

APPALTI: Gara – Appalti di lavori – Requisito della iscrizione alla Camera di Commercio – Criteri secondo cui deve essere interpretato.

Tar Puglia - Lecce, Sez. II, 24 gennaio 2023, n. 116

“[...] l’art. 83, comma 3, del codice dei contratti pubblici si limita a prescrivere che ai fini della sussistenza dei requisiti di idoneità professionali, i concorrenti alle gare [...] devono essere iscritti nel registro della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura o nel registro delle commissioni provinciali per l’artigianato, o presso i competenti ordini professionali, senza tuttavia specificare che l’iscrizione debba sussistere in relazione all’attività esercitata in via primaria; dall’altra, che “ciò che rileva ai fini dell’idoneità professionale è che l’impresa abbia maturato esperienza nell’ambito di interesse della stazione appaltante, il che non è escluso o contraddetto dal carattere secondario assunto da tale attività rispetto al core business aziendale...” [...].”

Visti il ricorso principale, il ricorso incidentale e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Acquedotto Pugliese S.p.A., di Rotech S.r.l., del Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili, del Provveditorato Interregionale per la Campania, Molise, Puglia e Basilicata, della Unità di Missione per il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Struttura di Missione Segreteria Tecnica del PNRR;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell’udienza pubblica del giorno 12 gennaio 2023 il dott. Nino Dello Preite e uditi per le parti i difensori avv. B. A Pasqualone per la parte ricorrente, avv. A. Carrabba per la parte resistente, avv. dello Stato G. Matteo e avv.ti D. Florenzano e M. Conte, quest’ultimo in sostituzione dell’avv. A. Sticchi Damiani, per la controinteressata;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con il ricorso introduttivo del presente giudizio, la ricorrente ha impugnato gli atti con i quali Acquedotto Pugliese S.p.a. (d’ora in poi “AQP”) ha aggiudicato alla controinteressata la gara indetta per l’affidamento della progettazione esecutiva e per l’esecuzione dei lavori di rinnovamento e miglioramento funzionale, con tecnologia “no dig (reling)”, delle condotte idriche di alimentazione DN 800 dell’abitato di Taranto – SS 7 Ter, per un importo a base di gara di € 26.656.213,84.

1.1. A sostegno del gravame, la parte attrice ha dedotto i seguenti motivi di ricorso:

I. *“Violazione e falsa applicazione degli artt. 48, 83 e 95 del D. Lgs n. 50/2016, del disciplinare di gara costituente lex specialis del procedimento. Violazione della par condicio. Violazione degli artt. 3 e 97 Cost. Eccesso di potere per erronea valutazione e/o travisamento dei fatti, ingiustizia manifesta, difetto di istruttoria, sviamento di potere. Violazione e falsa applicazione dell’art. 3 della l. n. 241/1990: motivazione carente o comunque incongrua e perplessa”*;

II. *“Violazione e falsa applicazione degli artt. 48, 89 e 83 D. Lgs. 50/2016 e art. 92 d.P.R. 207/2010. Nullità del contratto di avvalimento per incongruità. Violazione della lex specialis di gara. Eccesso di potere per difetto di istruttoria. Omesso apprezzamento dei presupposti di fatto e di diritto. Travisamento”*;

III. *“Violazione e falsa applicazione della l. n. 68/1999 e dell’art. 47 del d.l. n. 77/2021 conv. in l. n. 108/2021. Violazione e falsa applicazione del disciplinare di gara, punto 4.4. Violazione dell’art. 80 D. Lgs. n. 50/2016. Omesso apprezzamento dei presupposti di fatto e di diritto. Violazione della par condicio. Eccesso di potere difetto di istruttoria”*;

IV. *“Violazione e falsa applicazione degli artt. 48, 79, 83, 89 e 105 del D. Lgs. n. 50/2016. Violazione del CSA. Violazione della lex specialis di gara (punto 4.3 del disciplinare di gara). Eccesso di potere per difetto di istruttoria, erroneità dei presupposti. Violazione della par condicio, della trasparenza e dell’imparzialità. Contraddittorietà, Illogicità ed ingiustizia manifesta”*;

V. *“Violazione dell’art. 95 del D. Lgs. n. 50/2016. Violazione del disciplinare di gara, del CSA e della relazione generale, costituente lex specialis. Violazione del principio del favor participationis e lesione dell’interesse pubblico sotteso alla realizzazione dei lavori oggetto di gara. Eccesso di potere per erroneo ed omesso apprezzamento dei presupposti di fatto e di diritto. Illogicità manifesta”*.

1.2. Con il libello introduttivo del giudizio EKS0 S.r.l. ha proposto anche istanza *ex art. 116 c.p.a.*, tesa ad ottenere l’ostensione dell’offerta tecnica in chiaro del R.T.I. aggiudicatario, oltreché copia della documentazione relativa alla comprova del possesso dei requisiti da parte dello stesso raggruppamento.

1.3. L’Amministrazione aggiudicatrice e la società controinteressata si sono costituite in giudizio, instando per il rigetto del ricorso e della presupposta istanza cautelare, con vittoria di spese e competenze di giudizio.

1.4. Anche le Amministrazioni statali intimare si sono costituite in giudizio, eccependo il proprio difetto di legittimazione passiva e, in via gradata, chiedendo il rigetto del ricorso.

