



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 1297 del 2024, proposto da:

(...) in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG (...), rappresentata e difesa dall'avvocato D. L., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia ed eletto presso il suo studio in (...);

contro

Comune di (...), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato S. B., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia ed eletto presso lo studio dell'avvocato A. C. in (...);

nei confronti

(...), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato G. D.C., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato M. C. in (...);

(...), (...) e (...), in persona dei legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura (...), domiciliataria *ex lege* in (...);

per l'annullamento

1. del disciplinare di gara, se e in quanto lesivo degli interessi della ricorrente, e in particolare nella parte in cui giustificerebbe l'ammissione in gara della controinteressata per l'appalto PNRR MISSIONE 5 INCLUSIONE E COESIONE - COMPONENTE 3 - INTERVENTI SPECIALI PER LA COESIONE TERRITORIALE – INVESTIMENTO 2 – ADEGUAMENTO FUNZIONALE DEL BENE CONFISCATO PER LA RISTRUTTURAZIONE DI APPARTAMENTI DA DESTINARE A DIMORA SOCIALE E CENTRO ANTIVIOLENZA PER LE DONNE SITI ALLA VIA FELLINI CIG: (...) - CUP (...);

2. del verbale di gara del 18.1.2024 recante ammissione in gara della controinteressata;

3. della determinazione dirigenziale di aggiudicazione dei lavori a favore della controinteressata, di cui si ignorano estremi e contenuti;

4. della nota protocollo partenza n. 2513/2024 del 25.1.2024, recante rigetto dell'istanza di esclusione della controinteressata;

5. della proposta di aggiudicazione a favore della controinteressata, di cui si ignorano estremi e contenuti;

6. della determinazione recante il provvedimento di aggiudicazione a favore dell'Impresa controinteressata;

7. della determina del Responsabile del Settore n. 69 del 19.2.2024, in cui si è dato atto che i lavori sono stati aggiudicati alla controinteressata, con il ribasso offerto del 39,856%, per un importo contrattuale di € 536.396,43 oltre IVA, comunicata il giorno 7.3.2024;

8. della nota protocollo partenza n. 6798/2024 del 7.3.2024;

9. del bando e disciplinare, se e in quanto consentono alla controinteressata di essere iscritta nell'elenco delle imprese di fiducia senza la prescritta e necessaria SOA;

10. di ogni altro atto, provvedimento, determina, delibera propedeutica, connessi o consequenziali agli atti impugnati, se e in quanto lesivi degli interessi della ricorrente;

nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto, ai sensi degli artt. 121 ss. D.lgs. 104/10, ove medio tempore stipulato tra l'Amministrazione Appaltante e l'eventuale ulteriore aggiudicataria in via definitiva della gara, e con espressa richiesta della ricorrente di conseguire l'aggiudicazione della gara, per essere in possesso dei requisiti tecnico/organizzativi e per essere subito disponibile all'immediata stipula del contratto – subentrando, quindi, in luogo dell'aggiudicataria – e all'immediato avvio dei lavori messi a gara.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 giugno 2024 il dott. Giuseppe Esposito e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con lettera d'invito del 21/12/2023 il Comune di (...) attivava una procedura negoziata, per l'affidamento con il criterio del minor prezzo dei lavori indicati in epigrafe (categorie OG1 e OG 11), dall'importo di € 887.637,43, finanziati con risorse del PNRR.

Vi venivano invitate le imprese iscritte nell'Albo dei fornitori dell'Ente, presentando domanda di partecipazione la ricorrente e la controinteressata, in cui favore è stata disposta l'aggiudicazione, con il ribasso del 38,989%.

L'aggiudicazione è stata impugnata, deducendo che la (...) non poteva essere iscritta nell'Albo, per la categoria OG1 non posseduta, conseguendone che avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura di gara e disposto l'affidamento dei lavori alla ricorrente, seconda graduata.

Con l'unico motivo di ricorso è denunciata la violazione del d.lgs. n. 36/2023, del disciplinare di gara e del principio del *favor participationis*, oltre all'eccesso di potere per sviamento della causa tipica, arbitrarietà manifesta e difetto assoluto di motivazione.

