

Publicato il 16/07/2020

N. 03158/2020 REG.PROV.COLL.

N. 04122/2019 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 della Campania**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 4122 del 2019, integrato da motivi aggiunti,  
proposto da  
R.S. Appalti S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e  
difesa dall'avvocato Mario Caliendo, con domicilio digitale come da PEC da Registri  
di Giustizia e domicilio fisico eletto in Napoli alla via P. Colletta n. 12;

***contro***

Agenzia Nazionale per l'Attrazione degli Investimenti e lo Sviluppo D'Impresa  
S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa  
dall'avvocato Massimo Collà Ruvolo, con domicilio digitale come da PEC da  
Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto in Napoli al Centro Direzionale Isola  
G/1;

Comune di Casal di Principe (non costituito in giudizio);

***nei confronti***

ATI costituita tra “LMN Costruzioni” s.r.l., “Magila Costruzioni soc. coop” a r.l., in p.l.r.p.t., rappresentate e difese dall'avvocato Luigi Maria D'Angiolella, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il suo studio in Napoli, viale Gramsci n. 16;

***per l'annullamento***

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

1. Del bando e disciplinare per l'affidamenti dei lavori di “messa in sicurezza della viabilità Comunale nel Comune di Casal di Principe – collegamenti svincolo Nola – Villa Literno con Santuario Villa di Briano, accesso centro abitato e circumvallazione esterna di collegamento ai comuni di Villa Literno e San Cipriano d’Aversa” se ed in quanto lesivo degli interessi della ricorrente;
2. Della Determina Dirigenziale del 10.9.2019 emessa dalla Invitalia e recante l’aggiudicazione definitiva della gara per l’affidamento dei lavori di “messa in sicurezza della viabilità Comunale nel Comune di Casal di Principe – collegamenti svincolo Nola – Villa Literno con Santuario Villa di Briano, accesso centro abitato e circumvallazione esterna di collegamento ai comuni di Villa Literno e San Cipriano d’Aversa” a favore del RTI resistente;
3. Del verbale di gara n. 1 del 24.7.2019;
4. Del verbale di gara n. 2 del 26.7.2019;
5. Del verbale di gara n. 3 del 6.8.2019;
6. Del verbale di gara n. 4 del 7.8.2019;
7. Della proposta di aggiudicazione n. 108454 del 6.9.2019 disposta a favore della controinteressata;
8. Della determina di aggiudicazione dei lavori a favore del RTI resistente;
9. Degli atti di approvazione della gara disposti dal Comune di Casal di Principe;

10. Di ogni altro atto, provvedimento, determina, delibera propedeutica, connessa o consequenziale degli atti impugnati e se ed in quanto lesivi degli interessi della ricorrente;

11. Del provvedimento della Invitalia e del Comune di Casal di Principe recante il rigetto delle deduzioni difensive notificate al fine di ottenere la esclusione della controinteressata in gara;

Nonché per la declaratoria:

Di inefficacia del contratto di appalto, ai sensi degli artt. 121 e ss. D.lgs. 104/10, ove medio tempore stipulato tra l'Amministrazione Appaltante e l'eventuale ulteriore aggiudicataria in via definitiva alla gara e con espressa;

Per quanto riguarda i motivi aggiunti depositati in data 14 novembre 2019:

12. di tutti gli atti già impugnati con il ricorso nonché del provvedimento della Invitalia e del Comune di Casal di Principe recante il rigetto delle deduzioni difensive notificate al fine di ottenere la esclusione della controinteressata in gara;

