

Pubblicato il 05/10/2023

N. 00547/2023 REG.PROV.COLL.

N. 00329/2023 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 la Emilia Romagna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 329 del 2023, proposto da S2 Costruzioni S.U.R.L., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Ettore Notti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Consorzio di Bonifica della Romagna, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Federico Ventura, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Bologna, via Caprarie n. 7; Ministero dell'Agricoltura della Sovranità Alimentare e delle Foreste, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Bologna, domiciliataria *ex lege* in Bologna, via A. Testoni, 6;

nei confronti

Scalzone Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Clemente Manzo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- della comunicazione del 5 maggio 2023, relativa all'esclusione della ricorrente dalla gara PNRR - Next Generation EU - Missione 2 - Componente 4 - Investimento 4.3 – Distribuzione delle acque del C.E.R. area Pisciatello Rubicone adduzione e distribuzione irrigua delle acque del Canale Emiliano Romagnolo nei comuni di Cesenatico, Cesena, Gambettola, Gatteo, Savignano sul Rubicone - I Stralcio funzionale;
 - della determinazione a contrarre;
 - del bando gara e del disciplinare di gara;
 - degli elementi di valutazione dell'appalto denominato ALL T1;
 - della nomina della commissione;
 - dei verbali di gara delle sedute pubbliche e riservate;
 - della graduatoria dei ribassi offerti;
 - di tutti gli atti presupposti, connessi e/o consequenziali, ivi inclusi, espressamente, il contratto, ove stipulato, e di tutti gli atti esecutivi inerenti l'espletamento dei lavori (verbale consegna lavori);
- nonché per il risarcimento in forma specifica mediante l'aggiudicazione dei lavori ed il subentro nel contratto di appalto ovvero per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consorzio di Bonifica della Romagna e di Scalzone Costruzioni S.r.l. e di Ministero dell'Agricoltura della Sovranità Alimentare e delle Foreste;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 settembre 2023 la dott.ssa Mara Bertagnolli, lette le note con cui ricorrente e controinteressata hanno richiesto il passaggio in discussione della controversia senza discussione e uditi il procuratore di parte ricorrente e l'Avvocatura dello Stato, come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società 2S Costruzioni ha partecipato alla gara per l'aggiudicazione dell'appalto preordinato alla realizzazione dell'opera "Distribuzione delle acque del C.E.R. area Pisciatello Rubicone adduzione e distribuzione irrigua delle acque del Canale Emiliano Romagnolo nei comuni di Cesenatico, Cesena, Gambettola, Gatteo, Savignano sul Rubicone - I Stralcio funzionale", da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Con il ricorso in esame, la società ricorrente lamenta l'illegittimità della propria esclusione dalla gara a causa del fatto che è stata ravvisata la mancanza dei requisiti tecnico-professionali in capo alla stessa (in possesso della qualificazione in OG6 solo per la classifica IIIbis), nonostante la produzione di un contratto di avvalimento con un'impresa qualificata in OG6, classifica VI, come richiesto dal bando.

Al fine di dimostrare la sussistenza del proprio interesse, concreto ed attuale, all'annullamento della propria esclusione ed anche dell'aggiudicazione a favore della ditta risultata prima graduata, la ricorrente ha sostenuto, nel ricorso in esame, che l'offerta dalla stessa presentata avrebbe potuto conseguire, al pari di tutte le altre concorrenti, il punteggio massimo previsto di settanta punti per l'offerta tecnica. Il punteggio massimo, infatti, era previsto fosse attribuito alle offerte recanti l'impegno a garantire tutte le quindici migliorie previste dal capitolato, così come è stato anche per la odierna ricorrente. L'offerta economica di quest'ultima, inoltre, prevedeva un

ribasso del 33,053% sia sulle opere certe che sulle opere opzionali che, secondo la stessa, gli sarebbe valso l'aggiudicazione.

La circostanza è smentita dalla difesa della stazione appaltante che, partendo dai dati forniti dalla ricorrente, ha effettuato il calcolo del punteggio spettante alla stessa e, incontestato il punteggio tecnico, è addivenuta a un risultato, in relazione a quello economico, che non potrebbe comunque garantire alla ricorrente l'aggiudicazione.