1.5. Con ordinanza n. 555/2022, il Collegio ha respinto l'istanza cautelare avanzata dalla ricorrente, fissando contestualmente l'udienza del 12 gennaio 2023 per la trattazione di merito del ricorso e per la decisione sull'istanza *ex art. 116 c.p.a.*, proposta unitamente al ricorso.

2. La controinteressata ha *medio tempore* proposto ricorso incidentale, affidato ad unico ed articolato ordine di censure: *“Violazione e falsa applicazione degli artt. 48 e 83 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, e dell’art. 92 del D.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207. Violazione della lex specialis, per violazione del disciplinare di gara. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento di circostanze di fatto e di diritto – Illogicità e ingiustizia manifeste. Motivazione perplessa, carente e contraddittoria”*.

3. Previo deposito di documenti e memorie *ex art. 73 c.p.a.*, all'udienza del 12 gennaio 2023 la causa è stata trattenuta in decisione.

4. Preliminarmente deve essere delibata l'eccezione di difetto di legittimazione passiva formulata dalle Amministrazioni statali costituite con l'Avvocatura Distrettuale dello Stato.

4.1. Osserva in proposito il Collegio che – dall'esame della documentazione agli atti di causa – non risulta che la realizzazione delle opere oggetto di gara sia stata finanziata con fondi PNRR, emergendo piuttosto dal carteggio fornito da AQP (v. doc. n. 33-35) che l'intervento è ricompreso nel PON *“Infrastrutture e Reti 2014/2020”*, finanziato con le risorse del fondo europeo REACT-EU.

4.2. Conseguentemente non può trovare applicazione nel giudizio che ne occupa la disposizione di cui all'art. 12 *bis*, comma 4, del D.L. n. 68/2022, conv. in legge n. 108/2022, a mente della quale *“Sono parti necessarie dei giudizi disciplinati dal presente articolo le amministrazioni centrali titolari degli interventi previsti nel PNRR, ai sensi dell’articolo 1, comma 4, lettera l), del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 luglio 2021, n. 108, per le quali si osservano le disposizioni delle leggi speciali che prescrivono la notificazione presso gli uffici dell’Avvocatura dello Stato.”*

4.3. In accoglimento dell'eccezione sollevata dalla Difesa erariale, va pertanto disposta l'estromissione delle Amministrazioni centrali evocate in giudizio dalla ricorrente.

5. Nel merito, il ricorso è infondato, per le ragioni che si passano ad esporre.

5.1. Con il primo motivo di censura, la ricorrente sostiene che la Evoluzione Ecologica S.r.l., mandante del raggruppamento aggiudicatario, non sia in possesso del requisito di idoneità professionale – richiesto a pena di esclusione dall'art. 4.3 del disciplinare di gara – della iscrizione nei registri della C.C.I.A.A. per attività inerente l'oggetto dell'appalto, emergendo dal relativo

certificato camerale che l'attività prevalente da essa esercitata è quella di *“pulizia, disinfezione, derattizzazione e sanificazione”*.

5.2. Premette il Collegio che, nel caso in esame, il disciplinare di gara – all'art. 4.3, rubricato *“Requisiti di idoneità professionale, capacità tecnico-organizzativa”* – prescrive che *“I concorrenti, a pena di esclusione, oltre a possedere i requisiti di cui all'art. 80 del D. Lgs. n. 50/2016, devono essere in possesso dei sotto indicati requisiti: A) Iscrizione nei registri della C.C.I.A.A. di cui all'art. 83, comma 3, del D. Lgs n. 50/2016, per l'attività inerente l'oggetto dell'appalto...”*, precisando poi (v. pag. 20) che *“...con riferimento al requisito di iscrizione alla C.C.I.A.A. di cui alla precedente lett. A): – nell'ipotesi di raggruppamento temporaneo o consorzio ordinario già costituiti o da costituirsi, o di aggregazione di imprese di rete, o di GEIE, il requisito deve essere posseduto da ciascuna delle imprese raggruppate/raggruppande”*.

5.3. L'oggetto dell'appalto, per come delineato nell'art. 1 del medesimo disciplinare, è *«l'affidamento della progettazione esecutiva e dell'esecuzione dei lavori per l'appalto denominato “Opere di rinnovamento e miglioramento funzionale, con tecnologia no dig, (reling) delle condotte idriche di alimentazione DN 800 dell'abitato di Taranto – SS 7 ter”»*.

5.4. Il certificato camerale della Evoluzione Ecologica attesta che la ditta dal 21 marzo 2018 esercita – oltre che l'attività primaria di *“pulizia, disinfezione, derattizzazione e sanificazione”* – anche l'attività secondaria di *“costruzione di opere di ingegneria civile per condutture urbane e per lunghe distanze via terra o subacquee, reti e condotte idriche, sistemi di irrigazione (canali), cisterne...”* (v. doc. 11 foliaro Rotech S.r.l. del 14.11.2022).

5.5. Risulta, pertanto, cristallizzato *per tabulas* che la predetta impresa è iscritta presso la Camera di Commercio di Taranto per un'attività secondaria inerente alle opere di appalto per la cui esecuzione ha formulato offerta il costituendo raggruppamento di imprese di cui fa parte; si vuol dire, in altre parole, che dalla certificazione camerale della ricorrente, depositata agli atti di causa, non appare revocabile in dubbio che l'attività oggetto della procedura di gara è coerente con l'attività secondaria della Evoluzione Ecologica.

