

Pubblicato il 11/03/2021

N. 00823/2021 REG.PROV.COLL.
N. 01580/2020 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 la Sicilia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1580 del 2020, proposto da Rti Ghelas Impianti S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Umberto Ilardo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Amg Energia S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Paola Corrao, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Comune di Palermo, in persona del Sindaco *pro tempore*, non costituito in giudizio;

nei confronti

Emmecci S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Carlo Comandé e Filippo Morici, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Carlo Comandé in Palermo, via Caltanissetta n. 2/D;

Peloritana Appalti S.r.l., Fratelli Matranga S.r.l., Edilpa S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, non costituiti in giudizio;

PER L'ANNULLAMENTO, PREVIA SOSPENSIONE,

- del verbale di gara del 7 settembre 2020, sia nella parte in cui è stata disposta l'esclusione del costituendo RTI Ghelas Impianti s.r.l. – Giudice Costruzione e Sistemi s.r.l. (nonché, per la stessa ragione, degli altri concorrenti indicati nel suddetto verbale) dalla procedura aperta indetta dalla AMG ENERGIA s.p.a. per l'affidamento dell'appalto dei “Lavori di modifiche di impianti di distribuzione gas negli edifici. Operazioni di messa in servizio dei misuratori e loro gestione: attività di chiusura, apertura, lettura per verifiche e/o switching, ed interventi inerenti la sospensione e/o interruzione della fornitura per morosità”, e, quindi, è stata revocata la proposta di aggiudicazione in precedenza formulata in favore del suddetto RTI, sia nella parte in cui è stata individuata la nuova soglia di anomalia, sia, quindi, nella parte in cui è stata formulata la proposta di aggiudicazione in favore della EMMECCI s.r.l.;

- della suddetta proposta di aggiudicazione in favore della EMMECCI s.r.l.;

- della nota del RUP del 10 agosto 2020, prot. 001-0002959-USC/2020, avente ad oggetto la comunicazione di avvio del procedimento volto all'eventuale revisione in autotutela dei risultati di gara;

- dell'avviso del 26 agosto 2020, prot. 001-0003047-USC/2020, con cui è stata comunicata la riapertura della gara per la seduta del 7 settembre 2020;

- di tutti i verbali di gara;

- degli approfondimenti effettuati con l'intervento dell'Ufficio legale della Stazione appaltante;

- del provvedimento (di cui non si conoscono estremi e data) con cui l'Organo Amministrativo della Stazione appaltante ha approvato la proposta di aggiudicazione in favore della EMMECCI s.r.l., di cui è stata comunicazione con nota prot. 001-0003466-USC/2020 del 3 ottobre 2020; nota che pure,

prudenzialmente, si impugna in uno alla disposta aggiudicazione in favore della EMMECCI s.r.l. e all'approvazione dei verbali di gara;

- ove intervenuta, della verifica dei requisiti, generali e speciali, in capo alla EMMECCI s.r.l.;

- nonché, in genere, di ogni altro atto e/o provvedimento precedente e/o successivo e/o comunque connesso, presupposto e/o consequenziale;

NONCHÉ

per l'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione dell'appalto e la stipula del relativo contratto

E, NELL'IPOTESI IN CUI SIA STATO O NELLE MORE VENISSE STIPULATO IL CONTRATTO DI APPALTO,

per la declaratoria di inefficacia del contratto stesso, ai sensi e per gli effetti degli artt. 121 e 122 del D.Lgs. n.104/2010 e per l'accoglimento della domanda di subentro, che fin d'ora si esplicita;

NONCHÉ, ANCORA,

per le subordinate ipotesi in cui non si ritenesse ammissibile la tutela in forma specifica e/o in ogni caso in cui non venissero conseguiti l'aggiudicazione ed il contratto, ovvero in cui (in caso di parziale esecuzione dei lavori da parte dell'illegittimo aggiudicatario) venisse affidata solo una parte dei lavori oggetto dell'appalto,

PER L'ACCOGLIMENTO DELLA DOMANDA DI CONDANNA DELLA P.A.

al risarcimento per equivalente monetario per la refusione dei danni subiti e subendi a causa dei provvedimenti impugnati, nella misura che, s.e.o., riservando al successivo corso del giudizio di dar puntuale contezza del "gap" tra ricavi e costi ritraibili dall'appalto, fin d'ora, in chiave indicativa, si quantifica nel 15% dell'importo a base d'asta del contratto (10% per lucro cessante e 5% per perdita di qualificazione e di chances), ovvero nella maggiore o minore somma che risulterà in corso di giudizio, con espressa riserva di ulteriormente dedurre, precisare e comprovare, in ogni caso oltre interessi legali e rivalutazione monetaria trattandosi

di debito di valore nonché maggior danno ai sensi dell'art.1224, 2° comma, c.c.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Amg Energia S.p.A. e della Emmecci S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore il dott. Calogero Commandatore nell'udienza del giorno 9 febbraio 2021, tenutasi tramite collegamento da remoto;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