Ne deriverebbe la carenza di interesse alla proposizione del ricorso.

A tale definizione in rito della controversia si è opposta la ricorrente, sostenendo di avere comunque l'interesse alla decisione in relazione a un eventuale scorrimento della graduatoria.

Il Ministero, invece, ha chiesto la propria estromissione dal giudizio, attesa l'assenza di ruolo attivo in capo alla struttura ministeriale preposta solo all'erogazione delle risorse economiche.

Dopo la rinuncia alla domanda cautelare e il dispiegamento di ampie repliche della ricorrente alle eccezioni della stazione appaltante, la causa, su conforme volontà delle parti, è stata, quindi, trattenuta in decisione all'udienza pubblica del 27 settembre 2023.

DIRITTO

Deve essere preliminarmente dato atto della carenza di legittimazione passiva del Ministero delle Politiche agricole e forestali, ora Ministero dell'agricoltura, delle sovranità alimentare e delle foreste, che ha espressamente rappresentato tale condizione, sottolineando il proprio ruolo di mero "finanziatore" dell'opera.

Disposta, quindi, l'estromissione dal giudizio dell'Amministrazione statale intimata, si rende opportuno premettere alcune considerazioni generali in relazione all'istituto dell'avvalimento.

Esso è regolato dall'art. 89 del d.lgs. 50/2016, il quale prevede che *"il concorrente allega, altresì, alla domanda di partecipazione in originale o copia autentica il contratto in virtù del quale*

l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto. A tal fine, il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria''.

Si ha, dunque, avvalimento c.d. operativo quando l'ausiliaria si impegna a mettere a disposizione del concorrente le risorse tecnico-organizzative indispensabili per l'esecuzione del contratto di appalto.

In tal caso, un consolidato orientamento giurisprudenziale, impone il rispetto della regola della puntuale indicazione, nel contratto di avvalimento, delle risorse in concreto prestate al concorrente dall'ausiliaria (cfr. Consiglio di Stato, sentenza n. 1120/2020). È, dunque, richiesto alle parti di indicare puntualmente nel contratto i mezzi aziendali messi a disposizione dall'ausiliaria. (cfr. Consiglio di Stato, sentenza n. 953/2018).

Conseguentemente, come recentemente chiarito dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 2784 del 13 aprile 2022, è ammissibile l'avvalimento che abbia ad oggetto l'attestazione S.O.A., purché la messa a disposizione del requisito mancante non si risolva nel prestito di un valore puramente cartolare e astratto (ossia l'astratta attestazione), 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, 21.12.2021, n. 8486); ma perché ciò avvenga realmente è necessaria l'effettiva integrazione dei complessi aziendali dell'ausiliata e dell'ausiliaria. Diversamente il contratto di avvalimento si risolverebbe in una scatola vuota ossia in un trasferimento documentale cui non corrisponde alcun reale intervento dell'ausiliaria nell'esecuzione dell'appalto e, in definitiva, ove non si disponga diversamente, nell'affidamento dell'opera a un concorrente che si è

dichiarato incapace di eseguirla nella sua interezza e che solo “formalmente” si è avvalso dell’attestazione richiesta.

Dunque, deve essere esclusa la validità del contratto di avvalimento che applichi formule contrattuali generiche, ovvero meramente riproduttive del dato normativo o contenenti parafrasi della clausola della *lex specialis* descrittiva del requisito oggetto dell’avvalimento stesso (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 14.06.2019 n. 4024) o che, per la sua genericità non consenta di identificare le esatte funzioni che l'impresa ausiliaria andrà a svolgere, direttamente o in ausilio all'impresa ausiliata, e i parametri cui rapportare le risorse messe a disposizione.

Così delineati i principi che regolano l’istituto dell’avvalimento, 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 OG6, classifica VI (possedendo essa solo la classifica III bis) fosse a tal fine inidoneo ai sensi dell’art. 89 del codice degli appalti come interpretato alla luce dell’ora ricordato orientamento giurisprudenziale.