6. Ciò posto, il Collegio reputa che si debba dare applicazione anche nella presente vicenda ai seguenti principi, espressi dalla Sezione in analoghi precedenti:

«...l'accertamento della concreta coerenza della descrizione delle attività riportate nel certificato camerale con i requisiti di ammissione richiesti dalla lex specialis e con l'oggetto del contratto di appalto complessivamente considerato va svolto sulla base del confronto tra tutte le risultanze descrittive del certificato camerale e l'oggetto del contratto di appalto (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 25 settembre 2019, n. 6431; Sez. V, 25 luglio 2019, n. 5257). 5.1. Alla stregua degli approdi

giurisprudenziali, è doverosa l'interpretazione non restrittiva delle prescrizioni di gara che riguardano il possesso dell'iscrizione alla C.C.I.A.A. per attività "attinenti" all'oggetto dell'appalto, nel senso che deve ritenersi soddisfatto il requisito se tra le attività dell'impresa risultanti dall'iscrizione figura un'attività "coerente" con l'oggetto dell'appalto, sia essa prevalente o secondaria. 5.2 La prescrizione del disciplinare di gara che richiede una iscrizione camerale per "attività attinente" con l'oggetto di appalto va riferita al "settore di attività", tenuto conto dell'interesse della stazione appaltante di selezionare un imprenditore qualificato e affidabile, per cui l'essere esercente di attività tipiche del servizio posto in gara, anche se non si tratta dell'attività prevalente dell'impresa, è sufficiente a soddisfare il requisito richiesto (cfr. Cons. Stato, sez. V, 12 febbraio 2016 n. 611)" (cfr. TAR Puglia – Lecce, Sez. II, 02/11/2021, n. 1572; Id. 20/09/2022, n. 1423).

6.1. Del resto, deve essere sottolineato come la normativa di riferimento e la stessa previsione escludente del disciplinare di gara (contenuta nel menzionato art. 4.3) non impongano che l'iscrizione alla C.C.I.A.A., per l'ambito di interesse, debba essere riferita all'attività "prevalente"; e come, a giudizio del Collegio, il principio della libertà dell'iniziativa economica deponga chiaramente nel senso di dover tenere conto anche delle iscrizioni delle attività "secondarie".

6.2. In tal senso, anche il Supremo Consesso di Giustizia Amministrativa ha di recente statuito, da una parte, che "l'art. 83, comma 3, del codice dei contratti pubblici si limita a prescrivere che ai fini della sussistenza dei requisiti di idoneità professionali, i concorrenti alle gare [...] devono essere iscritti nel registro della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura o nel registro delle commissioni provinciali per l'artigianato, o presso i competenti ordini professionali, senza tuttavia specificare che l'iscrizione debba sussistere in relazione all'attività esercitata in via primaria; dall'altra, che "ciò che rileva ai fini dell'idoneità professionale è che l'impresa abbia maturato esperienza nell'ambito di interesse della stazione appaltante, il che non è escluso o contraddetto dal carattere secondario assunto da tale attività rispetto al core business aziendale..." (Cons. Stato, Sez. III, 13/04/2022, n. 2818).

6.3. Per le considerazioni sopra espresse, la censura è infondata, e va dunque disattesa.

7. Con il secondo motivo di gravame, la difesa attorea sostiene che il R.T.I. aggiudicatario sia privo del requisito tecnico-organizzativo dell'attestazione SOA per la categoria prevalente OG6, classifica IV, poiché la Evoluzione Ecologica – quale mandataria del relativo sub-raggruppamento – è in possesso dell'attestazione SOA OG6 per la sola classe II e, al fine di integrare il requisito relativo alla classe IV, è ricorsa all'avvalimento della Cooperativa Produzione e Lavoro "Giovanni XXIII", in violazione dell'art. 89, co. 1, del D. Lgs. n. 50/2016, che riconosce al concorrente la

possibilità di avvalersi delle capacità di altri soggetti *“solo se questi ultimi eseguono direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste”*.

7.1. La doglianza non è meritevole di positivo apprezzamento.

7.2. Osserva il Collegio che il requisito qui in contestazione, oggetto di avvalimento da parte del costituendo R.T.I. controinteressato, non può essere qualificato come *“esperienza professionale pertinente”*, secondo la nozione accolta dalla giurisprudenza amministrativa.

7.3. Ed invero, sul versante normativo l'art. 89, comma 1, del D. Lgs 50/2016 – dopo avere previsto in linea generale che *«l'operatore economico, singolo o in raggruppamento di cui all'articolo 45, per un determinato appalto, può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'articolo 83, comma 1, lettere b) e c), necessari per partecipare ad una procedura di gara, e, in ogni caso, con esclusione dei requisiti di cui all'articolo 80, avvalendosi delle capacità di altri soggetti, anche partecipanti al raggruppamento, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi»* – dispone che *«per quanto riguarda i criteri relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali di cui all'allegato XVII, parte II, lettera f), o alle esperienze professionali pertinenti, gli operatori economici possono tuttavia avvalersi delle capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste»*.

7.4. In particolare, i titoli di studio citati dal prefato allegato XVII, parte II, lett. f) sono *“i titoli di studio e professionali del prestatore di servizi o dell'imprenditore o dei dirigenti dell'impresa, a condizione che non siano valutati tra i criteri di aggiudicazione”*.