Si sono costituiti in giudizio il resistente Comune e la controinteressata, producendo memorie difensive (alle quali ha replicato la ricorrente), nonché le Amministrazioni statali evocate, ai sensi di quanto previsto dall'art. 12-*bis*, co. 4, del D.L. n. 68/2022, convertito con legge n. 108/2022.

L'istanza cautelare è stata respinta con ordinanza del 18/4/2024 n. 806, nel contempo ordinando incumbenti istruttori al Comune, che vi ha provveduto.

Con memoria il (...) ha chiesto di essere estromesso dal giudizio.

Per l'udienza di merito la ricorrente ha depositato documentazione e memoria.

All'udienza pubblica del 5 giugno 2024 il ricorso è stato assegnato in decisione.

DIRITTO

Va preliminarmente disposta l'estromissione dal giudizio dei (...), delle (...).

Come documentato dalla difesa erariale, l'Amministrazione titolare dell'intervento è la PCM - Ministro per il Sud e la Coesione territoriale (pag. 15 della tabella esibita: Missione 5, Componente 3, Investimento 2, "*Valorizzazione dei beni confiscati alle mafie*").

Ai sensi dell'art. 12-*bis*, co. 4, del D.L. n. 68/2022, n. 68, si giustifica pertanto la partecipazione al giudizio unicamente della Presidenza del Consiglio dei Ministri (le cui funzioni sono delegate al predetto Ministro senza portafoglio: D.P.C.M. 12/11/2022).

Venendo all'esame del ricorso, occorre premettere che il Comune di (...) è dotato dell'Albo *on line* dei fornitori e dei professionisti il quale, ai sensi del Regolamento approvato con deliberazione consiliare n.6 del 12/4/2019, è utilizzato – per quanto interessa in questa sede – per l'*“invito ad imprese qualificate ai fini della loro partecipazione a procedure ristrette negoziate”* (art. 2).

Con le censure articolate la ricorrente deduce che:

- la (...) è stata indebitamente individuata tra gli operatori economici legittimati a partecipare alla gara, non essendo in possesso dell'attestazione SOA per la categoria OG1, class. III, e conseguentemente andava esclusa dalla gara;
- l'inclusione nell'elenco *on line* è il frutto di una falsa informazione sul possesso dei requisiti di qualificazione SOA nella categoria merceologica, comportante un'autonoma causa di esclusione (nella memoria finale viene addotto che la controinteressata, inoltre, non ha affatto menzionato l'altra categoria di lavori, OG11);
- stante la carenza del possesso di qualificazione, l'operatore economico non poteva concorrere con il ricorso all'avvalimento, né era attivabile il soccorso istruttorio, per la carenza esistente *ab origine*, all'atto dell'iscrizione al mercato elettronico.

Le censure non sono meritevoli di accoglimento.

Il Collegio intende ribadire quanto già ravvisato in sede cautelare, considerando definitivamente che il Regolamento comunale istitutivo dell'Albo dei fornitori non va interpretato nel senso di richiedere, già all'atto della richiesta di iscrizione, la comprova del possesso dei requisiti di qualificazione, per l'affidamento dei lavori che saranno oggetto delle gare successivamente indette.

L'iscrizione degli operatori economici ha lo scopo di approntare in favore dell'Amministrazione un elenco da cui attingere per invitare le imprese inserite alla partecipazione alle procedure ristrette o negoziate, fatta salva la verifica dei requisiti in quella sede.

Il riferimento nell'art. 2 del Regolamento a imprese "*qualificate*" ha valore descrittivo e, peraltro, che il possesso dei requisiti vada accertato nei confronti dell'aggiudicatario lo si può desumere dall'art. 50, co. 6, del d.lgs. n. 36/2023, con il richiamo alla verifica dei requisiti "*dell'aggiudicatario*", come più compiutamente era stabilito dal previgente art. 36 del d.lgs. n. 50/2016 (art. 36, co. 5: "*Nel caso in cui la stazione appaltante abbia fatto ricorso alle procedure negoziate di cui al comma 2, la verifica dei requisiti avviene sull'aggiudicatario*").

