

TAR Calabria, Sezione Seconda, Sentenza n. 1050 del 1° luglio 2024

Appalti di lavori – Attestazione SOA – Forma speciale di avvalimento – Funzione pubblicistica di certificazione – Prestito permanente requisiti

Publicato il 01/07/2024

N. 01050/2024 REG.PROV.COLL.

N. 00113/2024 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 113 del 2024, proposto da (...) S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG (...), rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in (...);

contro

Ministero (...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Catanzaro, domiciliataria ex lege in Catanzaro, via G. Da Fiore, 34;

(...) S.p.A, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

(...) Società Cooperativa Consortile a R.L., in persona del legale rappresentante *pro*

tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

del provvedimento di aggiudicazione del 15 novembre 2023, limitatamente al Lotto 3, della procedura di gara aperta suddivisa in 4 lotti, ai sensi degli artt. 54, comma. 4, lett. c) e comma 5, 60 e 145 del D.lgs. n. 50/2016, da realizzarsi mediante piattaforma telematica, per la conclusione di accordi quadro con più operatori economici per l'affidamento dei lavori relativi agli interventi di restauro e rifunzionalizzazione dei complessi architettonici di Santa Chiara (lotto 1), di San Francesco "Creatics" (Lotto 2), della Biblioteca Nazionale (Lotto 3) e del Centro Studi Telesio, Bruno e Campanella (Lotto 4), in attuazione del Contratto Istituzionale di Sviluppo (CIS) "Cosenza - Centro Storico";

nonché di tutti gli atti e verbali di gara nella parte in cui non hanno escluso l'operatore economico (...) Società Cooperativa Consortile a R.L., per mancanza dei requisiti previsti dal bando, e segnatamente il Verbale n. 2 del 5 ottobre 2023, il Verbale n. 4 del 19 ottobre 2023, il Verbale n. 5 ed il Verbale n. 6 del 31 ottobre 2023, limitatamente al Lotto 3;

nonché di ogni altro atto preparatorio, presupposto, collegato, connesso e consequenziale, ancorché non conosciuto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero (...), di (...) Società Cooperativa Consortile a R.L. e di (...) S.p.A. con la relativa documentazione;

Viste le memorie difensive;

Vista l'ordinanza cautelare n. 101 del 16 febbraio 2024;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 giugno 2024 il dott. Vittorio Carchedi 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 bando pubblicato in GURI del 23 giugno 2023 e in GUUE del 28 giugno 2023, (...) S.p.A. (“(...)”) ha indetto, in qualità di Centrale di Committenza, per conto del Ministero (...), ossia la Stazione Appaltante, una procedura di gara, ai sensi degli artt. 37 e 38, comma 1, D.Lgs. n. 50/2016 (essendo la procedura bandita prima dell’entrata in vigore del D.lgs. n. 36/2023), per l’affidamento di n. 4 Lotti separati, relativi a *“Interventi di restauro e rifunzionalizzazione dei complessi architettonici di Santa Chiara (lotto 1), di San Francesco ‘Creatics’ (Lotto 2), della Biblioteca Nazionale (Lotto 3) e del Centro Studi Telesio, Bruno e Campanella (Lotto 4)”*, in attuazione del Contratto Istituzionale di Sviluppo (CIS) *“Cosenza - Centro Storico”*.

2. Ai sensi dell’art. 2 del Disciplinare, la procedura è articolata, per ciascun Lotto, in due Fasi (“Fase 1” e “Fase 2”).

La Fase 1 prevede l’aggiudicazione di un Accordo Quadro, per ciascun Lotto, in favore delle prime due migliori offerte. Con la stipula dell’Accordo Quadro relativo a ciascun Lotto, gli aggiudicatari si impegnano a partecipare al confronto competitivo per l’aggiudicazione del singolo Appalto Specifico di cui alla successiva Fase 2.

La Fase 2 prevede l’aggiudicazione degli Appalti Specifici mediante confronto competitivo tra gli aggiudicatari degli Accordi Quadro, ai sensi dell’art. 54, comma 5, del D.Lgs. n. 50/2016.