8. Orbene, il formante giurisprudenziale al quale aderisce il Collegio ha chiarito che *«ad una piana lettura del divisato dato normativo è di tutta evidenza come il meccanismo sostitutivo rivendicato dall'appellante abbia una portata circoscritta a determinati e ben individuati requisiti (“...si avvalga di altri soggetti per sopperire alla mancanza di titoli di studio e professionali di cui all'allegato XVII, parte II, lettera f) o di esperienze professionali pertinenti”) e la valenza eccezionale della disposizione suindicata preclude l'estensione del suo ambito operativo a fattispecie diverse da quelle ivi espressamente contemplate»*(cfr. Cons. Stato, Sez. III, 9 marzo 2020, n. 1704).

8.1. Altre pronunce hanno pure condivisibilmente rimarcato che la previsione dell'art. 89, comma 1, D. Lgs. n. 50 del 2016 può trovare applicazione solo in presenza di un'esperienza professionale *stricto sensu*, cioè collegata o pertinente al possesso di titoli di studio o *“professionali”*, e non già in presenza di un qualsivoglia requisito basato su una pregressa

esperienza operativa od economico-imprenditoriale del concorrente (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 26 aprile 2021, n. 3374).

8.2. Come già evidenziato nella sentenza di questa Sezione n. 1309 del 28 luglio 2022, i suddetti approdi della giurisprudenza amministrativa sono coerenti con l'interpretazione del Giudice sovranazionale, che considera la prescrizione dell'esecuzione diretta dell'attività da parte dell'ausiliaria limitata a casi particolari (cfr. Corte di Giustizia, 7 aprile 2016, causa C-324/14, che rimanda nella specie all'apprezzamento del giudice nazionale la verifica circa l'integrazione dei presupposti per far ricorso al normale avvalimento, oppure poter esigere l'esecuzione diretta da parte dell'ausiliaria), pena l'obliterazione della natura e del significato proprio del contratto di avvalimento, che consiste non già nell'associare altri nell'esecuzione del contratto in affidamento, bensì nell'acquisire in prestito le risorse altrui per svolgere in proprio la prestazione a favore della stazione appaltante.

8.3. Da ciò consegue che la necessaria esecuzione diretta dell'ausiliaria è da ritenere limitata ai casi in cui quest'ultima metta a disposizione titoli professionali o di studio – indicati dall'allegato XVII, parte II, lett. f) -, che non possono essere trasferiti al concorrente in quanto strettamente personali, ovvero qualora siano richieste fra i requisiti esperienze professionali maturate proprio in virtù della spendita dei predetti titoli di studio o professionali, esperienze anch'esse da ritenersi espressive di capacità personali non trasmissibili.

9. Del resto, alla stregua dell'insegnamento del Supremo Consesso di Giustizia Amministrativa, “[...]Il codice dei contratti pubblici, in linea con la giurisprudenza di questo Consiglio divenuta infine prevalente, nel vigore del D. Lgs. n. 163 del 2006 (v., ex plurimis, Cons. St., sez. V, 30 novembre 2015, n. 5396; Cons. St., sez. V, 26 maggio 2017, n. 2627), dopo un primo indirizzo che negava l'ammissibilità dell'avvalimento sul presupposto del carattere intrinsecamente e insostituibilmente soggettivo e quasi “personalistico” della certificazione di qualità, ammette ora l'avvalimento delle certificazioni di qualità e, in particolare, delle attestazioni SOA, poiché riconosce che anche la certificazione di qualità costituisce un requisito speciale di natura tecnico-organizzativa, come tale suscettibile di avvalimento, in quanto il contenuto dell'attestazione concerne il sistema gestionale dell'azienda e l'efficacia del suo processo operativo. Conferma di tale possibilità, coerente con la ratio dell'avvalimento, quale delineata da questa Adunanza plenaria già con la sentenza n. 23 del 4 novembre 2016 in riferimento al D. Lgs. n. 163 del 2006, intesa a favorire il principio della massima partecipazione alle procedure di gara, si è avuta non solo nella legge delega per l'emanazione dell'attuale codice (L. n. 11 del 2016), che, nell'art. 1, comma 1, lett. zz), ha previsto che “il contratto di avvalimento indichi nel dettaglio le risorse e i

mezzi prestati, con particolare riguardo ai casi in cui l'oggetto di avvalimento sia costituito da certificazioni di qualità o certificati attestanti il possesso di adeguata organizzazione imprenditoriale ai fini della partecipazione alla gara”, ma nella stessa formulazione dell’art. 89, comma 1, del D. Lgs. n. 50 del 2016, come modificato dal D. Lgs. n. 56 del 2017, nella parte in cui si prevede che l’operatore economico possa soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale, di cui all’art. 83, comma 1, lett. b) e c), del D. Lgs. n. 50 del 2016, necessari per partecipare ad una procedura di gara – con esclusione dei requisiti di cui all’art. 80 – avvalendosi delle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi”(Ad. Plen. n. 22 del 16.10.2020).

9.1. Detti principi trovano certa applicazione anche nel caso di specie, atteso che il requisito oggetto di avvalimento non costituisce frutto di *“esperienze professionali pertinenti”*, né in tal senso risulta essere stato qualificato dal disciplinare di gara: trattasi di un tipico requisito di capacità tecnico-professionale, che non afferisce all’esperienza maturata in virtù di titoli di studio o professionali infungibili, e che non può dunque ricondursi nel novero delle ipotesi di cui all’art. 89, comma 1, del Codice dei contratti.

