

Pubblicato il 19/04/2021

N. 04539/2021 REG.PROV.COLL.

N. 08791/2020 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 per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8791 del 2020, proposto da Edil San Felice S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e quale capogruppo mandataria del RTI costituendo con le ditte AVR S.p.A., Infragest S.r.l., Parente Lavori S.r.l., Credentino Costruzioni S.p.A. e Comes S.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Arturo Cancrini e Francesco Vagnucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, piazza di San Bernardo, 101;

contro

Autostrade per l'Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Franco Coccoli, Marco Di Lullo e Lorenzo Aureli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- del provvedimento prot. ASPI/RM/2020/0014641/EU del 21.9.2020 con cui Autostrade per l'Italia S.p.A. ha disposto l'esclusione del RTI Edil San Felice dalla

procedura ristretta volta all'affidamento dell'“appalto di Accordo Quadro per lavori di manutenzione straordinaria e riqualificazione di barriere di sicurezza e acustiche integrate di sicurezza, previsti nell'ambito dei piani di interventi evolutivi della rete stradale – Lotto 5 – CIG 82862215E2 (DT4 – DT5 – DT6)”;

- dei parr. 3.4 e 3.6. del Disciplinare di gara – nella parte in cui essi rispettivamente dispongono che per i raggruppamenti di tipo orizzontale “I requisiti di qualificazione richiesti dal presente disciplinare al precedente punto 2.2 e 2.3, lett. a) [...] devono essere posseduti dalla mandataria o da una singola impresa consorziata, in caso di consorzio ordinario, nella misura minima del 40%, mentre la restante percentuale dovrà essere posseduta cumulativamente dalle mandanti o dalle altre imprese consorziate, ciascuna nella misura minima del 10%. L'Impresa mandataria in ogni caso dovrà possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria, ai sensi dell'art. 83, comma 8, del Codice” e che “I requisiti relativi alle lavorazioni riconducibili alla categoria prevalente e/o alle categorie scorporabili possono essere assunte da un raggruppamento di tipo orizzontale” – ove interpretati nel senso che i requisiti di qualificazione non possano essere soddisfatti anche mediante il c.d. “avvalimento interno”;

- della nota prot. ASPI/RM/2020/0016741/EU del 9.10.2020 con cui Auto-strade per l'Italia S.p.A., in riscontro all'istanza di annullamento in autotutela formulata dal RTI ricorrente in data 28.9.2020, ne confermava l'esclusione adducendo a sostegno ulteriori asseriti profili ostativi;

- 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 Edil San Felice

con conseguente declatoria di inefficacia

del contratto eventualmente nelle more stipulato con il concorrente illegittimo aggiudicatario e subentro nell'esecuzione del contratto eventualmente stipulato ex art. 122 c.p.a.

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 dell'odierna ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Autostrade per l'Italia S.p.A.;

Vista l'ordinanza cautelare n. 7151/2020;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza del giorno 14 aprile 2021 la dott.ssa Lucia Maria Brancatelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La controversia ha ad oggetto la procedura di affidamento del lotto 5 dell'appalto relativo all'accordo quadro per lavori di manutenzione straordinaria e riqualificazione di barriere di sicurezza e acustiche integrate di sicurezza, previsti nell'ambito dei piani di interventi evolutivi della rete autostradale, indetto da Autostrade per l'Italia ("ASPI") con bando dell'8 maggio 2020.

La società Edil San Felice, nella qualità di mandante, ha partecipato alla fase di prequalifica dell'appalto, il cui disciplinare richiedeva al par. 1 il possesso dell'attestazione SOA nella categoria prevalente OG3, Classifica VIII, per un importo di € 20.000.000,00 tramite raggruppamento temporaneo costituendo di tipo

misto con le ditte AVR S.p.A., Infragest S.r.l., Parente Lavori S.r.l., Credentino Costruzioni S.p.A. e Comes S.r.l..

Ai fini dell'esecuzione delle opere ricondotte dal bando nella categoria prevalente OG3, il RTI Edil San Felice prevedeva le seguenti quote d'esecuzione: Edil San Felice: 80,00%; Infragest S.r.l.: 10,00%; Parente Lavori S.r.l.: 10,00%. Per l'esecuzione delle opere relative alla categoria scorporabile OS34, invece, le relative quote venivano assunte, per il 50% ciascuna, dalle mandanti Credentino Costruzioni S.r.l. e Comes S.r.l..

Con il provvedimento del 21 settembre 2020, oggetto di impugnazione, ASPI disponeva l'esclusione del RTI Edil San Felice in quanto a seguito dell'avvalimento infragruppo nei confronti della mandante AVR, utilizzato dalla mandataria Edil San Felice per ottenere la qualificazione nella categoria OG3, Classifica VIII, risultava violato l'art. 83, comma 8 del D. Lgs. 50/2016, secondo cui la mandataria è tenuta ad eseguire in proprio le prestazioni in misura maggioritaria.

