

APPALTI - AVVALIMENTO PLURIMO O FRAZIONATO - REQUISITI - CD. CONTRATTO DI PUNTA - INAMMISSIBILITA'

L'avvalimento plurimo o frazionato non è consentito con riferimento ai c.d. requisiti di punta. Il requisito del contratto di punta, in quanto attestante l'esperienza qualificata dell'impresa nell'ambito dello specifico servizio oggetto della gara, non può essere oggetto di frazionamento tra più soggetti ma deve necessariamente essere posseduto in capo ad una singola impresa.

TAR Campania, Napoli, Sez. I, sentenza n. 603/2020

Pubblicato il 07/02/2020

N. 00603/2020 REG.PROV.COLL.

N. 03599/2019 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 3599 del 2019, proposto da Ar.Co. Lavori Soc. Coop. Cons., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Angelo Clarizia, Enzo Perrettini, con domicilio digitale eletto presso lo studio De Lorenzo Palma in Napoli, via Gramsci 10;

contro

A.S.L. Napoli 2 Nord, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Margherita Pagano, con domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via Giosue' Carducci n. 61;

nei confronti

Zeta S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Marcello Russo, con domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via Giosuè Carducci, 37;

per l'annullamento

- della Deliberazione del 9 luglio 2019 n. 895 dell'Azienda Sanitaria Locale Napoli 2 Nord, con la quale è stata aggiudicata all'impresa ZETA Srl la procedura aperta espletata per l'affidamento dell'appalto dei lavori e delle forniture di attrezzature sanitarie ed arredi, per la realizzazione del Nuovo blocco Operatorio di Chirurgia del P.O. Santa Maria delle Grazie in località La Schiana, Pozzuoli (NA), nonché di tutti gli atti indicati nella deliberazione medesima;
- dell'avviso di appalto aggiudicato comunicato con e-mail del 12 luglio 2019;
- di tutti i verbali di gara e di tutti gli atti prodromici, connessi o comunque consequenziali, ivi compresi il parere del servizio legale aziendale espresso in data 19.06.2019, le note con le quali la Commissione ha riscontrato i rilievi formulati dal RUP e, si opus sit, la deliberazione dell'ASL Napoli 2 Nord del 30.07.2018 n. 940, il bando, ed il Disciplinare di gara ed i chiarimenti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Zeta S.r.l. e dell'A.S.L. Napoli 2 Nord;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 gennaio 2020 il dott. Maurizio Santise e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La ASL Napoli 2 Nord, con bando del 2 agosto 2018 ha indetto procedura aperta per l'affidamento dell'appalto dei lavori e delle forniture di attrezzature sanitarie ed arredi, necessari per la realizzazione del nuovo blocco operatorio di chirurgia del P.O. "Santa Maria delle Grazie" in Pozzuoli (NA), località La Schiana.

La Stazione Appaltante, quindi, ha aggiudicato la gara alla Zeta Srl con Deliberazione del 9 luglio 2019 n. 895.

Con ricorso tempestivamente notificato all'amministrazione resistente e regolarmente depositato nella Segreteria del Tar, la ricorrente ha impugnato il predetto provvedimento, contestandone la legittimità e chiedendone l'annullamento per i seguenti motivi:

I. Violazione e falsa applicazione degli artt. 83 e 89 del D.Lgs. 50/2016. Violazione e falsa applicazione della *lex specialis*. Violazione dei principi generali di buon andamento, regolarità, trasparenza, concorrenza e parità di trattamento. Eccesso di potere per erroneità dei presupposti, illogicità manifesta, difetto di istruttoria, motivazione erronea, carente e perplessa, sviamento;

II. Violazione e falsa applicazione degli artt. 83 e 89 del D.Lgs. 50/2016. Violazione e falsa applicazione della *lex specialis*. Violazione dei principi generali di buon andamento, trasparenza, correttezza, parità di trattamento. Eccesso di potere per carenza assoluta d'istruttoria, erroneità e/o carenza dei presupposti, travisamento, difetto di motivazione;

III. Violazione e falsa applicazione della *lex specialis*. Violazione e falsa applicazione dell'istituto della riparametrazione. Violazione dei principi generali di buon andamento, correttezza, trasparenza, parità di trattamento. Eccesso di potere

per erroneità dei presupposti, illogicità manifesta, perplessità, motivazione erronea, carente e contraddittoria, sviamento.

Con ordinanza cautelare n. 1626/2019 è stata respinta la domanda cautelare.

Alla pubblica udienza del 15 gennaio 2020 la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Tanto premesso in punto di fatto il ricorso è fondato nei limiti di seguito specificati.