9.2. La questione è stata specificamente affrontata, con riferimento al tema dell’avvalimento delle SOA, nella recente sentenza Cons. Stato, Sez. V, 24.8.2022, n. 7438, laddove è posto in risalto che *“Non è in discussione la possibilità che l’avvalimento che abbia ad oggetto l’attestazione SOA, che, del resto è, per consolidato intendimento (cfr., da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 10 gennaio 2022, n. 169), pienamente ammissibile, purché – come per regola – la messa a disposizione del requisito mancante non si risolva nel prestito di un valore puramente cartolare e astratto [...]. Ciò posto, trattandosi di integrare comprensivamente i requisiti di capacità tecnico-professionale, tale modalità di avvalimento si caratterizza bensì come operativo (a differenza dell’avvalimento c.d. di garanzia, che concerne i requisiti economici e finanziari), ma non rientra (alla luce di una interpretazione necessariamente restrittiva, che deve guidare nella individuazione dei limiti, delle condizioni e dei divieti in subiecta materia, in quanto eccezioni alla generale operatività del preordinato meccanismo proconcorrenziale) nella (sottospecie) del descritto avvalimento “esperienziale”, che concerne i soli requisiti strettamente “professionali”, per i quali si impone, nei sensi considerati, l’impegno esecutivo personale e la sua programmatica assunzione”*.

9.3. Va peraltro evidenziato che nell’articolato della *lex specialis* non è dato rinvenire specifiche prescrizioni tese a richiedere ai concorrenti il possesso di *“titoli di studio o professionali”* correlati alle attività *de quibus*, né vi è alcun cenno ad *“esperienze professionali pertinenti”* per le quali l’avvalimento sia attivabile soltanto a condizione che l’impresa ausiliaria esegua direttamente le

prestazioni affidate, risultando anzi confermato dal disciplinare di gara che l'avvalimento è consentito anche al fine di integrare i requisiti di ordine tecnico-professionale (v. pag. 19, *sub par.* 4).

10. Sotto altro profilo, la ricorrente deduce la nullità del contratto di avvalimento per assenza del corrispettivo, in quanto stabilito in misura simbolica e non remunerativa, a fronte della messa a disposizione di n. 6 unità lavorative (di cui n. 3 altamente specializzate) e di n. 6 mezzi, *“oltre ad altra attrezzatura qualora fosse necessaria per l'esecuzione”*; nella prospettazione attorea, la mancata previsione di un profitto, unitamente all'assenza della dichiarazione di eseguire direttamente le lavorazioni della categoria OG6, sarebbe indice del carattere meramente formale della *“messa a disposizione delle risorse”* da parte dell'ausiliaria.

10.1. L'assunto è infondato in fatto, giacché il contratto di avvalimento *de quo* prevede testualmente che *“In caso di aggiudicazione della gara, l'impresa ausiliata verserà un importo a forfait pari ad Euro 1.000,00 oltre il costo delle risorse materiali, immateriali, tecniche, finanziarie fornite dall'impresa ausiliaria che sarà pagato, dietro presentazione di regolare fattura soggetta ad IVA, proporzionalmente agli incassi dei SAL”*.

10.2. Dal tenore letterale degli impegni negoziali assunti dalle parti emerge nitidamente l'onerosità del vincolo contrattuale, considerato che al corrispettivo fisso di euro 1.000,00 si aggiunge la pattuizione per il pagamento di un importo variabile in favore dell'ausiliaria, pari ai costi sostenuti per tutte le risorse utilizzate, da fatturare proporzionalmente *“agli incassi dei SAL”*.

10.3. Sul punto, la condivisibile giurisprudenza amministrativa ha precisato che non può considerarsi nullo il rapporto contrattuale, nel quale sia previsto che il corrispettivo iniziale costituisce la remunerazione del solo impegno dell'ausiliaria alla partecipazione, in posizione ancillare, alla gara e che lo stesso compenso verrà integrato mediante remunerazioni ulteriori, rapportate al concreto ausilio prestato, e ciò *“anche alla luce dell'orientamento di recente ribadito dalla sezione (Cons. Stato, Sez. III, n. 5294/2021) secondo il quale con riferimento al contratto di avvalimento ricorre l'esigenza di ancorare la determinazione del corrispettivo all'effettiva entità della prestazione resa dall'impresa ausiliaria, quale potrà delinearsi solo all'esito, o comunque nel corso, dell'esecuzione dell'appalto, alla luce delle specifiche esigenze di “soccorso” manifestate dall'impresa ausiliata ovvero della concreta attività sostitutiva posta in essere da quella ausiliaria”* (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 6.10.2021, n. 6655; Sez. V, 24.8.2022, n. 7448).

10.4. Peraltro – ferma l'accertata determinazione, nel caso di specie, di un corrispettivo in favore dell'ausiliaria – risulta oramai unanime l'orientamento giurisprudenziale secondo cui la nullità dei contratti di avvalimento non può farsi discendere neanche dalla totale carenza di un corrispettivo

predeterminato o dalla mancanza di criteri per la sua predeterminazione, non potendo estendersi alle pattuizioni relative al compenso gli oneri di specificazione di cui all'art. 89, comma 1, ultima parte, del Codice dei contratti pubblici, che riguardano esclusivamente i requisiti e le risorse messe a disposizione.

10.5. Al riguardo, è stato infatti rilevato che l'indicazione del preciso ammontare del corrispettivo *“esula dalle prescrizioni imposte al contratto di avvalimento [...], essendo piuttosto frutto di una impropria estensione analogica al caso di specie delle speciali prescrizioni dettate per il c.d. ‘avvalimento operativo’ (relativo cioè a personale, mezzi ed attrezzature che devono essere puntualmente individuati – ed indicati nell’offerta – proprio al fine di dimostrare l’affidabilità dell’impegno assunto dall’impresa ausiliaria)”* (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 27/01/2021, n. 806).