3. (...) S.r.l. (“(...)”) ha partecipato alla suddetta procedura di gara con riferimento al Lotto 3, ottenendo un punteggio per l’offerta tecnica, pari a 57,838, ed un punteggio per l’offerta economica, pari a 0,494, e, quindi, un punteggio complessivo di 58,332 punti.

4. Anche (...) Società Cooperativa Consortile a R.L. (“(...)”) ha partecipato alla procedura, ottenendo un punteggio per l’offerta tecnica, pari a 63,711, ed un

punteggio per l'offerta economica, pari a 5,00, e, quindi, un punteggio complessivo di 68,711 punti.

5. Con provvedimento del 15 novembre 2023, (...) ha dichiarato, entrambe le società, aggiudicatarie dell'Accordo Quadro relativo al Lotto 3.

6. Con ricorso notificato il 14 dicembre 2023, (...) ha adito il TAR Lazio per l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione, nonché degli altri atti in epigrafe indicati, nella parte in cui non hanno escluso l'operatore economico (...).

7. Con ordinanza n. 901 del 18 gennaio 2024, all'esito della camera di consiglio del 17 gennaio 2024, il TAR Lazio ha declinato la propria competenza, dichiarando competente a decidere sul ricorso il TAR per la Calabria, sede di Catanzaro, ai sensi dell'art. 13, comma 1, seconda parte, c.p.a..

8. Quindi, con ricorso notificato il 23 gennaio 2024 e depositato in pari data, (...) ha riassunto il giudizio dinanzi a questo Tribunale Amministrativo Regionale.

8.1. Con il primo motivo di ricorso, (...) ha contestato la mancata esclusione di (...), in quanto non sarebbe in possesso "in proprio" dei requisiti di partecipazione richiesti. Infatti, la certificazione SOA presentata evidenzerebbe che (...) si è avvalsa delle risorse messe a disposizione da (...) S.r.l. ("(...)"), ai fini dell'ottenimento delle attestazioni di qualificazione SOA richieste per il Lotto 3 (categorie OG2, OS3, OS28 e OS 30, sostituibili, nei limiti della classifica posseduta, mediante qualifica nella categoria OG11). Secondo parte ricorrente, tale circostanza determinerebbe una violazione dell'art. 146 del D.Lgs. n. 50/2016, il quale, per gli appalti nel settore dei beni culturali, preclude il ricorso all'"*istituto dell'avvalimento di cui all'articolo 89 del presente codice*" e vieterebbe anche la possibilità di dimostrare il possesso delle qualificazioni SOA mediante il c.d. "cumulo alla rinfusa".

8.2 Con il secondo motivo, (...) ha dedotto che (...) non avrebbe presentato neanche il contratto di avvalimento, che risulta solo dall'attestazione SOA, nonché la dichiarazione dell'ausiliaria, violando, così, anche le previsioni dell'art. 89 del

D.Lgs. n. 50/2016.

8.3. Con il terzo motivo, la ricorrente ha, infine, lamentato la mancata esclusione di (...), rilevando che la condivisione delle figure dei direttori tecnici con l'ausiliaria (...) violerebbe l'art. 87 del D.P.R. n. 207/2010 secondo il quale “[i] *soggetti designati nell'incarico di direttore tecnico non possono rivestire analogo incarico per contro di altre imprese qualificate*”.

9. Si sono costituite sia la controinteressata (...) che la Centrale di Committenza (...), eccependo entrambe, preliminarmente, l'inammissibilità del ricorso, per difetto di interesse attuale e concreto ad agire della ricorrente, poiché l'ammissione alla Fase 2 della sola (...) non costituirebbe per essa alcun vantaggio, se non meramente potenziale.

Difatti, pur essendo prevista dal Disciplinare la possibilità di “*procedere all'aggiudicazione dell'Accordo Quadro anche in caso di un'unica offerta valida*”, da ciò non conseguirebbe l'automatica aggiudicazione dell'Appalto Specifico alla ricorrente, poiché la Stazione Appaltante potrebbe ritenere l'offerta per l'Appalto Specifico inadeguata e, pertanto, ai sensi dell'art. 2 del Disciplinare “*non procedere all'aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto dell'Appalto Specifico*”.