A fronte della istanza di annullamento in autotutela presentato dal RTI, ASPI adottava la nota del 9 ottobre 2020, pure impugnata, con la quale oltre a confermare le proprie precedenti determinazioni aggiungeva un altro profilo ostativo, secondo cui *“con riferimento al subraggruppamento per la categoria OS34 (composto da: Credentino Costruzioni S.p.A. 50% - Comes S.r.l.50%) risulta in ogni caso violata la disposizione di cui all'art. 83, comma 8, del D.Lgs. n. 50/2016 s.m.i. Nessuno dei due partecipanti al citato subraggruppamento, infatti, assumerebbe, anche solo di fatto, il ruolo di mandatario né svolgerebbe le prestazioni in misura maggioritaria”*.

L'esclusione è stata impugnata in relazione a un unico, articolato, motivo, con cui parte ricorrente deduce: che l'avvalimento interno o infragruppo prestato dalla mandante AVR in favore della mandataria Edil San Felice doveva ritenersi consentito, in quanto l'art. 83 comma 8 del d.lgs. n. 50/2016 deve essere interpretato, alla luce della disciplina comunitaria in materia di avvalimento, nel

senso di consentire alla mandataria di raggiungere la percentuale di qualificazione richiesta al fine di assumere lo *status* di capogruppo anche attraverso l'avvalimento stipulato con altra impresa del medesimo raggruppamento.

Quanto all'ulteriore profilo ostativo alla partecipazione della ricorrente alla gara, rappresentato da ASPI a seguito della richiesta di annullamento in autotutela, la ricorrente deduce che avrebbe dovuto formare oggetto di contraddittorio procedimentale, e che, comunque, sotto il profilo sostanziale, l'RTI avrebbe senz'altro potuto procedere ad una rimodulazione delle relative quote di partecipazione nell'ambito del sub-raggruppamento orizzontale in OS34, in quanto: la mandataria Edil San Felice è qualificata ed esegue la parte maggioritaria dell'intero appalto (54,29%); le disposizioni di cui all'art. 92, comma 2, del d.P.R. n. 207/2010 – applicabili ai sub-raggruppamenti orizzontali costituiti per l'esecuzione dei lavori afferenti alle distinte categorie – attengono esclusivamente al possesso dei requisiti di qualificazione e non già all'esecuzione delle relative prestazioni; al di là della quota di esecuzione, ripartita al 50% e 50%, le due mandanti Credentino Costruzioni e Comes sono entrambe munite di apposita qualificazione per l'esecuzione delle lavorazioni afferenti alla categoria scorporabile OS34.

La ricorrente, pertanto, ha chiesto la riammissione in gara, riservandosi anche di agire per il risarcimento in forma generica con separato giudizio.

ASPI si è costituita in giudizio, chiedendo la reiezione del ricorso siccome infondato. Alla camera di consiglio del 18 novembre 2020, tenuto conto della necessità di approfondire le questioni prospettate nella fase del merito e in ragione della prevalenza dell'interesse di parte ricorrente di mantenere inalterate le proprio *chances* di aggiudicazione, è stata disposta l'ammissione con riserva del raggruppamento alle fasi successive della procedura di affidamento.

In vista dell'udienza fissata per la trattazione della controversia le parti hanno fatto presente, quanto alle censure relative alle ragioni dell'esclusione espresse da ASPI

nel provvedimento del 21 settembre 2020 e relative alla violazione dell'art. 83, comma 8 del D. Lgs. 50/2016 in ragione del ricorso da parte della mandataria Edil San Felice all'avvalimento interno, che il CGA con ordinanza del 24 novembre 2020, n. 1106, ha rimesso alla Corte di giustizia UE il quesito di diritto relativa alla compatibilità con la disciplina eurounitaria in materia di avvalimento della previsione nazionale di cui al richiamato art. 83, comma 8, *“nel senso che in caso di ricorso all'istituto dell'avvalimento (di cui all'art. 89 dello stesso Codice dei contratti), in ogni caso la mandataria deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria”*.

All'udienza del 14 aprile 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

Il Collegio ritiene di poter prescindere dalle censure formulate dalla ricorrente avverso il provvedimento del 21 settembre 2020, che afferiscono alla corretta interpretazione delle prescrizioni imposte in capo alla mandataria ai sensi dell'art. 83, comma 8 del Codice dei Contratti nel caso di ricorso all'avvalimento infragruppo, questione che è attualmente sottoposta all'esame della CGUE, in quanto l'esclusione del raggruppamento dalla gara risulta plurimotivata, essendo basata su due distinte ragioni, ciascuna delle quali autonomamente idonea a rendere fondata la decisione finale della stazione appaltante.