11. Né miglior sorte merita il terzo ordine di censure, con cui la società EKSO si duole che il R.T.I. aggiudicatario non sia stato escluso a cagione della non veridicità della dichiarazione resa dalla mandataria Evoluzione Ecologica circa l'osservanza dell'obbligo di riserva delle quote di lavoro in favore dei disabili *ex legen. 68/1999* e comunque in conseguenza della carenza del predetto requisito.

11.1. Premette a tal riguardo il Collegio che nel modello *“Allegato 1- Istanza di partecipazione e dichiarazioni”*, presentato in sede di presentazione dell'offerta, la ditta Evoluzione Ecologica, ha autocertificato, ai sensi degli artt. 46 e 47 del D.P.R. n. 445 del 28.12.2000 e s.m.i., di non essere tenuta alla applicazione della disciplina recata dalla legge n. 68/1999, in ragione del *“NUMERO DEI DIPENDENTI COMPUTABILI INFERIORE A 15”* (cfr. punto 28 della dichiarazione, pag. 7 del doc. n. 15 – foliaro parte ricorrente del 2.11.2022).

11.2. Siffatta dichiarazione, in quanto resa nelle forme dell'autocertificazione, risulta in sé sufficiente ai fini dell'ammissione alla gara dell'operatore economico, alla stregua del chiaro disposto dell'art. 80, comma 5, lett. i) del D. Lgs. n. 50/2016 e del condivisibile indirizzo giurisprudenziale secondo cui *“...quanto dichiarato dagli operatori economici concorrenti nella domanda di partecipazione alla gara e nel DGUE costituisce prova documentale sufficiente del possesso dei requisiti dichiarati, dovendo essere basata su tali dichiarazioni la relativa valutazione ai fini dell’ammissione e della partecipazione alla che spetta alla commissione di gara; – di norma, fatte salve diverse previsioni della legge di gara e comunque fatto salvo l’esercizio delle facoltà riconosciute alla stazione appaltante dall’art. 85, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016, soltanto all’esito della gara, dopo l’approvazione della proposta di aggiudicazione ed il provvedimento di aggiudicazione, si procede alla verifica del possesso dei prescritti requisiti, non da parte della commissione di gara, ma da parte della stazione appaltante”*.

11.3. Proprio con riferimento alla necessaria e successiva fase di verifica del possesso dei requisiti di ordine generale dichiarati dal concorrente aggiudicatario, è dirimente in questa sede osservare che la dichiarazione della Evoluzione Ecologica, sopra trascritta, ha trovato conferma a seguito della apposita istruttoria condotta dalla Stazione appaltante.

11.4. La produzione documentale versata nel fascicolo processuale da AQP dà infatti conto dell'avvenuta acquisizione, nell'ambito del suddetto procedimento di verifica, della comunicazione prot. n. 49872 dell'11.7.2022, con cui l'Agenzia Regionale per le Politiche Attive del Lavoro – ARPAL Puglia di Taranto ha attestato che l'impresa Evoluzione Ecologica non è tenuta al rispetto degli obblighi assunzionali previsti dalla legge n. 68/1999.

11.5. Nel dettaglio, dalla predetta certificazione, recante la data dell'11.7.2022 (e quindi coeva al momento di presentazione dell'istanza di partecipazione), risulta acclarato che la società – ai fini di che trattasi – ha un organico inferiore a 15 dipendenti, sicché *“non necessita di verifiche da parte delle Amministrazioni interessate”* (v. “note” in calce al documento prodotto in atti *sub* n. 39 – foliaro AQP del 22.12.2022).

11.6. In disparte il rilievo che gli esiti dell'attività di verifica condotta sui requisiti di partecipazione del R.T.I. controinteressato sono rimasti inoppugnati nella presente sede da parte della società ricorrente, reputa il Collegio che la prefata certificazione, avendo efficacia fidefacente, sia sottratta al sindacato giurisdizionale del Giudice Amministrativo, spettando in via esclusiva ad ARPAL di attestare la corretta attuazione della disciplina in materia collocamento mirato delle persone con disabilità [cfr. artt. 5 e 6, comma 2, lett. a) della L.R. Puglia 29.6.2018, n. 29].

11.7. Analogamente a quanto avviene per le attestazioni rilasciate dall'INPS e dall'Agenzia delle Entrate – rispettivamente in materia di regolarità contributiva e di regolarità tributaria delle imprese partecipanti a procedure concorsuali – anche *in subiecta materia* pare possibile invocare il consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa, secondo cui le certificazioni relative delle imprese concorrenti, emanate dagli organi preposti, si impongono alla stazione appaltante, che non può in alcun modo sindacarne il contenuto, non residuando alle stesse alcun potere valutativo sul contenuto o sui presupposti di tali certificazioni. (cfr. Consiglio di Stato, Ad. Plen. 16/04/2012, n. 8; Consiglio di Stato, Sez. V, 17/05/2013, n. 2682).

12. Va in ogni caso posto in rilievo che nel numero dei dipendenti da computare ai fini dell'applicazione della legge n. 68/1999, in materia di riserva delle quote di lavoro in favore di disabili non sono computabili varie categorie di dipendenti, precisate dell'art. 4 della stessa legge, nonché i dipendenti assunti in base a clausole sociali.