10. Nel merito, inoltre, (...) e (...) hanno, anche, eccepito l'infondatezza del ricorso, con argomenti simili.

10.1. In particolare, quanto al primo motivo di ricorso, viene evidenziato come l'attestazione SOA prodotta in gara dalla (...) sia stata intestata direttamente alla (...), nei confronti della quale è stato, quindi, accertato il possesso “in proprio” delle categorie e classifiche indicate, mentre il riferimento contenuto nell'attestazione SOA all'impresa “ausiliaria” costituirebbe semplicemente una “traccia” dell'operazione di acquisizione del controllo della società (...) da parte della (...).

In particolare, (...) avrebbe posto in essere, per l'ottenimento dell'attestazione di

qualificazione, un avvalimento “permanente” o “stabile”, ai sensi dell’art. 88 del D.P.R. n. 207/2010, che è un istituto distinto dall’avvalimento “temporaneo” di cui all’art. 89 del D.Lgs. n. 50/2016, richiamato da parte ricorrente.

In ogni caso, secondo (...) e (...), con la produzione in gara della propria attestazione SOA, la (...) avrebbe dimostrato il possesso dei requisiti necessari per concorrere all’affidamento dell’Accordo Quadro. Tale certificazione è, infatti, immediatamente vincolante per l’amministrazione aggiudicatrice, che nel corso delle verifiche di sua competenza non potrebbe sindacarne la correttezza o veridicità. Eventualmente, parte ricorrente avrebbe potuto contestare l’istruttoria che ha dato luogo al rilascio dell’attestazione SOA in favore della (...) tramite una querela di falso, avanti il giudice ordinario.

10.2. Conseguentemente, non avendo (...) fatto ricorso al cd. avvalimento “temporaneo”, sarebbe infondato anche il secondo motivo di ricorso, poiché non sussisterebbe alcuna violazione dell’art. 89 del D.Lgs. n. 50/2016 e della disciplina dell’avvalimento “temporaneo”, non ricorrendo, nel caso di specie, i presupposti della fattispecie contemplata in tale disposizione.

10.3. Parimenti, sarebbe infondato anche il terzo motivo, poiché l’attestazione SOA risulta intestata alla (...), che possiede, di per sé, tutti i requisiti necessari alla partecipazione alla gara ed all’esecuzione dell’appalto in questione.

Inoltre, nelle proprie memorie, (...) ha precisato che la censura è, comunque, infondata, anche in punto di fatto, poiché i direttori tecnici indicati nella SOA presentata hanno con (...) incarico esclusivo, documentando tale circostanza.

11. Si è costituito solo formalmente anche il Ministero (...).

12. Alla camera di consiglio 14 febbraio 2024, con ordinanza n. 101/2024, è stata fissata, ai sensi dell’art. 55, comma 10, c.p.a., l’udienza pubblica del 12 giugno 2024.

13. È seguito lo scambio di memorie, ai sensi dell’art. 73, con le quali le parti hanno precisato gli argomenti già esposti nei precedenti scritti difensivi.

14. All'udienza pubblica del 12 giugno 2024, la causa è stata trattenuta in decisione.

15. Occorre, preliminarmente, soffermarsi sull'eccezione di inammissibilità del ricorso sollevata da (...) e (...).

Al riguardo, il Collegio ritiene che il vaglio giudiziale sulla sussistenza dell'interesse al ricorso deve essere necessariamente incentrato sull'apprezzamento della possibile lesione dell'interesse legittimo all'aggiudicazione, come prospettato dalla società ricorrente attraverso le censure articolate nei motivi di ricorso.

Nel caso in esame, l'utilità finale che la società ricorrente intende ritrarre dall'accoglimento del presente gravame consiste nell'esclusione dell'altra società aggiudicataria dell'Accordo Quadro e nel successivo (possibile) affidamento dell'Appalto Specifico, rimanendo (...) l'unica aggiudicataria dell'Accordo Quadro ed essendo espressamente contemplata dall'art. 2 del Disciplinare la facoltà "*di procedere all'aggiudicazione dell'Accordo Quadro anche in caso di un'unica offerta valida*".