Siffatta esclusione è, infatti, dipesa anche dall'ulteriore motivo dedotto da ASPI con la nota del 9 ottobre 2020, in cui ha rilevato che, a prescindere dall'ammissibilità del ricorso all'avvalimento interno da parte della mandataria Edil San Felice per ottenere la qualificazione nella categoria OG3, dalla domanda di partecipazione emergeva che nel sub-raggruppamento OS34 le prestazioni erano suddivise tra la Credentino Costruzioni s.p.a. e la Comes s.r.l. al 50% ciascuno, di talché nessuna di tali imprese raggruppate avrebbe assunto il ruolo di mandataria nell'ambito di tale sub-raggruppamento né eseguito le prestazioni in misura maggioritaria, in violazione del principio recato dal citato art. 83, comma 8, del Codice.

Il Collegio osserva, in primo luogo, che la circostanza che l'ulteriore profilo ostativo alla partecipazione alla gara sia stato reso all'esito di una richiesta di annullamento in autotutela non inficia la legittimità della determinazione, in quanto eventuali censure di carattere procedimentale non assumono portata invalidante, attesa la pacifica correttezza del dato fattuale riportato dalla stazione appaltante e la natura vincolata della decisione assunta, in ragione del contrasto con la richiamata norma di legge.

In proposito, deve rammentarsi che anche ai sub-raggruppamenti devono applicarsi le disposizioni previste per i raggruppamenti di tipo orizzontale, ivi compreso l'art. 83, comma 8, del Codice e, pertanto, la mandataria del sub-raggruppamento è tenuta ad eseguire le prestazioni in misura maggioritaria (in termini, cfr. Cons. Stato, sez. V, 9 dicembre 2020, n. 7751).

Nel caso in esame, parte ricorrente ha indicato, in relazione al sub-raggruppamento OS34, una quota pari al 50% tra le due mandanti Credentino Costruzioni e Comes. Sostiene, però, che ciò non avrebbe potuto comportare l'esclusione dalla gara in quanto ASPI avrebbe dovuto ammettere il raggruppamento a soccorso istruttorio, onde consentire una modifica delle quote di esecuzione del sub-raggruppamento OS34 in modo tale da stabilire quale tra le due mandanti (Credentino e Comes) avrebbe assunto il ruolo di (sub)mandataria.

La tesi di parte ricorrente non è accettabile.

Premesso che pacificamente il soccorso istruttorio non può essere utilizzato per porre rimedio ad errori contenuti nell'offerta, pena la violazione della *par condicio* tra i ricorrenti, deve ribadirsi il principio, più volte richiamato dalla giurisprudenza, secondo cui non è consentito a un r.t.i. una modifica sostanziale della propria offerta, “*tale dovendosi ritenere la diversa ripartizione delle quote tra le componenti il raggruppamento*” (così Cons. Stato, Sez. V, 9 marzo 2020, n. 1671; 12 febbraio 2020 n. 1074).

Avuto, poi, specificamente riguardo all'ipotesi di un sub-raggruppamento orizzontale all'interno di un raggruppamento misto, contraddistinto dalla

suddivisione paritaria al 50% delle quote di esecuzione, si è affermato che il concorrente deve essere escluso dalla gara in ragione della mancata individuazione dell'impresa sub-mandataria. In proposito, non è significativo che entrambe le imprese partecipanti al sub-raggruppamento orizzontale siano astrattamente in possesso dei requisiti per svolgere i lavori e assumere la veste di sub-mandataria, in quanto ciò che rileva è, al contrario, che nessuna di dette imprese è stata designata, neppure implicitamente, quale mandataria, né ha speso in misura prevalente sull'altra i requisiti ai sensi dell'art. 92, comma 2, d.p.r. n. 207 del 2010 o è stata designata all'esecuzione in via maggioritaria ex art. 83, comma 8, d. lgs. n. 50 del 2016. Carenze, queste, che sono state ritenute non passibili di soccorso istruttorio - perché non afferenti a profili od irregolarità formali, bensì alla conformazione strutturale del concorrente, analogamente all'ipotesi considerata dall'Adunanza Plenaria n. 6 del 2019 - e idonee a determinare l'esclusione del raggruppamento a prescindere dal possesso dei requisiti in capo ai suoi singoli componenti (così Cons. Stato Sez. V, 31 luglio 2019, n. 5427; 12 gennaio 2021, n. 400).

Dunque, alla luce della omessa individuazione della mandataria in relazione al sub-raggruppamento OS34, l'esclusione disposta da ASPI nei confronti del r.t.i. Edil San Felice si palesa legittima e il ricorso deve essere conseguentemente respinto.

Le spese, attesa la peculiarità e complessità delle questioni sottoposte, possono compensarsi tra le parti.

P.Q.M.

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

Compensa le spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio mediante collegamento da remoto del giorno 14 aprile 2021 con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Laura Marzano, Consigliere

Lucia Maria Brancatelli, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Lucia Maria Brancatelli

IL PRESIDENTE
Antonino Savo Amodio

IL SEGRETARIO