In tale contesto, la tesi di parte ricorrente produrrebbe un'ingiustificata restrizione al libero esplicarsi della concorrenza, atteso che solo le imprese anticipatamente in possesso di attestazioni di qualificazione attinenti alle gare da indire potrebbero essere iscritte, di tal che l'elenco sarebbe ad esse esclusivamente riservato (cfr., Cons Stato - Sez. V, 17/6/2022 n. 4968: "*ad un operatore economico non in possesso dei requisiti, che si può procurare mediante avvalimento, sarebbe impedito di partecipare ad ogni procedura negoziata mentre, e qui il paradosso, non sarebbe impedito di partecipare ad ogni procedura aperta*").

Quanto appena detto, ad avviso del Collegio, deve valere anche per le ipotesi di specie in cui (a differenza della fattispecie esaminata dal Consiglio di Stato) il contratto di avvalimento non era stato precedentemente esibito.

Ciò tenuto conto che esso deve avere un contenuto specifico e concernere la specifica gara, per cui l'impresa interessata può sottoscriverlo per comprovare i requisiti di cui è priva, in occasione della gara a cui è stata invitata.

Sotto tale profilo, non è da trascurare che il Regolamento manifesta l'esigenza di "*ottemperare ai principi generali di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità*" (art. 3).

Conclusivamente, il Regolamento non postula la collocazione nell'Albo delle imprese in base all'attestazione di qualificazione per la categoria (e classifica) dei lavori della quale siano in possesso.

Del resto, tale evidenza dei fatti è resa manifesta dallo stesso comportamento dell'impresa ricorrente, la cui domanda di inserimento nell'Albo (doc. 4 della produzione del Comune del 15/4/2024) indica 6 categorie merceologiche (opere civili edili, lavori impiantistici, stradali e reti infrastrutturali, acquedotti e fognature, opere in ferro-vetro-legno e movimento terra e scavi), senza alcun riferimento alle categorie e classifiche e/o attestazioni SOA.

Sotto questo profilo, è rappresentabile anche l'inammissibilità del ricorso per violazione del divieto di abuso del processo, non potendo la parte dedurre l'illegittimità di una situazione nella quale essa stessa versa (cfr. Cons. Stato - sez. V, 9/10/2023 n. 8761: "*In applicazione del principio del "ne venire contra factum proprium", [...] non è ammesso in giudizio contraddire il proprio comportamento assunto in precedenza, nel tentativo di contestare il comportamento altrui*").

In conclusione, va detto riassuntivamente che nella specie non era necessario, già in fase di inserimento nell'elenco, che gli operatori economici interessati agli appalti del Comune di (...) fossero selezionati e suddivisi in base al possesso di distinte qualificazioni per categoria e classifica dei lavori, restando riservata alla fase di selezione, nel corso della specifica gara, l'accertamento del possesso dei requisiti, consentendo in un'ottica pro-concorrenziale che ciascun operatore possa partecipare anche ricorrendo all'avvalimento, ove carente dei requisiti.

Ne discende che la controinteressata ha potuto partecipare in avvalimento (consentito dalla lettera di invito, corretto con i chiarimenti resi il refuso), acquisendo il requisito prescritto e, in possesso degli altri requisiti di ordine generale e speciale (com'è incontestato), rendendosi aggiudicataria della gara.

Alla stregua delle considerazioni che precedono, previa estromissione dal giudizio dei suindicati (...), il ricorso va interamente respinto, relativamente alla domanda impugnatoria proposta e, necessariamente, alle altre domande formulate, trascritte in epigrafe.

Per la peculiarità della questione, sussistono nondimeno giustificate ragioni per disporre la compensazione per intero delle spese di giudizio tra tutte le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, previa estromissione dal giudizio dei (...), (...), lo respinge. Spese interamente compensate tra tutte le parti.

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

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

Vincenzo Salamone, Presidente

Giuseppe Esposito, Consigliere, Estensore

Pierangelo Sorrentino, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Giuseppe Esposito

IL PRESIDENTE
Vincenzo Salamone

IL SEGRETARIO