13. Del provvedimento 29.10.2019 emesso dalla Invitalia.

Nonché per la declaratoria:

di inefficacia del contratto di appalto, ai sensi degli artt. 121 e ss. D.lgs. 104/10, ove medio tempore stipulato tra l'Amministrazione Appaltante e l'eventuale ulteriore aggiudicataria in via definitiva alla gara e con espressa richiesta:

di conseguire l'aggiudicazione della gara, per essere in possesso dei requisiti tecnico/organizzativi e per essere subito disponibile e all'immediata stipula del contratto – subentrando, quindi, in luogo dell'aggiudicataria – e all'immediato avvio di lavori messi a gara.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'ATI Lmn Costruzioni S.r.l. e Magila Costruzioni Soc. Coop. a r.l. e dell'Agenzia Nazionale per l'Attrazione degli Investimenti e lo Sviluppo d'Impresa S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 maggio 2020 il dott. Domenico De Falco e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto che l'udienza si è svolta da remoto, ai sensi dell'art. 84, commi 5 e 6, del D.L. n.18/2020 convertito con modificazioni dalla L. n. 27/2020 e del D.P. n.14/2020/Sede, mediante l'utilizzo del software Microsoft Teams, individuato nelle indicazioni impartite dal Segretario Generale della G.A. e dal Servizio per l'Informatica della G.A.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

Con bando pubblicato in GURI il 21 giugno 2019 Invitalia ha indetto, in qualità di Centrale di Committenza del Comune di Casal di Principe una procedura di gara ai sensi dell'art. 59, co. 1, del d.lgs 18 aprile 2016 n. 50 per l'affidamento dell'appalto avente ad oggetto: *“lavori di messa in sicurezza della viabilità comunale nel Comune di Casal di Principe - collegamenti svincolo Nola Villa Literno con santuario Villa di Briano, accesso centro abitato e circumvallazione esterna di collegamento ai comuni di Villa Literno e San Cipriano d'Aversa”*, sulla base del progetto esecutivo predisposto dalla committenza.

La RS Appalti e la FC Group, in costituendo raggruppamento (di seguito per brevità RS Appalti), si sono classificate nella graduatoria alle spalle del RTI LMN – Magila (di seguito Magila), aggiudicatario.

Eseguito l'accesso agli atti, RS Appalti ha rilevato l'intervenuta scadenza della verifica triennale della certificazione SOA della società MAGILA al 13 luglio

laddove la Magila aveva allegato in gara esclusivamente il contratto per una “Nuova attestazione”, stipulato il 4 luglio 2019 senza però, dimostrare di aver avviato per tempo “la verifica” come prescritto dall’art. 77 del d.P.R. n. 207 del 2010.

In particolare, entro la data di scadenza della SOA (13 luglio 2019), l’aggiudicataria non avrebbe stipulato il contratto per la verifica ma solo quello per il rinnovo, con la conseguenza che l’aggiudicatario raggruppamento avrebbe dovuto esser escluso. Avverso l’aggiudicazione e gli atti di gara in epigrafe dettagliati, l’RTI RS Appalti ha proposto ricorso, notificato in data 17 ottobre 2019 e depositato il giorno successivo chiedendone l’annullamento previa sospensione degli effetti sulla base dei motivi così rubricati:

I. Violazione e falsa applicazione dell’art. 97 Cost. – Violazione e falsa applicazione degli articoli 76 e 77 del d.P.R. n. 207 del 2010 – Violazione e falsa applicazione della *lex specialis* di gara - Eccesso di potere – Sviamento.

II. Violazione e falsa applicazione dell’art. 97 Cost. – Violazione e falsa applicazione degli articoli 76 e 77 del d.P.R. 207 del 2010 – violazione e falsa applicazione della legge 241 del 1990 – violazione e falsa applicazione della *lex specialis* di gara - eccesso di potere – sviamento.

Si sono costituite l’Agenzia nazionale per l’attrazione degli investimenti e lo sviluppo d’impresa S.p.A. - INVITALIA e la costituenda ATI aggiudicataria che con ricorso incidentale notificato in data 22 ottobre 2020 e depositato il successivo 24 ottobre ha contestato l’ammissione alla gara del RTI ricorrente per l’asserita mancanza della certificazione ISO 9001 che avrebbe avuto validità dal 26 gennaio 2018 fino al 25 gennaio 2019, sicchè la ricorrente avrebbe partecipato alla selezione senza averne i requisiti, pur dichiarando il possesso del predetto certificato.