Con un primo motivo di ricorso, la ricorrente ha contestato l'aggiudicazione, in quanto il disciplinare di gara prevedeva che il concorrente avrebbe dovuto possedere, quale requisito di partecipazione, nel triennio, un unico contratto cd "di punta", per un importo non inferiore a quello a base d'asta, pari ad € 4.637.883,18. Ebbene la Zeta srl, secondo la ricorrente, sarebbe sprovvista di codesto requisito poiché ha dichiarato di aver eseguito un solo contratto analogo per l'importo di € 2.235.883,13.

La stessa, pertanto, per partecipare alla gara avrebbe dovuto, necessariamente, costituire un'ATI con un operatore economico in possesso del requisito ovvero fare ricorso all'avvalimento di un'impresa ausiliaria in possesso per intero del citato requisito.

Al contrario la Zeta si è avvalsa di un'impresa ausiliaria che non possiede per intero il citato requisito, ma che ha dichiarato di aver eseguito un contratto analogo dell'importo di € 3.177.474,00, di gran lunga inferiore all'importo posto a base d'asta.

La società controinteressata ha sostanzialmente condiviso la ricostruzione in punto di fatto offerta dalla ricorrente, ma ha evidenziato che la stessa amministrazione ha ammesso con la FAQ n. 12 (quella in cui è stato disposto il differimento dei termini di partecipazione) la possibilità di soddisfare il requisito in esame ricorrendo all'avvalimento.

Con la FAQ n. 13, poi, nel confermare il valore da soddisfare (4.753.830,26 euro), l'amministrazione ha chiarito che i partecipanti in raggruppamento avrebbero potuto liberamente "cumulare" i propri requisiti maturati in ambito sanitario, indipendentemente dal riparto percentuale delle quote.

3. Ciò posto ritiene il Collegio che il primo motivo di ricorso sia fondato.

Il disciplinare di gara, a pag. 14 (cfr. lett. I.3), stabilisce che unitamente ai requisiti di qualificazione SOA il concorrente avrebbe dovuto dimostrare "a pena di esclusione, di aver eseguito nell'ultimo triennio (2015-2016-2017) un unico lavoro e/o un unico servizio di manutenzione (edile e/o impiantistico) esclusivamente in ambito sanitario (pubblico ovvero privato) per l'importo non inferiore a quello posto a base di gara. All'uopo, il concorrente dovrà produrre certificazione/attestazione rilasciata dai committenti".

Ritiene il Collegio che l'avvalimento plurimo o frazionato non possa essere consentito con riferimento al cd. requisito di punta, che deve essere necessariamente soddisfatto da una singola impresa, in quanto è espressione di una qualifica funzionale non frazionabile, perché attesta una esperienza qualificata nell'ambito dello specifico servizio oggetto della gara; il requisito di punta, in altri termini, proprio perché caratterizzante la qualità dell'impresa stessa, non può essere oggetto di frazionamento tra più soggetti, ma deve necessariamente essere posseduto in capo ad una singola impresa (cfr., Consiglio di Stato sez. V, 02/02/2018, n.678; sulle limitazioni all'utilizzo del contratto di avvalimento, cfr. Tar Napoli, sez. III, 7 gennaio 2020, n. 51).

Nello stesso senso, si collocano i pareri precontenzioso Anac, n. 107 del 21 maggio 2014 e n. 156 del 23 settembre 2015, che hanno affermato il seguente principio di diritto che il Collegio condivide: "il requisito di cui all'articolo 263 comma 1, lettera c), concernente i c.d. servizi di punta, non è frazionabile in caso di raggruppamento temporaneo di professionisti e, pertanto, ognuno dei due servizi

di punta richiesti per ciascuna classe e categoria dovrà esser stato svolto interamente da uno dei soggetti del raggruppamento. La non frazionabilità del requisito dei servizi di punta non può essere interpretata nel senso che ciascun componente del raggruppamento debba possedere il requisito per intero. Tale conclusione si porrebbe in contrasto con la logica del raggruppamento stesso, diretta a garantire la massima partecipazione alla gara. È sufficiente, invece, che tale requisito sia posseduto per intero da un singolo componente del raggruppamento”.

Considerato che l'aggiudicataria ha pacificamente frazionato il requisito di punta, il ricorso è fondato con conseguente annullamento dell'aggiudicazione.

4. Non hanno rilievo sul punto i chiarimenti resi dalla stazione appaltante che possono avere esclusivamente natura dichiarativa e mai modificare le regole stabilite dal bando.