§1. Con ricorso regolarmente notificato e depositato, la società ricorrente ha esposto:

- di avere partecipato a una procedura aperta per l'affidamento dell'appalto dei *“Lavori di modifiche di impianti di distribuzione gas negli edifici. Operazioni di messa in servizio dei misuratori e loro gestione: attività di chiusura, apertura, lettura per verifiche e/o switching, ed interventi inerenti la sospensione e/o interruzione della fornitura per morosità”*, CIG: n. 8125908F66, da aggiudicarsi secondo il criterio del prezzo più basso ai sensi dell'art. 36, comma 9-bis, D. Lgs. 50/2016 e s.m.i., per un importo complessivo, comprensivo degli oneri per la sicurezza pari ad Euro 23.498,69, di Euro 1.250.000,00;
- che il bando di gara, al punto 3.3., dopo aver evidenziato l'importo dell'appalto, indicava la categoria (SOA) prevalente dei lavori, ossia la OS3, richiedeva la classifica III-bis, fino ad Euro 1.500.000, precisando che: *“Sono ammesse alla gara anche le imprese qualificate nella categoria OG11 per classifica adeguata all'importo della categoria specializzata OS3 prevista nel presente bando”*;
- di avere partecipato n.q. di capogruppo della costituenda RTI con la Giudice Costruzioni e Sistemi s.r.l. con le seguenti quote di partecipazione: Ghelas Impianti

s.r.l. 80% della categoria prevalente; Giudice Costruzioni e Sistemi s.r.l. 20% della categoria prevalente;

- come risulta dalle attestazioni SOA delle due imprese costituente il raggruppamento: la capogruppo Ghelas Impianti s.r.l. è in possesso delle seguenti categorie: OG1, Class. I; OG11, Class. II; OS3, Class. II; OS28, Class. IV e la mandante Giudice Costruzioni s.r.l., invece, è in possesso delle seguenti categorie: OG1, Class. IV; OG3, Class. III; OG6, Class. II; OG10, Class. I; OS3, Class. I; OS28, Class. III-bis;

- di essere stata individuata, come RTI, quale destinataria della proposta di aggiudicazione, avendo lo stesso offerto il ribasso del 19,657%, così come comunicato dalla Stazione appaltante con note del 6 luglio 2020 e del 9 luglio 2020;

- di essere stata, a seguito di successive verifiche, come RTI, esclusa dalla gara poiché priva dei requisiti di qualificazione richiesti dal bando con conseguente aggiudicazione della gara all'odierna contro-interessata;

Ciò premesso, la ricorrente ha impugnato i provvedimenti in oggetto e spiegato le conseguenti domande affidando il gravame al seguente motivo: VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 83, 84 E 89, D.LGS. N.50/2016 E S.M.I. – VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 79, COMMA 16, DPR 207/2010 NONCHÉ DELL'ART. 3, D.M. 248/2016 – VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DELLA LEX SPECIALIS DELLA GARA – ECCESSO DI POTERE – DIFETTO DI ISTRUTTORIA – CARENZA DI MOTIVAZIONE – ERRORE NEI (E TRAVISAMENTO DEI) PRESUPPOSTI DI FATTO E DI DIRITTO – ILLOGICITÀ – VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DI BUON ANDAMENTO, IMPARZIALITÀ ED EFFICIENZA DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA – VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DEL *FAVOR PARTECIPATIONIS*.

§2. Si sono costituite in giudizio l'amministrazione resistente e la EMMECCI S.r.l. che hanno chiesto il rigetto del ricorso.

§3. Con ordinanza n. 1069/2020, confermata dal giudice d'appello, il Tribunale ha rigettato l'istanza cautelare fissando altresì l'udienza pubblica per la trattazione nel merito in vista della quale le parti hanno depositato memorie ex art. 73, comma 1, c.p.a.

§4. All'udienza pubblica del 9 febbraio 2021, tenutasi tramite collegamento da remoto, la causa è stata posta in decisione.

§5.1. Preliminarmente deve rigettarsi l'eccezione di inammissibilità del ricorso per carenza d'interesse in ragione del principio di invarianza della soglia di anomalia ai sensi dell'art. 95, comma 15, del d.lgs. n. 50/2016 sollevata dall'impresa controinteressata tenuto conto che la presente impugnazione è stata proposta da un partecipante già destinatario della proposta di aggiudicazione e, poi, escluso dalla gara, il cui interesse quindi non è meramente strumentale ad avvalersi degli automatismi insiti nella determinazione meccanica della soglia di anomalia (Cons. Stato, Sez. V, 22 gennaio 2021, n. 683).

La tempestiva impugnazione della propria esclusione dalla gara e della successiva aggiudicazione da parte dell'odierna ricorrente impedisce la "cristallizzazione" della soglia per effetto di una graduatoria formata sulla base di ammissioni o esclusioni divenute inoppugnabili e immodificabili, impedisce l'applicazione del principio di invarianza della soglia (T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 4 dicembre 2020, n. 2395 e Cons. Stato, Sez. III, 27.4.2018, n. 2579).