Propone un unico motivo così di seguito rubricato:

Violazione e falsa applicazione del bando. Violazione e falsa applicazione della disciplina di gara. Violazione e falsa applicazione dell’art. 93 comma 7 del codice

degli appalti. Violazione art.80 comma 5 lettera f bis) del codice degli appalti falsa dichiarazione in sede di gara.

La INVITALIA ha prodotto memoria precisando che l'ATI aggiudicataria aveva richiesto il rinnovo ad un diverso organismo di attestazione in data 8 aprile 2019, con ciò osservando la previsione di cui all'art. 76 del regolamento, mentre il contratto di rinnovo con l'organismo SOA è stato stipulato in data 4 luglio 2019 (mentre la scadenza della precedente attestazione, si rammenta, era il 13 luglio).

Con riguardo al RTI ricorrente la INVITALIA adduce che la mandante non sarebbe in possesso dei requisiti, non potendo beneficiare dell'incremento di un quinto della qualificazione ai sensi dell'art. 61, co, 2, del D.P.R. n. 207/2010, poiché esso è accordato a patto che l'impresa raggiunga almeno il 20% laddove la mandante della RTI ricorrente non raggiungerebbe tale soglia e non potrebbe quindi beneficiare dell'incremento. Ne conseguirebbe che la qualificazione complessiva del RTI ricorrente non varrebbe a coprire l'intero importo dell'appalto, come invece necessario.

Sicché con provvedimento del 29 ottobre 2019 la INVITALIA ha escluso il RTI ricorrente, per la mancanza dei requisiti di capacità economica, finanziaria, tecnica e professionale di cui all'art. 12.3 del disciplinare di gara e agli articoli 92, co. 1, e 61 del D.P.R. n. 207/2010.

Avverso tale ulteriore provvedimento, parte ricorrente ha proposto ricorso per motivi aggiunti notificato e depositato in data 14 novembre 2019, chiedendone l'annullamento previa sospensione, stigmatizzando il comportamento di INVITALIA per aver sottoposto la documentazione della ricorrente a controllo dopo diversi mesi dalla conclusione del procedimento di ammissione alla gara senza quindi un apparente interesse sostanziale.

Propone i seguenti motivi di censura:

I. Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost. – Violazione e falsa applicazione degli artt. 61 e 92 del d.P.R. n. 207 del 2010 – erroneità dei presupposti – carenza istruttoria.

Secondo parte ricorrente FC Group (mandante) è titolare di un attestato SOA per la categoria OG 3, classifica I, ed OG1 classifica IIIbis. Rispetto a tale ultima classifica, la FC è capace di eseguire lavori sino all'importo di € 1.500.000,00.

Conseguentemente (e contrariamente a quanto sostenuto dalla Invitalia) la FC è qualificata per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo dei lavori a base di gara. Difatti, l'importo equivalente al quinto dei lavori a base d'asta è pari ad € 420.523,88, mentre la FC possiede “..una classifica...” IIIbis e ha, quindi, un requisito di qualificazione per un importo superiore ad € 420.523,88 richiesto.

In altri termini, la mandataria potrebbe con le sue sole qualificazioni far fronte integralmente ai requisiti beneficiando dell'incremento anche per la categoria OG1, diversamente si opererebbe un'inammissibile interpretazione estensiva dell'eccezione di cui al citato articolo 61.

Ne sarebbe prova che il comma 2 dell'art. 92 del DPR 207 del 2010 prescrive che per poter partecipare alla gara la “mandante” deve possedere un requisito di qualificazione minimo del 10%. In questo caso, diversamente dalla previsione del comma 2 dell'art. 61 del DPR 207 del 2010, il Regolamento si riferisce espressamente alla categoria e classifica della gara di appalto di cui trattasi.

II. Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost. – Violazione e falsa applicazione degli artt. 85, 86, 88 e 94 de codice degli appalti – Violazione e falsa applicazione della legge n. 241 del 1990.