La giurisprudenza consolidata, condivisa dal Collegio, ha, infatti, precisato che i chiarimenti auto-interpretativi della stazione appaltante non possono in alcun caso integrare la *lex specialis* ed essere vincolanti per la commissione giudicatrice (Consiglio di Stato sez. V, 02/09/2019, n.6026).

I chiarimenti sono invero ammissibili se contribuiscono, con un'operazione di interpretazione del testo, a renderne chiaro e comprensibile il significato e/o la ratio, ma non quando, proprio mediante l'attività interpretativa, si giunga ad attribuire ad una disposizione del bando un significato ed una portata diversa e maggiore di quella che risulta dal testo stesso, in tal caso violandosi il rigoroso principio formale della *lex specialis*, posto a garanzia dei principi di cui all'art. 97 Cost. (da ultimo ex multis Cons. Stato, III, 20 aprile 2015, n. 1993; V, 29 settembre 2015, n. 4441; VI, 15 dicembre 2014, n. 6154).

Nel caso di specie, i chiarimenti sono stati resi in evidente contrasto con la *lex specialis* e come tali vanno disapplicati.

L'accoglimento del ricorso comporta l'annullamento dell'aggiudicazione disposta in favore della Zeta s.r.l.

5. La ricorrente ha, altresì, chiesto, previa declaratoria dell'inefficacia del contratto eventualmente stipulato, di subentrare allo stesso, dichiarandosi disponibile al subentro.

Va precisato che l'annullamento dell'aggiudicazione comporterebbe l'aggiudicazione della gara in favore della ricorrente, seconda classificata, non essendo emerse cause ostative all'aggiudicazione in favore di quest'ultima, né ragioni per rinnovare la gara nel suo complesso.

Ciò posto, bisogna verificare la possibilità di disporre il subentro della ricorrente nel contratto, previa declaratoria di inefficacia del contratto stipulato tra l'Asl e la Zeta srl.

Quest'ultimo è stato stipulato in data 20 novembre 2019 e il verbale di consegna è stato firmato in data 16.12.2019. In data 23.12.2019 è stato firmato verbale di "concreto inizio dei lavori", in cui è stato evidenziato che sono state consegnate solo parte delle aree su cui eseguire i lavori e che quindi il termine di 180 giorni previsto per l'esecuzione del contratto (art. 18) non può ancora iniziare a decorrere.

Orbene, ai fini della declaratoria di inefficacia del contratto, deve applicarsi l'art. 122 c.p.a., secondo cui "Fuori dei casi indicati dall'articolo 121, comma 1, e dall'articolo 123, comma 3, il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta".

Sul punto, il Consiglio di Stato ha precisato che “in caso di accoglimento del ricorso avente ad oggetto l'aggiudicazione di una gara pubblica, deve essere dichiarata, se richiesta, anche l'inefficacia del contratto stipulato con l'aggiudicatario a decorrere dalla data di pubblicazione della sentenza di annullamento, disponendo con la medesima decorrenza, il subentro nel contratto del legittimo aggiudicatario; il giudice deve valutare la sussistenza delle condizioni che possano ostacolare il subentro nel rapporto, quali la durata del contratto e la parte di esso che deve essere ancora eseguita” (cfr., Consiglio di Stato sez. V, 26/07/2017, n.3679).

Alla luce di tali presupposti, va evidenziato che, in considerazione della circostanza che l'esecuzione del contratto è allo stato iniziale e che non sono ancora state consegnate tutte le aree interessate, che il contratto ha una durata di 180 gg e che comunque tale termine non è ancora iniziato a decorrere, tenuto conto dell'interesse e disponibilità della ricorrente di subentrare nel contratto, va dichiarata l'inefficacia del contratto stipulato tra l'Asl e la Zeta srl, con conseguente subentro della ricorrente nel contratto a decorrere dalla pubblicazione della presente sentenza.

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

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla l'aggiudicazione disposta in favore della Zeta s.r.l., disponendo, previa declaratoria di inefficacia del contratto stipulato in data 20.11.2019 tra la Zeta srl e l'Asl Na 2 Nord , il subentro della ricorrente nel citato contratto, con decorrenza dalla pubblicazione della presente sentenza;

Condanna l'Asl Na 2 Nord al pagamento delle spese di lite in favore della ricorrente che liquida in complessivi € 2.000,00, oltre accessori come per legge e oltre alla refusione del contributo unificato.

Condanna la Zeta srl al pagamento delle spese di lite in favore della ricorrente che liquida in complessivi € 2.000,00, oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 15 gennaio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Veneziano, Presidente

Maurizio Santise, Primo Referendario, Estensore

Domenico De Falco, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Maurizio Santise

IL PRESIDENTE
Salvatore Veneziano

IL SEGRETARIO