

Pubblicato il 13/04/2021

N. 04289/2021 REG.PROV.COLL.

N. 10653/2020 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 Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10653 del 2020, proposto da Coculo Terenzio e Figli S.r.l, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Raffaele Bifulco, Carlo Contaldi La Grotteria, Paolo Pittori, Cristiana Lauri, con domicilio digitale come in atti e domicilio eletto in Roma, Lungotevere dei Mellini, 24;

contro

Roma Capitale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Marina Di Luccio, con domicilio digitale come in atti e domicilio eletto in Roma, via del Tempio di Giove 21;

nei confronti

La Fenice S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Delfino, Alessandro Balzano, con domicilio digitale come in atti;

per l'annullamento

- del disciplinare della gara avente ad oggetto la conclusione di un Accordo Quadro per l'appalto di lavori di “Manutenzione ordinaria e di decoro urbano su aree verdi, ludiche e su tutte le altre aree e/o strutture consimili di proprietà o in uso a Roma Capitale, in consegna al Municipio XIII – Roma Aurelio” (CIG: 8395862480) approvato con determina a contrarre rep. CS/1016/2020 del 20.8.2020 adottata con determinazione dirigenziale prot. CS/61065/2020 del 20.8.2020, nella parte in cui ammette il ricorso all'istituto dell'avvalimento anche per l'acquisizione del requisito speciale SOA richiesto dalla stazione appaltante come condizione di partecipazione;
- del verbale di estrazione dall'albo fornitori delle ditte invitate alla procedura, atto al momento non conosciuto;
- del provvedimento di aggiudicazione prot. CS/88630/2020 del 25.11.2020 adottato con determinazione dirigenziale rep. CS/1544/2020 del 25.11.2020 e comunicato alla ditta ricorrente con atto prot. CS/88868/2020 del 26.11.2020; nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto d'appalto eventualmente *medio tempore* stipulato con la ditta controinteressata, con conseguente subentro della ditta ricorrente nel contratto medesimo, per la parte non ancora eseguita;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Roma Capitale e di La Fenice S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 31 marzo 2021, tenutasi mediante collegamento da remoto, la dott.ssa Giovanna Vigliotti 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 determinazione dirigenziale prot. CS/61065/2020 del 20.8.2020, il Municipio XIII di Roma Capitale indiceva la gara per la conclusione di un Accordo Quadro, senza previa pubblicazione del bando, ai sensi dell'art. 36, co. 2, lett. c-bis), d.lgs. 50/2016, da aggiudicare con il criterio del minor prezzo, ai sensi dell'art. 36, co. 9, d.lgs. 50/2016, per l'appalto di lavori di "Manutenzione ordinaria e di decoro urbano su aree verdi, ludiche e su tutte le altre aree e/o strutture consimili di proprietà o in uso a Roma Capitale, in consegna al Municipio XIII – Roma Aurelio" nel periodo intercorrente fra l'1.10.2020 ed il 31.12.2021. L'importo complessivo dei lavori a base d'asta era pari a € 950.000,00.
2. L'Amministrazione prevedeva che l'individuazione del contraente avvenisse attraverso il Me.PA, mediante Richiesta di Offerta (RdO), con invito rivolto ad almeno 15 operatori economici attivi nel settore di riferimento, ossia quello della manutenzione del verde e del decoro urbano su aree verdi, e abilitati nel livello di qualificazione 'SOA Classifica OS 24 per la classifica III'.
3. Nell'elenco dei 18 fornitori invitati compariva, oltre alla società ricorrente, anche La Fenice S.r.l., ditta che, al fine di dotarsi del requisito richiesto dalla stazione appaltante, si avvaleva dell'attestazione categoria OS 24 per la classifica IV-bis della società Imera S.r.l.
4. Dei 18 fornitori invitati solo La Fenice e la società ricorrente presentavano offerta.
5. All'esito della valutazione delle offerte presentate, l'appalto veniva aggiudicato a La Fenice con determinazione dirigenziale rep. CS/1544/2020 del 25.11.2020.
6. Con il ricorso introduttivo del presente giudizio, la società ricorrente ha impugnato il disciplinare di gara, nella parte in cui ammette il ricorso all'istituto dell'avvalimento anche per l'acquisizione del requisito speciale SOA richiesto come condizione di partecipazione, nonché la Determina di aggiudicazione dell'appalto, prospettando le seguenti censure:

1. *Illegittimità del disciplinare di gara per violazione della determina a contrarre nonché dell'ammissione de La Fenice S.r.l. alla Gara. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 36, co. 2 lettera c/bis d.lgs 50/2016, dell'art. 1, c.2 lett.b) del d.l. 76/2020 e delle Linee Guida Anac n. 4. Eccesso di potere per contraddittorietà, difetto di istruttoria e travisamento dei fatti. Violazione del principio di parità di trattamento.*

2. *Illegittimità dell'aggiudicazione disposta in favore de La Fenice S.r.l. Assenza del requisito speciale dell'attestazione SOA. Nullità del contratto di avvalimento per assenza di corrispettivo. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 89 co.1 d. lgs.50/2016. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e travisamento dei fatti. Violazione del principio di parità di trattamento.*

7. Si sono costituite in giudizio sia Roma Capitale che la società controinteressata, argomentando per l'infondatezza del ricorso e chiedendone l'integrale rigetto.

8. All'udienza del 31 marzo 2021, la causa è stata trattenuta per la decisione.

9. Il Collegio ritiene che il ricorso sia infondato e che, pertanto, debba essere respinto per le ragioni che si illustrano nel prosieguo.

10. Con il primo motivo di ricorso, la ricorrente sostiene che il disciplinare di gara avrebbe illegittimamente ammesso il ricorso all'avvalimento per la categoria SOA OS-24 in aperta violazione della determina a contrarre con la quale Roma Capitale ha indetto la procedura di gara. Secondo la prospettazione della ricorrente, con la determina a contrarre Roma Capitale avrebbe inteso invitare alla gara le sole imprese già in possesso della suddetta SOA.

11. La tesi sostenuta non può essere condivisa. La Determinazione Dirigenziale CS/1016/2020 del 20/08/2020 prevedeva che “...la partecipazione alla gara è consentita a tutti i soggetti che, secondo le indicazioni degli atti di gara, risultano in possesso della qualificazione SOA regolarmente autorizzata e in corso di validità nella categoria OS24 per la classifica III...”.

12. E' evidente, pertanto, dalla mera lettura della disposizione sopra riportata, che la determina a contrarre rinviava agli atti di gara (tra i quali rientra a tutti gli effetti il

disciplinare di gara) l'individuazione delle modalità attraverso le quali le imprese interessate avrebbero potuto soddisfare la richiesta di possesso dei requisiti necessari per la partecipazione alla procedura negoziata. Del tutto legittima appare, pertanto, la previsione del bando di gara che ha consentito il ricorso all'avvalimento per l'acquisizione del requisito in questione in applicazione dei principi di massima partecipazione e libera concorrenza con la finalità di ampliare la platea dei possibili contraenti.

13. Con il secondo motivo di ricorso, la ricorrente eccepisce l'illegittimità dell'aggiudicazione disposta in favore de La Fenice per carenza del requisito di ordine speciale richiesto dalla legge di gara (attestazione SOA OS24). Tale carenza sarebbe determinata dalla nullità per assenza di corrispettivo del contratto di avvalimento con la quale la Imera s.r.l. - impresa ausiliaria - ha messo a disposizione di Fenice s.r.l. il requisito relativo alla categoria SOA OS24.

14. Secondo la prospettazione della parte ricorrente, il contratto di avvalimento stipulato tra La Fenice e Imera sarebbe nullo per assenza di un elemento essenziale: il prezzo o, più precisamente, la causa in concreto, intesa quale sintesi degli interessi che il singolo negozio è concretamente diretto a realizzare.

15. Anche il secondo motivo di ricorso è infondato alla luce del rapporto intercorrente tra l'impresa ausiliata e l'impresa ausiliaria le quali fanno parte del medesimo Consorzio Stabile (Consorzio Stabile 3 Emme – Difesa, Ambiente e Territorio), informazione che benché non fosse espressamente contenuta nel testo del contratto di avvalimento era conosciuta dall'Amministrazione in quanto riportata proprio nei certificati SOA prodotti dalla controinteressata in sede di gara.

