sismico di edifici di cui all'elenco B dell'allegato 1

del D.P.C.M. del 21.10.2003, per un importo di esecuzione dell'intervento pari a quello posto a base di gara pari ad euro 1.715.500,11 ultimato senza contenziosi regolarmente collaudato";

- tale requisito è stato previsto a pena di esclusione e per lo stesso è stato escluso l'avvalimento (cfr. FAQ n. 2 e n. 4), essendo necessario peraltro un unico contratto, senza possibilità di cumulare gli importi relativi a più contratti (cfr. FAQ n. 5);

- al punto d) della domanda di partecipazione la ricorrente ha dichiarato "di avere realizzato, negli ultimi 3 anni, un intervento di miglioramento o adeguamento sismico di edifici di cui all'Elenco B dell'Allegato 1 del Decreto della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 21/10/2003, ultimato senza contenziosi regolarmente collaudato", omettendo l'indicazione dell'importo che peraltro non sembra richiesta dal modello di partecipazione.

- nel triennio antecedente allo svolgimento della procedura, la ricorrente ha effettivamente svolto lavori della specie;

- non è possibile pertanto ravvisare una falsità nella dichiarazione medesima, avendo peraltro la ricorrente fatto affidamento sul modello di dichiarazione predisposto dalla Stazione appaltante.

La richiesta di tale requisito non è tuttavia conforme all'ordinamento.

Il sistema di qualificazione mediante attestazione SOA si configura come unico, obbligatorio e vincolante, sia per le stazioni appaltanti sia per le imprese, ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti relativi alle procedure di affidamento di lavori; la *lex specialis* di gara non può pertanto introdurre requisiti di partecipazione ulteriori, economico-finanziari o tecnico-professionali.

Infatti l'art. 60 del d.p.r. n. 207/2010 (ancora vigente in virtù dell'art. 216, comma 14, del d.lgs. n. 50/2016):

- considera, al comma 3, l'attestazione SOA "condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai

fini dell'affidamento di lavori pubblici”;

- preclude, al comma 4, alle stazioni appaltanti la possibilità di chiedere “ai concorrenti la dimostrazione della qualificazione con modalità, procedure e contenuti diversi da quelli previsti dal presente capo, nonché dal capo III del presente titolo”.

Lo stesso art. 84 chiarisce, al comma 1, che “ i soggetti esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 euro, provano il possesso dei requisiti di qualificazione di cui all'art. 83, mediante attestazione da parte degli appositi organismi di diritto privato autorizzati dall'ANAC” e, al comma 4, che “gli organismi di cui al comma 1 attestano: a) l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80 che costituisce presupposto ai fini della qualificazione; b) il possesso dei requisiti di capacità economica e finanziaria e tecnica e professionale indicati all'articolo 83”, ribadendo al comma 5, con l'espressione “sistema unico di qualificazione degli esecutori di contratti pubblici”, il carattere di unicità del sistema di qualificazione relativo ai contratti di lavori.

Ciò trova rispondenza, a contrario, anche nel comma 7 del medesimo articolo secondo cui “per gli appalti di lavori di importo pari o superiore ai 20 milioni di euro, oltre alla presentazione dell'attestazione dei requisiti di qualificazione di cui all'articolo 83, la stazione appaltante può richiedere requisiti aggiuntivi finalizzati: a) alla verifica della capacità economico-finanziaria ... b) alla verifica della capacità professionale per gli appalti per i quali viene richiesta la classifica illimitata. In tal caso il concorrente fornisce evidenza di aver eseguito lavori per entità e tipologia compresi nella categoria individuata come prevalente a quelli posti in appalto opportunamente certificati dalle rispettive stazioni appaltanti, tramite presentazione del certificato di esecuzione lavori; tale requisito si applica solo agli appalti di lavori di importo superiore a 100 milioni di euro”.

Il sistema di qualificazione basato sull'attestazione SOA costituisce un sistema unico per la dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione, con la conseguenza che il possesso dell'attestazione SOA per le categorie e le classifiche corrispondenti ai lavori da eseguire è condizione necessaria e sufficiente per la partecipazione alle procedure per l'affidamento di lavori, senza che sia possibile alla Stazione appaltante individuare ulteriori requisiti di partecipazione e al concorrente dimostrare altrimenti il possesso dei requisiti, salvi i casi espressamente previsti dalla legge.

L'unicità del sistema è finalizzata proprio ad assicurare speditezza nello svolgimento della procedura, linearità nella verifica dei requisiti di partecipazione e standardizzazione dei requisiti stessi in relazione all'oggetto della procedura, a vantaggio delle stazioni appaltanti e delle imprese. (TAR Campania – Salerno n. 1025/2020, Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana n. 559/2017, TAR Lombardia – Brescia n. 337/2017, delibera ANAC, parere di precontenzioso, n. 601/2017 e delibera ANAC relativa al caso di specie n. - OMISSIS-).

Ciò posto, occorre considerare illegittima la richiesta di ulteriori requisiti, che non può essere giustificata, come fa la Stazione appaltante nel caso di specie, sulla base della previsione di cui all'art. 100 del d.lgs. n. 50/2016.