Il negozio sottoscritto tra ausiliaria e ausiliata fa riferimento a un lungo elenco di mezzi messi a disposizione, di cui taluni del tutto inutili ai fini dell’esecuzione dell’appalto in questione, il che induce a ritenere che si tratti di un elenco non ragionato e generico creato per poter essere utilizzato per qualsiasi possibile contratto.

Peraltro, il contratto non è chiaro nemmeno nel rappresentare se si tratti di mezzi già in disponibilità dell’impresa ausiliaria o che saranno da questa acquisiti con un eventuale contratto di noleggio, di cui, peraltro, nulla è detto.

Ancora più grave risulta essere la carenza sotto il ben più rilevante aspetto delle risorse umane messe a disposizione, attesa la ben nota carenza di esse sul mercato. Il contratto contiene, infatti, l’impegno a mettere a disposizione dell’ausiliata, con contratto di distacco, n. 1 ingegnere, n. 1 architetto, n. 1 geometra, n. 1 operaio, ma

è evidente che ciò non può essere sufficiente a garantire l'esecuzione di un'opera per la quale è previsto l'impiego di manodopera per 1.318.500,00 euro (cui debbono essere aggiunti approssimativamente ulteriori 300.000,00 euro per le opere in opzione) e che deve essere realizzata in termini strettissimi (518 giorni per le opere certe e ulteriori 150 giorni per le opere in opzione).

È pur vero che parte ricorrente sostiene che tale manodopera, unita ai 25 dipendenti di cui essa stessa dispone, sarebbe adeguata a garantire la corretta esecuzione dell'opera, ma tale affermazione non appare condivisibile, dal momento che la classifica posseduta da parte ricorrente (OG6 classifica III bis) consente l'esecuzione di appalti fino a un importo di 1.500.000. Se, dunque, 25 dipendenti garantiscono la capacità di esecuzione di opere per suddetto importo, non è dato comprendere come la disponibilità di una sola unità aggiuntiva nella manodopera operativa (operai) possa garantire l'esecuzione di un appalto di oltre dieci milioni di euro.

Il giudizio di inadeguatezza dell'impegno assunto dall'ausiliare risulta, quindi, immune dai vizi di illogicità e irrazionalità dedotti, laddove ha ritenuto che l'avvalimento prestato dall'ausiliaria sia sostanzialmente cartolare e non sia stato stipulato un vero e proprio accordo preordinato a garantire una collaborazione concreta al fine della puntuale esecuzione dell'appalto in modo da sopperire alla carenza del requisito.

Lo stesso importo assai ridotto del corrispettivo (213.836,94 euro a fronte di un appalto da oltre dieci milioni di euro) conferma tali conclusioni ed induce a ritenere non censurabile la valutazione discrezionale operata dalla stazione appaltante nel giudicare l'avvalimento non idoneo a dimostrare l'impegno della ditta ausiliaria a mettere a disposizione dell'ausiliata la propria organizzazione, mezzi e personale in misura idonea ad assicurare la puntuale esecuzione dei lavori, così come richiesto dalla stazione appaltante nel pretendere il possesso della qualificazione OG6 in classifica VI.

Così respinto il ricorso, le spese del giudizio seguono l'ordinaria regola della soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- dispone l'estromissione dal giudizio del Ministero intimato;
- lo rigetta nel merito;
- condanna parte ricorrente al pagamento delle spese del giudizio, che liquida, a favore della stazione appaltante, della controinteressata e del Ministero nella misura di euro 2.000,00 (duemila/00) ciascuna, per un totale di euro 6.000,00 (seimila/00), oltre ad accessori di legge, se dovuti.

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 27 settembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Andrea Migliozi, Presidente

Mara Bertagnolli, Consigliere, Estensore

Paolo Amovilli, Consigliere

L'ESTENSORE
Mara Bertagnolli

IL PRESIDENTE
Andrea Migliozi

IL SEGRETARIO