La ricorrente evidenzia di essere stata ammessa in gara con il provvedimento/verbale di agosto del 2019. Il provvedimento di ammissione per profili concernenti i profili di qualificazione non è stato impugnato da nessun altro partecipante e neanche dalla controinteressata con il ricorso incidentale.

In questo contesto, il provvedimento di ammissione della ricorrente si è consolidato e la PA non poteva più procedere all'esclusione senza ledere l'affidamento della ricorrente in ordine al possesso dei requisiti.

III. Illegittimità derivata dei provvedimenti impugnati con i presenti motivi aggiunti. Secondo parte ricorrente i provvedimenti impugnati con i motivi aggiunti sarebbero altresì viziati per invalidità derivata rispetto ai vizi fatti valere con il ricorso introduttivo che, quindi, ripropone integralmente.

Con ordinanza 4 dicembre 2019, n. 1957 questa Sezione ha respinto l'istanza cautelare proposta con il ricorso per motivi aggiunti, ritenendo che la mandante del RTI RS Appalti non potesse giovare dell'incremento del quinto previsto dal citato articolo 61 del d.P.R. n. 207/2010.

Con ordinanza 24 gennaio 2020 n. 270 il Consiglio di Stato ha confermato l'ordinanza di primo grado affermando che: *“Considerato che né sulle ragioni di esclusione dalla gara nei confronti delle appellanti, né tanto meno con riguardo alla posizione della mandante del raggruppamento temporaneo aggiudicatario le censure formulate dalle prime si prestano ad essere favorevolmente apprezzate ad una delibazione sommaria propria della presente fase cautelare”*.

Con le memorie ex art. 73 c.p.a. le parti hanno insistito nelle proprie rispettive tesi difensive che hanno ulteriormente articolato e all'udienza pubblica del 27 maggio 2020 la causa è stata introitata in decisione.

Riveste carattere preliminare lo scrutinio del ricorso per motivi aggiunti in quanto rivolto avverso il provvedimento del 29 ottobre 2019 con cui la stazione appaltante ha disposto l'esclusione della ricorrente. E infatti, tale provvedimento incide direttamente sulla sussistenza dell'interesse al ricorso che verrebbe meno allorché si accertasse la legittimità dell'atto espulsivo oggetto delle censure proposte, per l'appunto, nei motivi aggiunti.

Ciò posto, il citato art. 61, comma 2, stabilisce che *“... La qualificazione in una categoria abilita l'impresa a partecipare alle gare e ad eseguire i lavori nei limiti della propria classifica*



*incrementata di un quinto; nel caso di imprese raggruppate o consorziate la medesima disposizione si applica con riferimento a ciascuna impresa raggruppata o consorziata, a condizione che essa sia qualificata per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo dei lavori a base di gara; nel caso di imprese raggruppate o consorziate la disposizione non si applica alla mandataria ai fini del conseguimento del requisito minimo ...”.*

Si deve ritenere che, il dato testuale dell’art. 61, co. 2, del d.P.R. n. 207/2010 debba trovare fedele applicazione, dovendosi quindi subordinare l’incremento di un quinto della classifica al possesso di una qualifica (ovvero soglia di importo dei lavori eseguibili in una determinata categoria), pari ad almeno un quinto dell’importo a base d’asta, soprattutto nei raggruppamenti orizzontali, come quello oggetto di causa, caratterizzati dall’interscambiabilità delle prestazioni tra le varie imprese partecipanti.

Né può accogliersi la tesi di parte ricorrente secondo cui la classifica (IIIbis) posseduta nella categoria OG 1 sarebbe sufficiente ad integrare il requisito di partecipazione ritenuto carente.