La citata disposizione disciplina i “requisiti per l'esecuzione dell'appalto” ovvero la facoltà della stazione appaltante di richiedere specifiche condizioni per l'esecuzione del contratto, condizioni che i concorrenti devono accettare già al momento della partecipazione e in vista della possibile aggiudicazione e che l'aggiudicatario dovrà poi osservare in fase di esecuzione, al fine di assicurare lo standard realizzativo ad esse connesso.

Tali condizioni costituiscono requisiti di esecuzione e non di partecipazione in quanto volti non a selezionare i concorrenti al momento della partecipazione ma a imprimere all'esecuzione il giusto indirizzo, creando le premesse per un

adempimento corretto sotto il profilo delle esigenze e degli obiettivi della stazione appaltante.

Tali requisiti, quindi, impongono (astrattamente) ai concorrenti e (concretamente) all'aggiudicatario determinate precondizioni di esecuzione, non afferenti all'operatore economico e alle sue caratteristiche soggettive ma alla prestazione oggettivamente considerata, che l'Amministrazione considera essenziali per il raggiungimento dei previsti livelli prestazionali (normalmente relativi ai mezzi impiegati per l'adempimento).

Ciò giustifica la previsione dei citati requisiti nell'ambito dell'art. 100, collocato tra le disposizioni relative all'esecuzione del contratto (titolo V della parte II del d.lgs. n. 50/2016) e separato dagli artt. 83 e 84 relativi ai requisiti speciali di partecipazione, quali criteri di selezione dei concorrenti in vista della partecipazione alla gara.

Può accadere che il medesimo requisito di esecuzione (disponibilità di personale, attrezzature, ecc.) possa essere configurato dalla stazione appaltante come requisito di partecipazione (cfr. art. 83, comma 6, del d.lgs. n. 50/2016); tuttavia, il requisito del "contratto di punta" (cioè aver eseguito un contratto con oggetto analogo e importo tendenzialmente pari a quello da affidare) non può essere configurato come requisito di esecuzione in quanto, pur facendo riferimento all'esecuzione, attiene più direttamente al soggetto (ovvero all'operatore economico, ai fini della selezione) e non all'oggetto (ovvero alla prestazione, ai soli fini dell'esecuzione).

Con riferimento invece ai profili di tempestività dell'impugnazione occorre considerare che, da ultimo, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 22/2020 ha chiarito che la violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione configura un'ipotesi di nullità parziale, che non si estende all'intero provvedimento e che resta confinata alla clausola in questione. La clausola nulla in quanto contrasto con l'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016 non impone al

concorrente l'immediata impugnazione della documentazione di gara recante la clausola che, in quanto nulla, è da considerarsi non apposta. I provvedimenti successivamente adottati e applicativi della medesima clausola, mutuandone l'invalidità, sono da considerarsi illegittimi e vanno impugnati nell'ordinario termine di decadenza, anche al fine di ottenerne l'annullamento per l'illegittimità derivante dalla clausola nulla.

8. In conclusione il ricorso è fondato e va accolto.

Va pertanto disposto l'annullamento del provvedimento di esclusione della ricorrente e di aggiudicazione alla controinteressata.

Tenuto conto:

- dell'interesse della ricorrente all'esecuzione del contratto e di quello dell'Amministrazione a conseguire l'obiettivo di contenimento della spesa in relazione al prescelto criterio di aggiudicazione del minor prezzo;
 - della concreta possibilità del ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati e dell'avanzata fase della procedura in cui è avvenuta l'esclusione;
 - della domanda di subentro proposta e della istanza di "abbinamento al merito" presentata in occasione della camera di consiglio fissata per la trattazione della domanda cautelare;
 - del breve lasso di tempo trascorso dall'avvio dell'esecuzione che, ove avvenuta, è da collocare al più nel mese di novembre 2020, dopo la camera di consiglio volta all'esame della domanda cautelare;
 - i vizi riscontrati non determinano la rinnovazione della procedura ed è possibile il subentro della ricorrente nel contratto, in ragione del criterio di aggiudicazione adottato (criterio del minor prezzo) che non comporta modifiche al progetto a base di gara da parte della singola impresa;
- va dichiarata l'inefficacia del contratto eventualmente stipulato, con decorrenza dalla comunicazione (ovvero notificazione, se anteriore) della presente sentenza.

Sono fatti salvi gli ulteriori provvedimenti dell'Amministrazione relativi alla verifica di anomalia dell'offerta presentata e alla verifica della congruità del costo della manodopera, previsti dal disciplinare di gara, ai fini dell'aggiudicazione e dell'eventuale subentro.

8.1 In considerazione delle oscillazioni della giurisprudenza rilevante ai fini della decisione, solo da ultimo risolte con la citata pronuncia dell'Adunanza Plenaria, è possibile procedere alla compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, sezione staccata di Salerno (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati.

Dichiara l'inefficacia del contratto eventualmente stipulato tra l'Amministrazione e la controinteressata -OMISSIS-s.r.l. a decorrere dal termine indicato in parte motiva.

Spese compensate.

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

Ritenuto che sussistono i presupposti di cui all'art. 52, comma 1, d.lgs. 30 giugno 2003 n. 196, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare persone ed enti.

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 9 febbraio 2021 con l'intervento dei magistrati (collegati da remoto tramite “*Microsoft Teams*”):

Leonardo Pasanisi, Presidente

Pierangelo Sorrentino, Referendario

Raffaele Esposito, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Raffaele Esposito

IL PRESIDENTE
Leonardo Pasanisi

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.