12.1. In particolare, secondo il disposto dell'art. 4, comma 1, della legge n. 68 cit. *“Agli effetti della determinazione del numero di soggetti disabili da assumere, sono computati di norma tra i dipendenti tutti i lavoratori assunti con contratto di lavoro subordinato. Ai medesimi effetti, non sono computabili: i lavoratori occupati ai sensi della presente legge, i lavoratori occupati con contratto a tempo determinato di durata fino a sei mesi, i soci di cooperative di produzione e lavoro, i dirigenti, i lavoratori assunti con contratto di inserimento, i lavoratori occupati con contratto di somministrazione presso l'utilizzatore, i lavoratori assunti per attività da svolgersi all'estero per la durata di tale attività, i soggetti impegnati in lavori socialmente utili assunti ai sensi dell'articolo 7 del decreto legislativo 28 febbraio 2000, n. 81, i lavoratori a domicilio, i lavoratori che aderiscono al programma di emersione, ai sensi dell'articolo 1, comma 4-bis, della legge 18 ottobre 2001, n. 383, e successive modificazioni. Restano salve le ulteriori esclusioni previste dalle discipline di settore. Per i lavoratori assunti con contratto a tempo indeterminato parziale si applicano le norme contenute nell'articolo 18, comma secondo, della legge 20 maggio 1970, n. 300, come sostituito dall'articolo 1 della legge 11 maggio 1990, n. 108 “.*

12.2. Inoltre, secondo consolidata giurisprudenza (cfr. T.A.R. Bari, Sez. I, 13.7.2017, n. 788; Cons. di Stato, Sez. V, 19.1.2017, n. 383; *Id.*, Sez. III, 15.5.2017, n. 2252), non possono rientrare nel computo della quota di riserva i dipendenti assunti in virtù delle c.d. clausole sociali, ovvero assunti in seguito dell'aggiudicazione di un appalto e destinati, al termine dello stesso, a transitare alle dipendenze di un nuovo aggiudicatario e, dunque, in grado di produrre un incremento occupazionale solo provvisorio (in quanto suscettibile di subire, inevitabilmente, una contrazione al termine dell'esecuzione dell'appalto stesso).

12.3. Sicché, come è evidente, il dato dei dipendenti computabili ai fini dell'assunzione obbligatoria non può essere posto a raffronto, come invece sostenuto dalla ricorrente, con il numero di tutti gli occupati presso l'azienda, indicati dall'impresa – attraverso l'apposito prospetto informativo ex art 47, comma, 2 del D. Lgs n. 77/2021 – nella differente ottica del perseguimento delle finalità relative alle pari opportunità, generazionali e di genere; in altre parole, il fatto che presso l'impresa Evoluzione Ecologica S.r.l. risulti impiegato un maggior numero di dipendenti, secondo quanto emerge dal rapporto periodico sulla situazione del personale maschile e femminile relativo al biennio 2020/2021 prodotto in sede di gara, non ha alcuna attinenza con il rispetto degli obblighi previsti dall'art. 3 della legge n. 68/1999.

13. Con il quarto motivo di ricorso, parte ricorrente assume che il R.T.I. Rotech avrebbe dovuto essere escluso dalla gara, poiché – con riferimento alla categoria di lavorazione OS21, a

qualificazione obbligatoria – ha dichiarato di fare ricorso al subappalto, senza indicare il nominativo del subappaltatore.

13.1. Nella prospettazione attorea, il ricorso al subappalto necessario – involgendo il possesso del requisito ai fini dell’ammissione alla gara, e non dell’esecuzione dei lavori – è ammesso soltanto qualora sia indicato il nominativo del soggetto subappaltatore individuato.

13.2. L’assunto è smentito dalla costante giurisprudenza amministrativa, che ha statuito la non obbligatorietà dell’indicazione del nome del subappaltatore all’atto dell’offerta, neanche nei casi in cui, ai fini dell’esecuzione delle lavorazioni relative a categorie scorporabili a qualificazione necessaria, risulti indispensabile il loro subappalto a un’impresa provvista delle relative qualificazioni (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 15.2.2021, n. 1308; *Id.*, 20.8.2019, n. 5745; Ad. Plen. 2.11.2015, n. 9).

13.3. In tal senso, anche di recente il Supremo Consesso di Giustizia Amministrativa ha ribadito che *“al di fuori delle ipotesi di cui all’art. 5, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016 [norma che, peraltro, è stata abrogata dall’art. 10, comma 1, lett. d), n. 2 della legge n. 238/2021 con la decorrenza di cui al successivo comma 5 – N.d.R.], in sede di presentazione dell’offerta non è obbligatoria per legge l’indicazione nominativa dell’impresa subappaltatrice, neppure in caso di subappalto necessario – ovvero allorché il concorrente non possieda la qualificazione nelle categorie scorporabili (per le ragioni già esposte da Cons. Stato, Ad, Plen. 2 novembre 2015, n. 9, confermate nel vigore dell’attuale Codice dei contratti pubblici dall’applicazione fatta nel già citato precedente di cui al Cons. Stato, Sez. n. 5745/2019)”* (v. Cons. Stato, Sez. V, 25 novembre 2022, n. 10387).