Né il Collegio ritiene che possa incidere negativamente sulla sussistenza dell'interesse ad agire, come prospettato da parte ricorrente, l'ulteriore facoltà, prevista dall'art. 2 del Disciplinare, di non attivare l'Appalto Specifico oggetto di ciascun Accordo Quadro o di non procedere all'aggiudicazione dell'Appalto Specifico, se nessuna offerta risulti conveniente o idonea, poiché si tratta di facoltà non ancora esercitate dall'amministrazione, rispetto alle quali, dunque, permane, allo stato, una possibilità di affidamento dell'Appalto Specifico e, conseguentemente, una posizione qualificata e differenziata che esprime un interesse concreto, personale e diretto ad agire mediante impugnazione avverso il provvedimento ritenuto illegittimo (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 18 ottobre 2021, n. 6955, che, sebbene in una fattispecie diversa, ha affermato che la mera possibilità di conseguire l'affidamento non far venir meno *sic et simpliciter* l'interesse ad agire, atteso che anche in un tal caso è comunque ravvisabile una *chance* di affidamento, e, dunque, una posizione qualificata e differenziata che legittima ed esprime un interesse concreto).

16. Tuttavia, anche prescindendo dalla questione della sussistenza, nel caso di specie, dell'interesse ad agire da parte della ricorrente, il ricorso è, comunque, infondato nel merito, per le ragioni che seguono.

17. Nella disamina delle censure contenute nel ricorso, che possono essere trattate congiuntamente, la risoluzione del primo motivo risulta indubbiamente dirimente rispetto agli altri motivi, che si presentano come dei corollari del primo.

Orbene, il primo motivo, con il quale è contestata la mancanza “in proprio”, da parte di (...), dei requisiti di qualificazione richiesti dalla *lex specialis*, è infondato.

In proposito, occorre osservare, che, contrariamente a quanto dedotto da parte ricorrente, (...) non ha partecipato alla gara avvalendosi temporaneamente dei requisiti di altri soggetti, ossia della controllata (...).

Infatti, l'attestazione SOA, prodotta in gara e in corso di validità, comprova il possesso “in proprio”, da parte della (...), dei requisiti di qualificazione richiesti.

In merito, va ricordato che “*le SOA, pur avendo natura giuridica di società per azioni di diritto speciale, svolgono una funzione pubblicistica di certificazione, che sfocia nel rilascio di un'attestazione con valore di atto pubblico, sicché la loro attività configura un "esercizio privato di pubblica funzione" e le attestazioni di qualificazione, risultato dell'attività di certificazione delle SOA, sono peculiari atti pubblici, destinati ad avere una specifica efficacia probatoria fino a querela di falso*” (cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. I, 23 ottobre 2020, n. 10822 e Consiglio di Stato, Sez. V, 14 giugno 2021, n. 4622, secondo il quale “*il rilascio delle attestazioni SOA integra una funzione pubblica di certificazione, potendosi equiparare l'attestato SOA ad un atto pubblico che fa fede fino a querela di falso del possesso dei requisiti in esso – appunto – attestati (ex multis, Cons. Stato, VI, 4 luglio 2012, n. 3905; V, 19 aprile 2011, n. 2401)*”).

La pubblica valenza accertativa delle attestazioni SOA trova eco nella previsione dell'art. 60, comma 3, del D.P.R. n. 207 del 2010, secondo il quale “*l'attestazione di qualificazione rilasciata a norma del presente titolo costituisce condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini*

dell'affidamento di lavori pubblici?

Pertanto, il Collegio non può che condividere la giurisprudenza citata dalla controinteressata (...), secondo la quale la qualificazione attestata dalla SOA costituisce requisito necessario e sufficiente per partecipare alle gare per gli affidamenti di lavori pubblici corrispondenti a quelli oggetto dell'attestazione. Conseguentemente, le certificazioni SOA – ove, come nel caso di specie, esistenti e formalmente corrette – sono vincolanti *“per l'Amministrazione, che nel corso delle verifiche di sua competenza circa la sussistenza o meno dei presupposti di partecipazione alla gara dei singoli operatori economici non può sindacarne la correttezza o veridicità, se del caso per discostarsene”* (Consiglio di Stato, Sez. V, 14 giugno 2021, n. 4622, cit.).