16. In ragione del rapporto esistente tra le due imprese, la mancata previsione di un corrispettivo in favore dell'impresa ausiliaria, a fronte della messa a disposizione delle competenze tecniche acquisite e delle risorse strumentali espressamente individuate nel contratto di avvalimento, non è idonea a far venir meno la natura

onerosa del contratto stipulato, intensa come sussistenza di un interesse patrimoniale in capo all'ausiliaria, *“che può avere carattere diretto (cioè consistere in un'utilità immediata) o anche solo indiretto, purché effettivo”* (TAR Lazio, Roma, III, 6 dicembre 2019, n. 14019).

17. Ai sensi dell'articolo 45 del D.Lgs 50/2016, le imprese facenti parte di un Consorzio Stabile decidono, infatti, di operare nell'arco temporale di durata del contratto consortile in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici. Nei rapporti interni, le imprese consorziate attuano le finalità perseguite anche attraverso l'individuazione di modalità concordate di partecipazione alle procedure di gara mediante il ricorso agli istituti dell'avvalimento e del subappalto.

18. Nell'ottica consortile, l'aggiudicazione di un appalto in favore di una delle consorziate vale di per sé ad integrare un interesse indiretto di natura economico-patrimoniale per le altre consorziate e per il Consorzio stesso in quanto incrementa il curriculum professionale della consorziata e il fatturato specifico nel settore di riferimento, con evidente vantaggio per l'intera compagine consortile in vista della partecipazione a future procedure di gara.

19. Inoltre, come avvenuto nella fattispecie, spesso accade che in caso di aggiudicazione in favore di una consorziata, quest'ultima affidi in subappalto ad una o più consorziate una quota dei lavori, servizi o forniture.

20. La documentazione agli atti dimostra che la sussistenza di un interesse economico-patrimoniale in capo all'ausiliaria, che era già insito nel contratto di avvalimento in ragione dell'appartenenza delle due società al medesimo Consorzio Stabile, si è ulteriormente concretizzata attraverso la successiva indicazione dell'ausiliaria come subappaltatrice in relazione alla commessa oggetto del presente giudizio. D'altro canto, la controinteressata, in sede di gara, aveva già effettuato la dichiarazione di subappalto nella quale si impegnava, nei limiti di legge, a

subappaltare i lavori relativi alla categoria OS 24, III, ovvero sia esattamente il requisito oggetto del contratto di avvalimento con Imera.

21. La ulteriore documentazione depositata in giudizio dalla controinteressata mostra, altresì, che la *partnership* con la società ausiliaria era regolata da un accordo precedente alla sottoscrizione del contratto di avvalimento oggetto del presente giudizio, con il quale le due società si impegnavano reciprocamente a mettere a disposizione i propri requisiti attraverso l'istituto dell'avvalimento, impegnandosi in caso di aggiudicazione delle commesse oggetto di avvalimento a far eseguire all'ausiliaria una quota parte dei lavori in subappalto nel limite minimo del 20%.

22. Alla luce dei rilievi esposti, il Collegio ritiene che nella fattispecie non sia ravvisabile un'ipotesi di nullità del contratto di avvalimento in quanto la natura onerosa dello stesso appare determinabile sulla base degli ordinari canoni ermeneutici e di integrazione contrattuale (al riguardo TAR Lazio, sez. II ter n. 4071/2017) in virtù dei quali possono essere valorizzati anche elementi esterni al testo contrattuale che rappresentino il contesto e i presupposti di fatto e di diritto del negozio concluso.

23. Si ritiene che, in ragione della peculiarità della fattispecie, sussistano giusti motivi per compensare tra le parti le spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (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 Roma nella camera di consiglio del giorno 31 marzo 2021, tenutasi mediante collegamento da remoto, con l'intervento dei magistrati:

Francesco Riccio, Presidente

Eleonora Monica, Primo Referendario

Giovanna Vigliotti, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Giovanna Vigliotti

IL PRESIDENTE
Francesco Riccio

IL SEGRETARIO