13.4. Invero, un siffatto onere di preventiva indicazione del nominativo del subappaltatore non è previsto da alcuna norma del codice degli appalti, né dalla *lex specialis* di gara, le cui prescrizioni si limitano a richiedere – in caso di ricorso al c.d. “subappalto qualificante” – l’indicazione dei lavori appartenenti alle categorie scorporabili OG6 e OS21 *“come da subappaltare ad imprese che siano in possesso delle relative qualificazioni”* (cfr. disciplinare di gara, pag. 14)

14. Infine, con il quinto motivo di ricorso, la EKSÒ S.r.l. si duole del punteggio attribuito dal Seggio di gara in riferimento al sub-criterio B.1.b), relativo alla *“Qualità e caratteristiche dei materiali offerti”*, adducendo che la relativa motivazione sarebbe contraddittoria ed illogica e che la soluzione tecnica da essa proposta sarebbe migliorativa rispetto al progetto predisposto, sì da meritare un maggior punteggio rispetto a quello effettivamente assegnato.

14.1. Reputa il Collegio che il motivo sia inammissibile, involgendo il merito delle valutazioni tecnico-discrezionali operate dall’Amministrazione e non emergendo profili di macroscopica

illogicità o incongruenza nel giudizio espresso dalla Commissione giudicatrice, tali da consentire il sindacato giurisdizionale di legittimità.

15. Conclusivamente, per le considerazioni sopra sviluppate, la domanda impugnatoria proposta con il ricorso principale deve essere respinta, in quanto infondata.

16. Per effetto del rigetto del gravame principale, è venuto meno l'interesse della Rotech S.r.l. alla decisione del ricorso incidentale, sicché quest'ultimo deve essere dichiarato improcedibile.

17. Resta da esaminare, a questo punto, l'istanza della ricorrente *ex art. 116 c.p.a.*, posta in calce al ricorso, in merito alla quale va preliminarmente osservato che – come dimostrato dalla difesa di AQP con la produzione agli atti di causa – è sopraggiunta la cessata materia del contendere quanto alla documentazione comprovante il possesso dei requisiti di Rotech.

17.1. Avuto riguardo al residuo oggetto della richiesta ostensiva, concernente le parti dell'offerta tecnica contenenti segreti industriali o commerciali oscurate a seguito della motivata opposizione della Rotech, osserva il Collegio che la ricorrente – pur incombendo su di essa il relativo onere della prova (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 20/01/2022, n. 369) – non ha dedotto, né tampoco dimostrato, quale sia il nesso di strumentalità necessaria esistente tra la documentazione oggetto dell'istanza di accesso e le censure in questa sede formulate (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 12 novembre 2019, n. 7743; Sez. III, 26 ottobre 2018, n. 6083).

17.2. La norma di cui all'art. 53 del D. Lgs. n. 50/2016 esige, al fine di esercitare il diritto di accesso riguardo a informazioni contenenti eventuali segreti tecnici o commerciali, che il concorrente dimostri non già un generico interesse alla tutela dei propri interessi giuridicamente rilevanti, ma piuttosto la concreta necessità o essenzialità da riguardarsi, restrittivamente, in termini di “*stretta indispensabilità*” di utilizzo della documentazione in uno specifico giudizio (cfr. Consiglio di Stato, sentenza 21 agosto 2020 n. 5167).

17.3. La giurisprudenza citata dalla ricorrente a sostegno delle proprie tesi (T.A.R. Lazio, Sez. IV, sentenza 06/05/2022 n. 5714) non appare attagliarsi al caso all'esame, in quanto in tale precedente l'istante aveva specificamente indicato le ragioni per cui l'ostensione del documento richiesto era necessario a sostenere la difesa in giudizio, ed inoltre sia la parte controinteressata che la P.A. avevano addotto motivazioni generiche ed inadeguate a supporto del diniego di ostensione.

18. Per tutto quanto precede, previa estromissione delle amministrazioni statali costituite con l'Avvocatura Distrettuale dello Stato, il ricorso principale va respinto ed il ricorso incidentale va dichiarato improcedibile, mentre – con riferimento all'istanza *ex art. 116 c.p.a.* – va in parte dichiarata la cessazione della materia del contendere ed in parte respinta la domanda attorea.

19. Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo a favore delle parti resistenti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia – Lecce, Sezione Seconda, definitivamente pronunciando sul ricorso principale e sul ricorso incidentale, come in epigrafe proposti:

- estromette dal giudizio il Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili, il Provveditorato Interregionale per la Campania, Molise, Puglia e Basilicata, l’Unità di Missione per il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e la Presidenza del Consiglio dei Ministri – Struttura di Missione Segreteria Tecnica del PNRR;
- respinge il ricorso principale;
- dichiara improcedibile il ricorso incidentale;
- per quanto riguarda l’istanza *ex art. 116 c.p.a.*, in parte dichiara cessata la materia del contendere ed in parte la respinge;
- condanna parte ricorrente al pagamento delle spese del giudizio, che liquida nella somma di € 3.000,00 (tremila/00), oltre accessori di legge, in favore di Acquedotto Pugliese S.p.a., di € 3.000,00 (tremila/00), oltre accessori di legge, in favore della controinteressata Rotech S.r.l. e di € 3.000,00 (tremila/00), oltre accessori di legge, in favore delle amministrazioni statali costituite con l’Avvocatura Distrettuale dello Stato.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 12 gennaio 2023 con l’intervento dei magistrati:

Antonella Mangia, Presidente

Roberto Michele Palmieri, Consigliere

Nino Dello Preite, Referendario, Estensore

IL SEGRETARIO