Alla stregua di tale orientamento, deve quindi ritenersi che il possesso della qualificazione risulta correttamente attestato tramite la certificazione SOA depositata dalla controinteressata, al cui contenuto (...) si è altrettanto correttamente attenuta, essendovi – come detto – vincolata, consideratane la natura fidefacente.

Né rilevano, come pure sostiene parte ricorrente, le regole dettate dall'art. 89 del D.lgs. n. 50/2016 per l'avvalimento “temporaneo”, trattandosi, nel caso di specie, di un avvalimento “permanente”, non riferito ad una specifica gara, ma finalizzato all'acquisizione della certificazione SOA e, quindi, alla qualificazione permanente dell'operatore economico, che viene abilitato per l'intera durata dell'attestazione SOA alle gare pubbliche (cfr. *ex multis*, TAR Sicilia, Catania, Sez. I, 30 novembre 2022 n. 3114, che esclude l'applicabilità delle regole per l'avvalimento temporaneo, poiché *“la natura permanente del prestito da parte del prestatore e il rapporto tra il quest'ultimo e l'operatore che riceve i requisiti, in ragione della sua specificità, elide in radice la possibilità di assimilare la vicenda in esame alla distinta ipotesi di avvalimento temporaneo e preclude l'applicabilità della disciplina stabilita dall'articolo 89, sesto comma, in tema di avvalimento cd. “a cascata”*”).

Questa speciale forma di avvalimento (prestito permanente dei requisiti),

configurata dall'art. 52 della direttiva CE del 31 marzo 2004 n. 18, è stata prevista dall'art. 50 del D.lgs. n. 163/2006 e disciplinata dall'art. 88 del D.P.R. n. 207/2010. Sebbene l'istituto non sia stato riproposto nel D.lgs. n. 50/2016, la giurisprudenza pacifica lo ritiene ancora operante (cfr. citato TAR Sicilia, Catania, Sez. I, 30 novembre 2022 n. 3114), con la conseguenza che non è possibile attribuire al "prestito permanente" i limiti e i divieti dell'avvalimento "temporaneo", che non lo riguardano, pena la violazione dei principi di "legalità" e "tassatività delle cause di esclusione".

Ne deriva, altresì, che non possono essere adottati vizi, che di fatto si risolvano nella contestazione dell'attestato SOA speso per la qualificazione, i quali, come già detto, andrebbero denunciati attraverso i rimedi accordati dall'ordinamento per far valere la falsità dell'attestazione medesima.

In conclusione, possedendo (...) "in proprio" i requisiti di qualificazione in virtù di un avvalimento "permanente" o "stabile", non può ritenersi sussistere alcuna violazione dell'art. 146 del D.Lgs. n. 50/2016, il quale preclude, per gli appalti nel settore dei beni culturali, il ricorso all'"*istituto dell'avvalimento di cui all'articolo 89 del presente codice*" (primo motivo di ricorso).

Per la stessa ragione, non è neanche ipotizzabile una violazione della disciplina dettata dall'art. 89 del D.Lgs. n. 50/2016 per l'avvalimento "temporaneo" (secondo motivo di ricorso), la quale, come ampiamente detto, non si applica al caso di specie, poiché la (...) non ha fatto ricorso all'avvalimento "temporaneo".

È, infine, infondato anche il terzo motivo di ricorso secondo il quale (...) condividerebbe le figure dei direttori tecnici con la controllata (...) violando l'art. 87 del D.P.R. n. 207/2010, secondo il quale "[i] *soggetti designati nell'incarico di direttore tecnico non possono rivestire analogo incarico per conto di altre imprese qualificate*".

Come documentato da (...), i direttori tecnici in questione hanno con la società un incarico esclusivo ed è, pertanto, infondata, innanzitutto, in fatto, la censura mossa in proposito da parte ricorrente.

18. Per le motivazioni che precedono, il ricorso va, dunque, respinto. Sussistono, nondimeno, giustificate ragioni, attesa la peculiarità delle questioni controverse, per disporre la compensazione per l'intero delle spese di giudizio tra tutte le parti costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Seconda), 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 Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 12 giugno 2024 con l'intervento dei magistrati:

Ivo Correale, Presidente

Francesco Tallaro, Consigliere

Vittorio Carchedi, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Vittorio Carchedi

IL PRESIDENTE

Ivo Correale

IL SEGRETARIO