§5.2. Nel merito, il ricorso è infondato e deve essere rigettato.

È incontestato tra le parti che il bando di gara prevedesse per i partecipanti la categoria OS3, classifica III-bis, fino ad Euro 1.500.000,00 precisando che: *"Sono ammesse alla gara anche le imprese qualificate nella categoria OG11 per classifica adeguata all'importo della categoria specializzata OS3 prevista nel presente bando"*.

Secondo la prospettazione del ricorrente la categoria OS3, classifica III-bis, fino ad Euro 1.500.000,00 sarebbe raggiungibile sommando le classifiche già possedute

dalla Ghelas Impianti S.r.l. nella categoria speciale OS3 (class. II) e nella categoria generale OG11 (class. II) e aggiungendo altresì il requisito OS3, class. I (fino a euro 258.000) in possesso della mandante Giudice Costruzioni e Sistemi S.r.l.

Tale tesi è smentita dal tenore dell'art. 79, comma 16 del d.P.R. n. 207/2010 che consente nel caso di possesso della qualifica OG11 la capacità di eseguire i lavori nelle altre categorie speciali in ragione del principio di assorbimento poiché la predetta qualificazione (la OG11) implica che l'impresa debba dimostrare “*di possedere, per ciascuna delle categorie di opere specializzate individuate con l'acronimo OS 3, OS 28 e OS 30 almeno le ivi previste percentuali dei requisiti di ordine speciale previsti da tale norma per l'importo corrispondente alle classifiche richieste*”.

Come già chiarito dalla giurisprudenza amministrativa (T.A.R. Lombardia, Brescia, 26 ottobre 2006, n. 1349;), la qualificazione OG11 ha una particolare natura poiché è una qualifica generale ma nello stesso tempo è anche una qualifica che include, sommandole (cfr. T.A.R. Lombardia, Brescia, 22 ottobre 2006, n. 1349; T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 6 marzo 2015, n. 619; Cons. Stato, Sez. III, 17 dicembre 2015, n. 5706), le qualifiche speciali afferenti a specifiche lavorazioni già detenute dall'impresa (anche se non in tutte nella stessa misura) (Cons. Stato, Sez. III, 7 marzo 2011, n. 1422).

In altre parole, il rapporto tra la categoria generale OG11 e le categorie speciali che la compongono è di *genus ad speciem*, sicché la sommatoria cui aspira la ricorrente non può trovare accoglimento poiché non tiene conto che la qualifica OS3, con la relativa categoria, posseduta dalla Ghelas è già computata nella qualifica generale OG 11, concorrendone alla sua formazione.

Opinando nel senso sostenuto dalla ricorrente si opererebbe «una “duplicazione” di qualificazione comunque riferita (in OG11 ed in OSx) alla esecuzione del medesimo lavoro.» (T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 30 gennaio 2006, n. 263 confermata cfr. C.G.A.R.S, sez. giur., 21 settembre 2007, n. 1051).

§6. In conclusione, il ricorso deve essere rigettato.

§7. Le spese del giudizio, ai sensi degli artt. 26 c.p.a. e 91 c.p.c., seguono la soccombenza e – confermate le spese già liquidate nella fase cautelare – si quantificano, ai sensi del d.m. n. 55/2014, nella misura quantificata in dispositivo, tenuto conto del valore della controversia, determinato ai criteri fissati dalla sentenza del Cons. Stato, Sez. III, 13 settembre 2017, n. 4336, della media complessità delle questioni giuridiche affrontate, avendo riguardo ai minimi tariffari in ragione della concreta attività difensiva svolta limitata alla fase studio e alla fase introduttiva; non si procede alla liquidazione delle fasi istruttoria/trattazione e decisionale, in quanto nessuna attività difensiva rilevante è stata concretamente spesa.

Nulla si dispone sulle spese nei rapporti tra la ricorrente e le altre parti non costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Ferma le regolazioni delle spese della fase cautelare, condanna la ricorrente al pagamento delle spese di lite in favore dell'amministrazione resistente e della contro-interessata costitutesi che si liquidano, per ciascuna di esse, in euro 2.500,00, oltre al rimborso delle spese forfettarie ex art. 2. Comma 2, del d.m. n. 55/2014, della C.P.A. e dell'I.V.A., nella misura di legge, se dovute.

Nulla si dispone sulle spese nei rapporti tra la ricorrente e le altre parti non costituite.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 9 febbraio 2021, tenutasi tramite collegamento da remoto ai sensi dell'art. 25, comma 2, del d.l. n. 137/2020, conv. in l. n. 176/2020, con l'intervento dei magistrati:

Maria Cristina Quiligotti, Presidente

Maria Cappellano, Consigliere

Calogero Commandatore, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Calogero Commandatore

IL PRESIDENTE
Maria Cristina Quiligotti

IL SEGRETARIO