E infatti, la categoria per la quale la ricorrente non raggiunge la qualificazione necessaria per ottenere l’incremento è la OG 3 per la quale risulta avere una classifica I, laddove la OG 1, per la quale invece l’impresa dispone della qualifica, riguarda esclusivamente la costruzione, *“la manutenzione o la ristrutturazione di interventi puntuali di edilizia occorrenti per svolgere una qualsiasi attività umana, diretta o indiretta, completi delle necessarie strutture, impianti elettromeccanici, elettrici, telefonici ed elettronici e finiture di qualsiasi tipo nonché delle eventuali opere connesse, complementari e accessorie. Comprende in via esemplificativa le residenze, le carceri, le scuole, le caserme, gli uffici, i teatri, gli stadi, gli edifici per le industrie, gli edifici per parcheggi, le stazioni ferroviarie e metropolitane, gli edifici aeroportuali nonché qualsiasi manufatto speciale in cemento armato, semplice o precompresso, gettato in opera quali volte sottili, cupole, serbatoi pensili, silos ed edifici di grande altezza con strutture di particolari caratteristiche e complessità”.*

Diversamente, la qualificazione OG 3, richiesta dalla legge di gara, si riferisce alle opere infrastrutturali aventi caratteristiche tecniche e presupposti evidentemente diversi, atteso che il sistema di qualificazione è volto proprio a garantire l'adeguatezza delle imprese rispetto alla tipologia di interventi oggetto di appalto.

Del resto, la previsione di cui all'art. 61 del d.P.R. n. 207/2010 è da sempre interpretata dalla giurisprudenza nel senso che la condizione, secondo cui l'impresa concorrente deve essere qualificata per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo dei lavori a base di gara, deve essere riferita ai singoli importi della categoria prevalente e delle altre categorie scorporabili della gara (cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 3993/2018; TAR Sicilia, sez. III, n. 738/2017; TAR Lazio, Sez. II quater, n. 338/2013; TAR Lazio Roma, Sez. III ter, n. 2750/2012).

Con l'ulteriore censura, parte ricorrente lamenta la lesione dell'affidamento che essa avrebbe maturato sulla sussistenza dei propri requisiti di partecipazione, atteso che il controllo di INVITALIA sarebbe stato eseguito dopo che il procedimento di gara si era concluso.

Senonché ritiene il Collegio che non sussista un affidamento tutelabile sul possesso dei requisiti da parte delle imprese partecipanti, atteso che anche a seguito della proposizione del ricorso la stazione appaltante aveva un obiettivo interesse a verificare il possesso dei requisiti da parte di un potenziale aggiudicatario e la decisione di sottoporre a verifica la condizione della ricorrente, anche se operata su sollecitazione di altro concorrente, si giustifica con la possibilità che in esito alla gara la ricorrente avrebbe potuto assumere la veste di aggiudicataria.

Né sussiste la dedotta illegittimità derivata della esclusione della ricorrente dalla pretesa illegittimità dell'ammissione dell'aggiudicataria, attesa l'autonomia degli atti adottati in sede di valutazione dei requisiti dei due concorrenti.

Ne consegue l'infondatezza del ricorso per motivi aggiunti avverso la disposta esclusione.

Pertanto il ricorso principale deve dichiararsi inammissibile e, per conseguenza, il ricorso incidentale, secondo l'ordinaria regola, deve dichiararsi improcedibile.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sui ricorsi introduttivo, per motivi aggiunti e incidentale, come in epigrafe proposti, così provvede:

- dichiara infondato il ricorso per motivi aggiunti;
- dichiara inammissibile il ricorso introduttivo;
- dichiara improcedibile il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata;
- condanna la ricorrente principale al pagamento delle spese processuali in favore dell'Amministrazione e delle controinteressate nella misura di euro 2.000 (duemila) per ciascuna parte processuale oltre al rimborso del contributo unificato versato dalle controinteressate per la proposizione del ricorso incidentale.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 27 maggio 2020 tenuta da remoto ai sensi dell'art. 84, comma 6, del D.L. n. 18/2020, convertito con modificazioni dalla L. n. 27/2020, mediante l'utilizzo del software Microsoft Teams, individuato nelle indicazioni impartite dal Segretario Generale della G.A. e dal Servizio per l'Informatica della G.A., con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Veneziano, Presidente

Gianluca Di Vita, Consigliere

Domenico De Falco, Primo Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Domenico De Falco**

**IL PRESIDENTE**  
**Salvatore Veneziano**

## IL SEGRETARIO